



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA

SENTENCIA No. 43 de 2015

Tunja, Primero (01) de Junio de Dos Mil Quince (2015)

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación No.: 2004-03255-00
Demandante: MARINA MORALES MORALES
Demandado: DEPARTAMENTO DE BOYACÁ - SECRETARÍA DE SALUD – MUNICIPIO DE AQUITANIA y la E.S.E. DE SALUD DE AQUITANIA

Procede el Despacho a dictar sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia dentro de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., instaurada mediante apoderado judicial por la señora **MARINA MORALES MORALES** en contra del **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ - SECRETARÍA DE SALUD – MUNICIPIO DE AQUITANIA y la E.S.E. DE SALUD DE AQUITANIA.**

I. ANTECEDENTES

1. Objeto de la acción (fls. 33-34 y 394 a 404)

1.-Se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

1.1.- Acuerdo No. 006 de 28 de julio de 2004, expedido por la Junta Directiva de la E.S.E. Salud de Aquitania, por medio del cual se modificó la estructura orgánica de esa entidad.

1.2.- Acuerdo No. 007 de 28 de julio de 2004, con el que se adecuó la planta de personal de la ESE Salud Aquitania y entre otros, se suprime el cargo de Auxiliar de Servicios Generales, código 605, desempeñado por la demandante.

1.3.- Oficio de fecha 6 de agosto de 2004, a través del cual, el Gerente de la E.S.E. Salud Aquitania le comunica a la demandante que fue suprimido el cargo de auxiliar de servicios generales código 605, el cual venía desempeñando (fl. 33).

2.-Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho solicita:

2.1.- Condenar a las accionadas a reintegrar a la demandante al mismo cargo que desempeñando o a otro de superior categoría.

2.2.- Condenar a las demandadas al pago de salarios, primas, bonificaciones, gastos de representación, vacaciones, y demás prestaciones y sumas que por concepto salarial y prestacional que haya lugar, con sus respectivos incrementos, dejados de devengar.

2.3- Igualmente, solicitó se declare la no solución de continuidad, entre la fecha de retiro del servicio y su reintegro.

2.4.- De igual forma se condene a las accionadas al pago de 450 SMMLV por concepto de daño moral ocasionado a la demandante con la actuación administrativa.

2.5.- Se les condene a las accionadas a pagar el equivalente de 470 SMMLV por concepto de daño moral no valorable pecuniariamente, producto de la desvinculación.

2.6- Se condene al pago de 380 SMMLV por concepto de daño a la vida de relación, ocasionado con la actuación administrativa.

2.7.- Pide también que se declare que la demandada debe repetir contra los funcionarios que intervinieron en la creación de los actos demandados, por el valor de los emolumentos que se deban cancelar en la sentencia.

3.- Solicita que se de cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

4.-Reclama que se declare, para todos los efectos, que no constituye doble asignación recibida del tesoro público, lo que perciba la demandante desde la fecha del retiro y hasta su reintegro.

5.-Se le condene a la demandada al pago de costas y gastos del proceso.

2. Hechos que dan lugar a la acción.

1.- Se afirma que la demandante el 1º de septiembre de 1977, se vinculó al Hospital San Luis de Aquitania, para desempeñar el cargo de ayudante de servicios generales.

2.- Se expone que el Hospital fue transformado a Empresa Social del Estado Salud Aquitania, por parte del Concejo Municipal de Aquitania, con el Acuerdo No. 006 del 23 de marzo de 1999.

3.-Por lo anterior, fue incorporada la demandante a la plana de personal de la ESE SALUD AQUITANIA.

4.- Luego la ESE Salud Aquitania, adelantó un proceso de modificación de la estructura administrativa, que trajo consigo la supresión del empleo de la demandante, esto es el denominado AUXILIAR DE SERVICIOS GENERALES, CODIGO 605.

5.- En lo concerniente al proceso de restructuración de la planta de personal, se menciona, que fue clandestino respecto de los trabajadores de la entidad y porque las decisiones fueron tomadas fuera de su sede.

6.-Adicionalmente, refiere la parte demandante que existió persecución laboral y sindical, pues se iniciaron procesos de levantamiento de fuero sindical con anterioridad a la expedición de los actos administrativos que ordenaron la restructuración o modificación de la planta de personal de la entidad.

7.-Se indica, que los estudios realizados para el mencionado proceso administrativo, fueron elaborados sin tener en cuenta los parámetros legales, pues no obedeció a la necesidad del servicio y son improvisados.

8.- Por otra parte, señala que la modificación de la planta de personal no contó con la aprobación del Departamento Administrativo de la Función Pública, siendo un requisito para tal efecto.

9.- Asimismo afirma que el Ministerio de la Protección Social, no tenía competencia para aprobar la modificación de la estructura administrativa y de supresión de empleos.

10.- A continuación se señala, que la firma de consultoría contratada para realizar los estudios, no realizó un producto serio, sino improvisado, pues sus conclusiones contienen defectos jurídicos, entre otras irregularidades.

11.-Así pues, considera que el cargo de la demandante no debió ser suprimido, pues ella era la única personas que se desempeñaba en forma exclusiva en el cargo.

12.-Se añade que, el acto de supresión fue suscrito de forma ilegal, fuera de los límites territoriales del municipio de Aquitania, creó una planta de personal con escasas modificaciones y las vacantes generadas con la supresión de empleos fueron cubiertas con nóminas paralelas, a través de personal vinculadas con contratos de prestación de servicios de forma directa o de terceros.

13.- Sostiene que no solamente se desvinculó de forma irregular a la demandante sino a otros servidores a través del mecanismo administrativo expuesto.

14.- En su caso personal, advierte que durante la relación de trabajo ha padecido ciertas enfermedades del aparato digestivo y de la espalda, por lo que con su retiro quedó desprotegida, dificultándose encontrar empleo.

15.- También expone que es madre cabeza de familia, pues está a cargo de sus hijos Daniel Armando Riaño Morales y Pedro Nel Riaño Morales, pues su compañero permanente no cuenta con trabajo.

3. Normas Violadas y Concepto de Violación.

Señaló como violados los artículos 2, 6, 13, 25, 29, 53, 121 y el inciso quinto del artículo 125 de la Constitución Política; los tratados y convenios internacionales debidamente suscritos y ratificados por Colombia por mandato expreso de los artículos 53 y 93 de la Carta Política; el artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; las Leyes 443 de 1998 y 734 de 2002, los Decretos 1330, 1567, 1568, 1569, 1570, 1571 y 1572 de 1998, Ley 74 de 1968, entre otras.

En lo tocante al concepto de violación se expone en la demanda, que se ha desconocido el principio fundamental establecido en la Constitución de 1991, y de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, como es el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, pues tiene directa relación con la dignidad humana. Este derecho se vulnera cuando se desconoce la estabilidad en el empleo, como en el caso de la demandante, no solamente establecida en la carta política sino en diferentes instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Expone que la vulneración es evidente pues la remoción de la demandante y el nombramiento de su remplazo obedecieron a razones distintas del mejoramiento del servicio, ya que se designó su reemplazo mediante nombramiento provisional o por contratos de prestación de servicios y hasta la fecha de su presentación de la demanda no se ha provisto el cargo conforme lo ordena la ley.

Adicionalmente, que los actos administrativos demandados están incurso de nulidad, por cuanto el retiro de la funcionaria no se produjo por las causales establecidas en la ley, como es el caso de una sanción disciplinaria. A su turno, advierte que en el caso que nos ocupa, se presume la ilegalidad de los actos administrativos, pues se han proferido desconociendo los requisitos legales, que establecen la forma de ingreso, permanencia y retiro de los servidores de carrera administrativa.

Sostiene que el derecho al debido proceso ha sido quebrantado, debido a que los actos administrativos no fueron motivados, impidiéndose ejercer el derecho de defensa y contradicción. Es más, considera que se ha desconocido el Convenio 122 de la OIT, pues la entidad al retirar a la demandante, ha desconocido la obligación del Estado Colombiano, de propender por la protección del empleo. Por tanto, las normas que se indican fueron infringidas de forma directa.

En síntesis plantea como **cargos de nulidad**, que la actuación administrativa comporta una **"situación jurídica concebida en agresión de los derechos colectivos e individuales"**, pues antes de la restructuración se iniciaron actuaciones con el fin de obtener el levantamiento del fuero sindical de algunos funcionarios de la entidad, por lo que a su juicio para el mes de febrero de 2004, la administración tenía adoptada la determinación de lograr retirar a la demandante, siendo materializada con posterioridad.

El segundo cargo de nulidad consiste en **"Carácter clandestino de la actuación administrativa. Necesidad de Publicidad"**, al respecto argumenta que la actuación fue desarrollada de forma clandestina, por una parte la administración tenía conocimiento con antelación qué cargos debían suprimir, afirma que fueron agredidos los trabajadores desconociendo sus derechos fundamentales, el procedimiento de restructuración se mantuvo oculto tanto a la demandante como a la organización sindical, impidiendo el

acceso al proceso. En ese mismo punto, indica que el proceso administrativo fue elaborado fuera de la sede de la entidad.

El tercer cargo de nulidad es **“Incompetencia y falta de jurisdicción”**, funda su argumento que los actos acusados fueron proferidos fuera de la sede; esto es en la ciudad de Sogamoso, es decir, fuera del domicilio de la entidad, conforme al Acuerdo No. 006 del 23 de marzo de 1999, por lo que las funciones ejercidas desconocen los artículos 6 y 122 de la Constitución, pues solamente en el supuesto establecido en el Decreto 1386 de 2002, a los servidores públicos se les permite ejercer sus atribuciones fuera de su jurisdicción, y en el Municipio de Aquitania para los años 2003 y 2004 no se presentaban hechos que alteraran el orden público.

El cuarto cargo de nulidad consiste en **“Desviación de poder por desconocimiento de la normatividad vigente. Vía de hecho”**, y se sustenta que el proceso de reestructuración o modificación de la planta de personal, es contraria al ordenamiento jurídico, siendo desenfocado, pues en su sentir se debió orden en primer lugar la liquidación del Hospital San Luis de Aquitania, para luego crear correctamente la E.S.E Salud Aquitania, y no haber realizado una transformación de la entidad sin definición de sus aspectos presupuestales, afectando derechos laborales.

Por otra parte, propuso el cargo denominado **“Acerca del Desconocimiento de la condición de jefe del hogar”** sostiene que la entidad conocía la condición de la accionante de madre cabeza de familia, desconociendo las normas constitucionales y supranacionales que le protegen por su especial condición

Así mismo, señala que se ha presentado **“falsa motivación”**, indica que la actuación administrativa está lejos de buscar el buen servicio público, que garanticen la adecuada prestación, circunstancia que no se acredita en el estudio técnico, pues la supresión de empleos sugerida atiende motivos políticos.

II. DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

DEPARTAMENTO DE BOYACÁ (fls. 67-73):

Indicó que ninguno de los actos acusados fue suscrito por el Gobernador u otro funcionario de la Entidad Departamental y que la reestructuración del Hospital accionado se realizó con base en un estudio técnico, debido a la crisis presupuestal y financiera por la que venía atravesando. Agregó que el Departamento de Boyacá es un Ente Territorial, independiente de la E.S.E. Salud de Aquitania y que por ello, no existe causa legal para demandarlo, además que los actos acusados fueron proferidos por la Junta Directiva del Hospital, sin que en la elaboración de los mismos hubiese intervenido la Administración Departamental.

Expuso que la reforma de personal se efectuó con el propósito de evitar el cierre y la liquidación del Hospital, al no ser sostenible en la prestación del servicio. Explicó, que de conformidad con lo establecido en el Decreto 1876 de 1994 y en la Ley 100 de 1993, los acuerdos que profieran las E.S.E son autónomos e independientes. Complementó lo anterior señalando, que el Centro Hospitalario cuenta con autonomía presupuestal y financiera y que no tiene nada que ver con el Departamento de Boyacá.

Indicó que el estudio técnico se encontraba encaminado a realizar un ajuste institucional con la supresión de algunos cargos de la planta de personal, buscando mejorar el servicio reduciendo costos en la ejecución del objeto social y así garantizar su subsistencia.

Señaló que en el caso de autos el retiro de la accionante surgió por disposición de la Ley *“...que originó la expedición de un Acuerdo de la Junta Directiva de la E.S.E Salud de Aquitania sin que hubiese mediado como se ha venido reiterando por parte de la Gobernación de Boyacá, lo cual no debió haber sido demandada dentro de la presente actuación...”* (fl. 72).

Finalmente, señaló que la ESE Salud Aquitania, es una institución descentralizada del orden municipal con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.

Planteó las siguientes excepciones:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva (Gobernación de Boyacá – Secretaría de Salud) para ser demandada:** indicó que la reestructuración de la ESE Salud Aquitania fue realizada por su Junta Directiva a través de los Acuerdos No. 006 y 007 de 2004, sin que en dichos actos hubiera intervenido la Gobernación de Boyacá o hubieran sido proferidos por dicho ente.
- **Excepción innominada o genérica:** solicitó se declare de oficio cualquier excepción que favorezca a ese ente territorial.

ESE SALUD AQUITANIA (fls. 78-98):

Se opuso a las pretensiones de la demanda y señaló que existe indebida acumulación de pretensiones, toda vez que se pretende que bajo la misma cuerda de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, se decidan pretensiones que corresponden a la acción contemplada en el artículo 84 ibídem. Luego se pronunció frente a los hechos de la demanda, algunos de ellos fueron aceptados y respecto de otros se está a lo probado dentro del proceso.

Como argumentos de defensa, expuso que el oficio por el cual se le comunicó la determinación de la administración a la demandante, en su sentir no es un acto administrativo definitivo sino de trámite, por lo que no es demandable ante la jurisdicción contencioso administrativo.

Por otra parte, advierte que las causales de retiro de los servidores públicos pueden tener origen en la administración o en el propio funcionario, siendo en el último caso, haber adquirido el derecho a la pensión, abandono del cargo, destitución y renuncia voluntaria.

En cambio, considera que la entidad siguió el procedimiento contemplado por la ley, iniciado por un estudio técnico con la finalidad de lograr un ajuste institucional, lo que terminó con la determinación de supresión de algunos empleos, siendo una causal válida de retiro de los servidores públicos. Ahora bien, el proceso de reajuste de la planta de personal se efectuó con la finalidad de mejorar la prestación del servicio a la comunidad bajo un menor costo, como lo muestra el estudio técnico, el cual atendió el análisis de la carga de trabajo, procesos misionales y de apoyo, evaluación de la prestación de los servicios y funciones asignadas, perfiles de los empleados, entre otros aspectos establecidos en la normatividad vigente.

Comenta, que para la realización del estudio técnico se contrató a la firma "Visión" que contaba con profesionales adscritos a la Universidad de la Sabana, con la idoneidad y experiencia requerida, el cual fue la base para la reestructuración realizada, surtiendo los efectos presupuestales esperados, pues su costo de operación bajó y pudo seguir prestando el servicio la entidad en su área de influencia, por lo que a su juicio se encuentran satisfechos los presupuestos exigidos en la ley, y los parámetros dados por el Gobierno Nacional a través del Ministerio de la Protección Social.

A continuación, expuso que no se ha quebrantado ninguna Convención Colectiva de Trabajo, pues ésta sólo era aplicable a los trabajadores oficiales dentro de los cuales no se encontraba la demandante. Así mismo, sostiene que el proceso administrativo fue realizado de forma pública como dan cuenta los debates y demás actuaciones realizadas por la firma consultora, de las cuales tuvo conocimiento el sindicato de los trabajadores, que incluso solicitó reuniones con la Gerencia para conocer las condiciones en que se harían las supresiones de cargos, lo que desvirtúa lo expuesto en la demanda. Refiere frente a la falta de jurisdicción, que una cosa es que los estatutos de la empresa señalen el domicilio o lugar de prestación del servicio y otro donde la Junta Directiva pueda reunirse y aclara que los debates realizados en su momento con

el Instituto Seccional de Salud de Boyacá, tuvieron lugar en Sogamoso, los que finalmente originaron los Acuerdos accionados.

Finalmente, afirma que no se comparte los argumentos expuestos teniendo a cuestionar el procedimiento de creación de la ESE, pues este se dio bajo los parámetros señalados en la Ley 100 de 1993.

Formuló las excepciones de:

- **Caducidad de la acción:** La propuso aduciendo que el Acuerdo 07 de 28 de julio de 2004, expedido por la E.S.E. Salud Aquitania fue notificado el 28 de julio de ese año, es decir, que a la fecha de presentación de la contestación de la demanda, habían transcurrido 12 meses. Debiéndose demandar dentro de los 4 meses siguientes a su expedición.
- **Falta de causa legal para iniciar la acción:** indicó que la desvinculación de la demandante se produjo por disposición de la Ley y en aplicación de los Acuerdos No. 06 y 07 de 28 de julio de 2004, expedidos con fundamento en el numeral 6 del artículo 11 del Decreto 1876 de 1994. Así mismo, que el estudio técnico que fue base para la supresión, se realizó por una firma idónea, con la metodología y parámetros establecidos en el Decreto 1568, 1572 y 2504 de 1998, los cuales son reglamentarios de la Ley 443 de 1998. Y que la reestructuración obedeció a razones de interés general y con el de mejorar el servicio.
- **Ineptitud sustancial de la demanda:** como quiera que contra el acto administrativo de fecha 6 de agosto de 2014, no procede acción alguna, al ser simplemente parte de la diligencia de notificación que debía cumplirse para enterar al administrado de la decisión; agregó que no es posible se tramite bajo una misma cuerda el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho y el juicio de nulidad o contencioso objetivo.
- **Falta de presupuesto procesal - demanda en forma:** manifestó que en la demanda no se explicaron los hechos que motivan las declaraciones pedidas o la relación jurídica sustancial.
- **Indebida acumulación de pretensiones:** reiteró que no es posible que se tramite bajo una misma cuerda el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho y el juicio de nulidad o contencioso objetivo.
- **La denominada excepción inominada o genérica:** solicita que se declaren probadas las excepciones que resulten acreditadas dentro del proceso que le sean favorables a la accionada.

El Municipio de Aquitania no contestó la demanda.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.1. E.S.E. SALUD AQUITANIA (fls. 779-791): observa el Despacho que el abogado Santiago Eduardo Triana Monroy, presenta escrito de alegatos de conclusión, no obstante, al profesional del derecho le fue aceptada la renuncia al poder que le otorgara la entidad demandada mediante auto de fecha 22 de octubre de 2008 (fl. 492), razón por la cual no se tendrán en cuenta.

3.2. DEPARTAMENTO DE BOYACÁ (fls. 792-796): no serán tenidos en cuenta los alegatos presentados por la abogada Claudia Milena Aguirre, como quiera que en el expediente no obra poder para actuar como apoderada del Departamento de Boyacá.

La parte demandante, el Municipio de Aquitania y el Ministerio Público guardaron silencio.

IV. TRAMITE PROCESAL

Observa el Despacho que la demanda fue presentada el 7 de diciembre de 2004 ante la Oficina Judicial de Tunja (fl. 49), correspondiendo su conocimiento al Tribunal Administrativo de Boyacá, quien mediante auto de fecha 4 de mayo de 2005 (fls. 52-53) dispuso admitir la demanda, ordenando la correspondiente notificación a las entidades demandadas. Posteriormente, se fijó el proceso en lista entre el 14 y el 27 de febrero de 2006 (fl. 66) término dentro del cual las entidades demandadas procedieron a contestar la demanda.

Mediante auto de 24 de octubre de 2007 se dispuso abrir el presente proceso a pruebas (fls. 464-472), decisión contra la cuál el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto por el Tribunal Administrativo de Boyacá (fls. 494-496), Corporación que resolvió revocar ciertos apartes del auto de 24 de octubre de 2007. Luego, mediante auto de fecha 2 de marzo de 2015 se puso el expediente a disposición de las partes para que presentaran alegatos de conclusión (fl. 778).

V. CONSIDERACIONES

Finiquitado así el trámite del proceso y encontrando el Despacho reunidos los presupuestos procesales, y la ausencia de causal alguna de nulidad que invalide en todo, o en parte lo actuado dentro del presente proceso, se procede a proferir decisión de fondo en el asunto objeto de *litis*.

5.1. Actos demandables

En casos de supresión de empleos es necesario examinar la situación que en concreto se presenta, es decir, la forma como la entidad ha actuado para determinar el retiro de la funcionaria y es este análisis el que lleva a determinar cuál fue el acto que afectó la situación particular y concreta. Por ello dependiendo, precisamente, de la actuación administrativa, la jurisprudencia del Consejo de Estado, podría decirse, de manera casuística, ha concluido en forma diversa, como se observa en el siguiente pronunciamiento¹:

“...En casos de reestructuración y supresión de empleos los actos administrativos a demandar varían de acuerdo con las censuras que formule la parte actora. Así, si se endilga algún vicio al acto administrativo que reestructura la planta de personal creando y suprimiendo empleos, como, por ejemplo, haber sido expedido por móviles políticos o sin que previamente se hubieran elaborado los estudios técnicos o de viabilidad presupuestal, es obvio que el mismo puede atacarse por vía del contencioso subjetivo de nulidad y restablecimiento del derecho pues se trata de un acto de contenido mixto que, siendo en principio general, afecta las situaciones particulares y concretas de quienes desempeñan los cargos que son suprimidos.

Cuando se alega el derecho preferencial frente a las personas que fueron incorporadas a la nueva planta, lo procedente es demandar el respectivo acto de incorporación que tiene efecto bifronte pues genera un derecho al empleado incorporado y le extingue una situación jurídica al que no lo fue...”²

En otro pronunciamiento, el Consejo de Estado³ puntualizó los actos a demandar en los procesos de supresión así:

*“...resulta claro que en los casos de supresión de plantas de personal, **el acto administrativo general e impersonal** constituye el objeto de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, siempre que se presenten, en forma concurrente, dos circunstancias, a saber: **a)** Que con él se haya suprimido la totalidad de la planta de personal **o la totalidad de los cargos con igual denominación y grado** que el ocupado por el empleado afectado y **b)** Que en la nueva planta de personal no se haya creado o reproducido un cargo de igual denominación y grado que el suprimido. En ese caso, es*

¹ En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 1 con ponencia de la Magistrada Doctora CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ en sentencia de 18 de noviembre de 2009, expediente: 15001-3133-014-2002-01514-01

² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero Ponente Doctor JESÚS MARÍA LEMOS, **sentencia de 25 de octubre de 2007**, expediente: 76001-23-31-000-2001-05763-01 (3931-05).

³ **CONSEJO DE ESTADO**. Sección Primera. Sentencia de 9 de noviembre de 2006. Radicación número: 11001-03-15-000-2006-01189-00(AC). Actor: LUIS ORTIZ SAAVEDRA. Demandado: MUNICIPIO DE BARRANCABERMEJA.

evidente que el acto general es el que separa al funcionario del servicio y por lo tanto la demanda de nulidad debe dirigirse contra el mismo.

“Contrario a lo anterior, la simple comunicación de la supresión de cargos constituye el acto administrativo, susceptible de control jurisdiccional, cuando: a) El decreto (acto) impersonal y abstracto no suprime la totalidad de los cargos y b) La nueva planta de personal establece cargos de igual denominación y grado que los que fueron suprimidos, pues en ese caso se hace necesaria “la expedición del acto respectivo” que defina “cuales funcionarios serían retirados del servicio en virtud de tal supresión”

Posteriormente, en sentencia de 18 de febrero de 2010 el Consejo de Estado señaló:

“La regla general apunta a demandar el acto que afecta directamente al empleado, esto es, el que contiene en forma individual el retiro del servicio, de manera subjetiva y personal. Sin embargo, a pesar de esta claridad no siempre es diáfano el escenario; deben analizarse las situaciones fácticas y jurídicas en cada caso para definir el acto procedente, veamos grosso modo:

- 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, porque 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”⁴.*

De conformidad con los anteriores parámetros establecidos por el Consejo de Estado, puede concluir este Despacho que cuando el acto general suprime la totalidad de empleos de una misma denominación, éste resulta demandable en forma independiente, mientras que, si hay subsistencia de esos cargos en la nueva planta, se deben tener como actos administrativos a demandar, el acto general en cuanto produjo efectos particulares y el oficio que concretó la desvinculación.

El Acuerdo No. 007 de 28 de julio de 2004 (fl. 8-11), dispuso la supresión de 19 cargos de la planta de personal de la Empresa Social del Estado Salud de Aquitania, dentro de los cuales se encontraban 2 de auxiliar de servicios generales, código 605 (cargo desempeñado por la demandante), quedando para atender las funciones propias de la E.S.E. una planta de personal de 36 cargos, incluyendo en ellos 4 de auxiliar de servicios generales, código 605. Así las cosas, observa el Despacho que el cargo ocupado por la accionante no desapareció totalmente de la planta de la E.S.E. demandada, razón por la cual, se observa que la demandante al momento de presentar la demanda debió solicitar la nulidad del acto general, que reestructuró la Empresa Social del Estado y el oficio por el cual se le comunica la supresión del cargo que desempeñaba.

Por lo tanto, el Acuerdo No. 007 de 28 de julio de 2004, por el cual se adecuó la planta de personal de la Empresa Social del Estado Salud Aquitania y el oficio de 6 de agosto de 2004, por el cual el Gerente (E) de la entidad comunicó a la actora que el cargo que ocupaba había sido suprimido, de conformidad con lo dicho en párrafos anteriores, constituyen los actos administrativos a demandar, ya que con los dos se conforma la decisión de la administración de retirar del servicio a la demandante, configurándose en debida forma la proposición jurídica que impulsa la *Litis*, pues la

⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda Consejero Ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Sentencia 18 de febrero de 2010. Radicación No. 25000-23-25-000-2001-10589-01 (1712-08). Actor: HUGO NELSON LEÓN ROZO.

ausencia de uno de estos actos imposibilitaría tanto el impulso del proceso como la decisión de fondo.

Ahora, en cuanto a la legalidad del Acuerdo 006 de 2004, por medio del cual se modificó la estructura orgánica de la ESE Salud Aquitania, se observa de su lectura que corresponde a un acto de contenido general, no susceptible de enjuiciamiento a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, como quiera que no define ninguna situación de la parte actora.

Sobre tal punto se pronunció el Consejo de Estado, así:

*“...Cuando un acto administrativo de carácter general produce efectos particulares, es posible demandarlo –en lo que atañe al accionante– en una acción de nulidad y restablecimiento del derecho siempre y cuando los presuntos derechos del Actor que se consideren lesionados provengan de dicho acto...”.*⁵

Así las cosas, al ser el Acuerdo No. 006 de 2004, un acto de carácter general, y al no afectar en forma directa derechos particulares, el Despacho se inhibirá para pronunciarse sobre él y así se dirá en la parte resolutive de la presente sentencia.

5.2. De las excepciones planteadas.

5.2.1. Falta de legitimación en la causa por pasiva: Los argumentos concernientes a este descargo planteados por el Departamento de Boyacá, no pueden ser considerados por cuanto, si bien no participó en la expedición de los actos administrativos, si tuvo injerencia directa en el proceso de reestructuración de la entidad, pues fue aprobado en su momento por el Instituto de Salud de Boyacá hoy Secretaria de Salud. En tal sentido, las consideraciones expuestas serán tenidas como verdaderos argumentos de oposición que serán abordados en el fondo del asunto.

5.2.2. Caducidad: Observa el Despacho que no asiste razón a la E.S.E. Salud Aquitania, por cuanto el retiro por supresión contemplado en el Acuerdo No. 007 de 2004, fue notificado a la demandante en fecha 6 de agosto del mismo año (fl. 2 anexo 2), empezando a correr los términos para ejercitar la acción de nulidad y restablecimiento del derechos desde el siguiente día hábil, es decir, el 9 de agosto de 2004, así que entre esta fecha y la interposición de la demanda -el 7 de diciembre de 2004 (fl. 49)-, habían transcurrido 3 meses y 27 días, por lo que no se excedieron los plazos de que trata en numeral 2 del artículo 136 del C.C.A (4 meses).

5.2.3. Falta de causa legal para iniciar la acción: En lo que respecta a los argumentos propuestos bajo este título, en opinión del juzgado, como quiera que tales descargos son extensiones de los argumentos de oposición a la demanda⁶ y no excepciones propiamente dichas, de la cuales se predica envolver circunstancias impeditivas, extensivas o modificativas del derecho que se reclama, serán desatados con el fondo y en el momento correspondiente al análisis que cada uno de ellos oblige.

5.2.4. Ineptitud sustancial de la demanda: aduce el apoderado de la E.S.E. Salud de Aquitania que contra el acto administrativo de fecha 6 de agosto de 2014, no procede acción alguna, al ser simplemente parte de la diligencia de notificación que debía cumplirse para enterar al administrado de la decisión. El Despacho se releva de resolver esta excepción como quiera que en el aparte anterior se determinó la calidad de acto administrativo que tiene el oficio de 6 de agosto de 2004.

5.2.5. Falta de presupuesto procesal - demanda en forma: Dice la demandada que en el libelo no se explican los hechos fundamentales que motivan las declaraciones pedidas, o relación jurídica sustancial.

⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, 26 de octubre de 2000, Radicación número: 1422-99,

Actor: CRISTOBAL VELÁSQUEZ HERNÁNDEZ, Demandado: MUNICIPIO DE ACACIAS - META

⁶ Hernando Devis Echandía, Estudios de Derecho Procesal, citado en Hernán Fabio López Balanco, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, pag. 408, sexta edición: “La defensa u oposición en sentido estricto existe cuando el demandado se limita a negar el derecho pretendido por el actor o los hechos en que éste se apoya... la excepción existe cuando el demandado alega hechos impeditivos o extintivos o modificativos del mismo, o simplemente dilatorios, que impiden en ese momento y en tal proceso se reconozca la exigibilidad o efectividad del derecho...”.

A juicio del Despacho la excepción no está llamada a prosperar, toda vez que la lectura de la demanda y su adición, se prueba que el libelo introductorio, contiene una relación de hechos que resultan coherentes con las pretensiones del mismo, y los cuales además se encuentran acompañados de argumentos normativos. Así las cosas, el Despacho no tiene queja, pues el libelo cumple los requisitos mínimos para posibilitar un fallo de fondo.

5.2.6. Indebida acumulación de pretensiones: Explicó el apoderado de la E.S.E. accionada, que la demandante pretende tramitar bajo una misma cuerda la acción de nulidad y el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho.

Alega que la actora promueve acción de nulidad y restablecimiento del derecho, con invocación a la vez, de los artículos 84 y 85 del C.C.A.

Al respecto debe señalarse que, en efecto las acciones de nulidad (simple) y la de nulidad y restablecimiento del derecho, son acciones diferentes, no obstante las causales de nulidad que se deben invocar en las referidas acciones son las mismas, por cuanto los actos administrativos sólo pueden atacarse por las establecidas en el artículo 84 del C.C.A.

Entonces, no asiste razón a la accionada al señalar que se presenta una indebida acumulación de pretensiones, al invocarse por la parte actora, como fundamentos de derecho de la presente acción, los artículos 84 y 85 del C.C.A.; lo anterior, por cuanto en el sub lite se busca la declaratoria de nulidad de un acto administrativo de carácter particular, y contra él se dirigen los vicios señalados en el artículo 84 del C.C.A., sin que se pierda de vista la solicitud de restablecimiento del derecho, que se considera vulnerado con el actuar de la administración, de conformidad con lo señalado en el artículo 85 del mismo estatuto, situación que es perfectamente admisible, atendiendo a la naturaleza de la presente acción.

En ese mismo sentido, no hay que perder de vista que los actos administrativos de carácter general son enjuiciables a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en atención a la teoría de los móviles y finalidades, desarrollada por el Consejo de Estado, pues es claro, que cuando éstos tienen efectos jurídicos particulares y concretos, es el camino procesal idóneo. Por lo anterior, la excepción no prospera.

5.3. Problema jurídico

Planteada como se encuentra la controversia que ahora nos ocupa, en este punto corresponde al Despacho establecer la respuesta al siguiente problema jurídico:

¿Hay lugar a la declaratoria de Nulidad de los Actos Administrativos contenidos en el Acuerdo No. 007 de 28 de julio de 2004, por el cual se adecúa la planta de personal de la Empresa Social del Estado Salud Aquitania y en el oficio de 6 de agosto de 2004, por el cual el Gerente (E) de la entidad comunicó a la actora que el cargo que ocupaba había sido suprimido, por considerar que se encuentra proferido en contra de derecho y con violación directa de la constitución y la ley; y por ende, vulnera los derechos de la actora?

En caso de su configuración, corresponderá al Despacho analizar si la señora MARINA MORALES MORALES, tiene derecho a ser reintegrada al cargo de auxiliar de servicios generales, código 605 y en las mismas condiciones que ostentaba al momento de su desvinculación, o a otro de igual o superior jerarquía con similares condiciones, sin solución de continuidad y ordenando el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales a que tal situación daría lugar.

5.4. Acervo probatorio

Dentro del plenario obran como pruebas las siguientes:

➤ Mediante Acuerdo No. 006 de 28 de julio de 2004, se modificó la estructura orgánica de la ESE Salud Aquitania (fls. 4-7).

- Por medio del Acuerdo No. 007 de 28 de julio de 2004 se adecuó la planta de personal de la ESE Salud de Aquitania (fls. 8-11).
- Oficio de fecha 6 de agosto de 2004, suscrito por el Gerente de la E.S.E. Salud Aquitania en el cual le indica a la demandante que mediante Acuerdo No. 007 de 28 de julio de 2004, fue suprimido el cargo de auxiliar de servicios generales código 605, el cual venía desempeñando (fl. 12).
- La señora Marina Morales Morales, se desempeñó en el cargo de Ayudante de Servicios Generales de la ESE Salud de Aquitania desde el 1º de septiembre de 1977 al 6 de agosto de 2004 (fl. 31).
- A través de reuniones de la Junta Directiva de la E.S.E. Salud de Aquitania realizadas el 26 de septiembre de 2003 (fls. 112-115), el 3 de noviembre de 2003 (fls. 138), el 26 de noviembre de 2003 (fl. 139), el 23 de diciembre de 2003 (fl. 140), el 29 de diciembre de 2003 (fls. 120-123), el 21 de enero de 2004 (fl. 141), el 9 de febrero de 2004 (fl. 142), el 1 de marzo de 2004 (fls. 124-126), el 9 de junio de 2004 (fl. 127-130 y 143), el 19 de julio de 2004 (fl. 144), 28 de julio de 2004 (fls. 131-135), se presentaron y aprobaron los acuerdos de reestructuración de esa entidad.
- Estudio técnico de reestructuración de la E.S.E. Salud de Aquitania (fls. 146-392).
- Informe de esofagogastroduodenoscopia realizado a la demandante el 19 de diciembre de 2003 (fl. 407).
- Oficio ODE No. 012 de 12 de enero de 2012, mediante el cual la Secretaría de Salud de Boyacá, indicó que una vez revisados los archivos, no se encontró documento en que se haya autorizado al Alcalde del Municipio de Aquitania y al Secretario de la Junta Directiva de la E.S.E. Salud Aquitania para despachar desde el municipio de Sogamoso (fl. 522).
- Certificación de la Directora Técnica de Prestación de Servicio de la E.S.E. de Salud de la Secretaría de Salud de Boyacá, en la que consta que el Departamento de Boyacá – Secretaría de Salud, conoció y participó en el proceso de ajuste institucional de la E.S.E. Salud Aquitania en razón a la suscripción del Convenio No. 386 de 2004 (fl. 523).
- Oficio de 24 de enero de 2012, mediante el cual la Gerente de la E.S.E. Salud Aquitania, certifica que no es cierta la afirmación en el sentido de que para poder acceder al plan de readaptación laboral las personas desvinculadas en el año 2004, dentro del proceso de reestructuración del Hospital, era condición **“no pertenecer al Sindicato y manifestar que no se iba a proponer demanda en contra del proceso de ajuste institucional”**. Que el Hospital no puso condición alguna dentro del proceso de ajuste institucional desarrollado con base en el Convenio No. 0386, ni se condicionó a los funcionarios, ni se tuvo en cuenta la condición de aforado para adelantar el estudio técnico en situación distinta a la de la presentación de las demandadas para el levantamiento del fuero sindical (fl. 526).
- Acuerdo No. 001 de 1999, por medio del cual se adopta el Estatuto de la Empresa Social del Estado Salud Aquitania (fls. 556-584).
- Oficio No. 23100000:0400035 de 29 de febrero 2012, suscrito por la Directora de Prestación de Servicios y atención primaria del Ministerio de Salud y Protección Social, por medio del cual indica que revisados los archivos, esa entidad dio concepto favorable a la Propuesta de Reorganización de Prestadores de la Red de Boyacá, presentada por el Departamento (fls. 612-626).
- Certificación suscrita por el Secretario de Salud del Departamento de Boyacá, en la cual consta que la ESE Salud de Aquitania está inmersa en el convenio de desempeño No. 386 de 2004, celebrado entre el Departamento de Boyacá y el Ministerio de Salud y Protección Social y celebró con el Departamento de Boyacá convenio de desempeño

para la ejecución del programa de reorganización, rediseño y modernización de la red de prestación de servicios de salud (fls. 651).

➤ Convención Colectiva de trabajo suscrita entre los Hospitales San José de Sogamoso, Fructuoso Reyes de Santa Rosa de Viterbo, San Luis de Aquitania, Elías Olarte de Miraflores, San Rafael de Guayatá, San José del Cocuy, Andrés Girardot de Guicán, San Francisco de San Luis de Gaceno, San Rafael de Guateque y Sagrado Corazón de Jesús de Socha y el sindicato "ANTHOC" la cual tenía una vigencia de 2 años, es decir, del 1º de enero de 1993 al 31 de diciembre de 1994 (fls. 680-732).

➤ Acuerdo No. 001 de 1997, por medio del cual se crea la Empresa Social del Estado "SALUD AQUITANIA" (fls. 733-744)

➤ Estatuto de la Empresa Social del Estado Salud Aquitania (fls. 4 a 396 anexo 1)

5.5. Del caso concreto

Corresponde al Despacho entonces, abordar los cargos de nulidad que se plantearon contra la actuación administrativa demanda, de acuerdo a los siguientes títulos:

Supresión como causal de retiro – estabilidad del personal

Considera la demandante que se transgredió la Constitución Política y varios tratados internacionales, con el proceder de la Administración al no garantizar su derecho al trabajo y su estabilidad.

Para resolver se considera:

La desaparición de un empleo en el marco de un proceso de supresión de cargos o de reestructuración administrativa **es causa jurídica válida para determinar el retiro del servicio de un empleado público cualquiera sea su forma de vinculación**, en tal sentido prevé el artículo 28 del Decreto 2400 de 1968: *"La supresión de un empleo público coloca automáticamente en situación de retiro a la persona que lo desempeña, salvo lo que se dispone para empleados inscritos en una carrera."*

Es claro entonces que la supresión del cargo es causal de retiro, incluso para personas que gozan de un fuero de mayor estabilidad como lo es el personal con derechos de carrera administrativa; beneficio de estabilidad, que no convierten al empleado o funcionario público en un elemento inamovible, justamente porque las instituciones del Estado se deben al servicio público y al interés general, de manera que estos intereses superiores deben prevalecer. Al respecto, resulta pertinente traer a colación el siguiente pronunciamiento de la Corte Constitucional que evidencia la facultad de la administración para suprimir cargos, así sean de carrera:

"Respecto del derecho a la estabilidad de los empleados de carrera, la administración, por razones de interés general, de eficacia y eficiencia de la función pública, está facultada constitucionalmente para suprimir determinados cargos por razones de interés general, enmarcadas en la necesidad que tiene el Estado de cumplir sus finalidades, entre las cuales se encuentran primordialmente, adecuar y modernizar su funcionamiento."^{7 8}

⁷ Corte Constitucional, M.P. Hernando Herrera Vergara, Sentencia C-522 de 1995.

⁸ También puede consultarse: Corte Constitucional Sentencia C- 370 de 1999 Magistrado Ponente Doctor CARLOS GAVIRIA DIAZ, dictada para resolver una demanda contra la exequibilidad del artículo 39 de la Ley 443 de 1998 que reguló "los derechos de los empleados de carrera administrativa en caso de supresión de empleos": "...No hay duda de que la pertenencia a la carrera administrativa implica para los empleados escalafonados en ella la estabilidad en el empleo, sin embargo, esa sola circunstancia no obliga al Estado a mantener los cargos que éstos ocupan, por siempre y para siempre, pues pueden existir razones y situaciones que justifiquen la supresión de los mismos. La estabilidad, como tantas veces se ha dicho, "no significa que el empleado sea inamovible, como si la Administración estuviese atada de manera irreversible a sostenerlo en el puesto que ocupa aún en los casos de ineficiencia, inmoralidad, indisciplina o paquidermia en el ejercicio de las funciones que le corresponden, pues ello conduciría al desvertebramiento de la función pública y a la corrupción de la carrera administrativa. (...)" El derecho a la estabilidad, "no impide 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 en 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." (...) La supresión de un cargo de carrera administrativa se puede producir por múltiples circunstancias, vr.gr. por fusión o liquidación de la entidad pública respectiva, por reestructuración de la misma, por modificación de la planta de personal, por reclasificación de los empleos, por políticas de modernización del Estado con el fin de hacer más eficaz la prestación del servicio público, controlar el gasto público, abolir la burocracia administrativa, etc. Objetivos que deben dirigirse exclusivamente a lograr la optimización en

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que tal como se señala en la demanda, la actora no se encontraba inscrita en carrera administrativa, y a pesar de haber permanecido en el cargo por largo periodo (1 de septiembre de 1977 a 6 agosto de 2004), ello de ninguna manera le otorga estabilidad en el empleo y demás derechos de los empleados de carrera administrativa. Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado:

*“No es relevante para la Sala la cantidad de tiempo que hubiese estado el actor ocupando en provisionalidad el cargo del cual fue desplazado por el nombramiento del Dr. Vera Pabón, pues, tanto en los términos del artículo 125 Constitucional, como de Ley 270 de 1996, **el hecho indefinido de tal condición no otorga derechos de carrera, como tampoco de inamovilidad**; estas condiciones se logran solamente por la participación en los respectivos procesos de selección, guiados por el mérito, y por el hecho de haber conseguido los primeros puestos en la elegibilidad. No basta lo primero, que implica, como lo sostiene el actor, cumplir requisitos, pues, en últimas se trata de una competición reglada, que otorga mejores derechos a quienes mejores puntajes obtengan, porque, de suyo, mejores garantías otorgan para el cumplimiento de los fines del Estado y para el desarrollo de las funciones encomendadas a cada cargo”⁹.*

De lo anterior se colige, **que aun en el hipotético caso de que la demandante estuviera escalafonada** en carrera administrativa, sin duda una condición de mayor estabilidad, tal circunstancia no impediría que la entidad demandada efectuara las reestructuraciones que considerara adecuadas para ofrecer una mejor prestación del servicio, incluida desde luego, la supresión de cargos y sin que interese la calidad o buen desempeño del empleado en el cargo, pues como lo ha sostenido el Consejo de Estado tal situación no resulta relevante en procesos de supresión de cargos¹⁰:

*“Y, en cuanto a las calidades laborales del actor, se ha dicho que, **tratándose de reestructuración de entidades no es este un factor determinante para decidir la supresión del empleo pues este acto administrativo, se expide en atención a necesidades generales del servicio y no a condiciones particulares de los empleados**. Por ello, aunque se trate de empleados eficientes, no resulta ilegal que su empleo sea suprimido ya que de lo que se trata es de tomar las medidas necesarias para obtener los mejores resultados en la gestión pública, examinada ella desde las necesidades generales de la administración en aras a lograr el cumplimiento de sus fines. Por el contrario, si al decidirse la reestructuración de una entidad se atiende a las condiciones personales de los servidores, la medida resultaría ajena a los fines para los cuales se ha otorgado la facultad.” -negritas fuera de texto-*

En estas condiciones el retiro por supresión del cargo es una medida que atiende las finalidades públicas y se encuentra amparada por la Constitución Política, según el criterio expuesto por la Corte en las citas referidas, lo que la hace igualmente compatible con las normas supranacionales que integran el bloque de constitucionalidad, luego, no hay quebrantamiento del derecho al trabajo de la demandante por la sola decisión de supresión de un empleo público.

términos de calidad, idoneidad y eficiencia del servicio público, basarse en criterios de razonabilidad, proporcionalidad y prevalencia del interés general, sin dejar de lado la protección de los derechos de los trabajadores. (...) Dado que la supresión de cargos así sea con los fines anotados implica necesariamente un daño, surge con claridad meridiana el deber de reparación por parte del Estado, por que “si bien es cierto que el daño puede catalogarse como legítimo porque el Estado puede en función de la protección del interés general determinar la cantidad de sus funcionarios (arts. 150-7 y 189-14 C.P.), esto no implica que el trabajador retirado del servicio tenga que soportar íntegramente la carga específica de la adecuación del Estado, que debe ser asumida por toda la sociedad en razón del principio de igualdad de todos ante las cargas públicas (C.P. art. 13). Los derechos laborales entran a formar parte del patrimonio y no pueden ser desconocidos por leyes posteriores (art. 58-1 C.P.). Además, las autoridades de la República están obligadas a protegerlos (art. 2 C.P.). Esto armoniza con una de las finalidades del Estado social de derecho: la vigencia de un orden social justo (Preámbulo de la Carta). Por ello se trata de una indemnización reparatoria fundamentada en el reconocimiento que se hace a los derechos adquiridos en materia laboral.” (...) El deber de indemnizar encuentra fundamento constitucional, en el hecho de que el empleado público de carrera administrativa “es titular de unos derechos subjetivos adquiridos que gozan de protección constitucional, al igual que ocurre con la propiedad privada, según el artículo 58 de la Carta. Por lo tanto, esos derechos no son inmutables al interés público pues el trabajador, como el resto del triptico económico –del cual forma parte también la propiedad y la empresa- está afectado por una función social, lo cual no implica que la privación de tales derechos pueda llevarse a efecto sin resarcir el perjuicio que sufre su titular en aras del interés público. De allí que, si fuese necesario que el Estado, por razones de esa índole, elimine el empleo que ejercía el trabajador inscrito en carrera, como podría acontecer con la aplicación del artículo 20 transitorio de la Carta, sería también indispensable indemnizarlo para no romper el principio de igualdad en relación con las cargas públicas (art. 13 C.N.), en cuanto aquél no tendría obligación de soportar el perjuicio, tal como sucede también con el dueño del bien expropiado por razones de utilidad pública. En ninguno de los casos la licitud de la acción estatal es óbice para el resarcimiento del daño causado.”

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de 30 de noviembre de 2006. Radicación No. 27001-23-31-000-2000-00666-01(5719-05).

¹⁰ Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia de abril veinticuatro (24) de dos mil tres (2003), Ref.: Expediente No. 4100-1233-1000-1995-7985-01, No. Interno: 4221-2001

De la desviación de poder

Considera la demandante que la supresión del empleo que ostentaba fue un acto de intolerancia laboral y sindical. Agrega que lo que en verdad ocurrió fue una persecución política sindical, laboral y personal.

Frente a este cargo, es del caso precisar que cualquier reproche en el sentido de señalar la existencia de móviles políticos o persecución laboral o sindical, debe estar orientado a demostrar que la actuación administrativa censurada está afectada por cuestiones de índole subjetivo, encaminadas a obtener fines diferentes a las previstas en las normas legales. En consecuencia, deben ser analizadas bajo la causal de desviación de poder, consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

En efecto, la desviación de poder surge cuando la autoridad pública ejerce las atribuciones de las cuales está revestida, no para obtener el fin que la ley persigue, sino para otro distinto. Frente a la prueba de esta causal de anulación, ha señalado la jurisprudencia que se debe 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 que se usó con fines distintos a los previstos en la norma. El Consejo de Estado, al respecto ha precisado:¹¹

"...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 da lugar, como ocurre en el presente caso, a que se desestime el cargo planteado..."

En cuanto a la desviación de poder también precisó dicho Estamento:

"...La apreciación de los medios de prueba exige que el juzgador pueda lograr un nivel de convicción sobre la desviación de poder, de manera que el juicio de probabilidad que construya en su mente se afinque en estructuras lógicas de raciocinio que le permitan arribar a conclusiones razonables. Estas, desde luego, requieren que dicho juicio de probabilidad, fundamento de la verdad judicial en casos como el presente, se apoye en elementos fácticos de los cuales se pueda inferir que la administración se desvió de los propósitos que planteó la ley cuando confirió a la autoridad el ejercicio de la facultad discrecional.

Debido a ello las piezas de tipo probatorio deben ser concretas y corroborables, lo primero porque sólo demostraciones precisas pueden acotar los alcances del concepto jurídico indeterminado desviación de poder, y lo segundo, porque dada la amplitud y variedad de las circunstancias de distinto tipo a las que ella puede dar lugar, deben poder sostenerse demostrativamente acudiendo a varios elementos fácticos coherentes pues sólo una composición sistemática, integrada y completa de elementos que apunten en una misma dirección puede sostener, con un grado aceptable de corrección, la decisión judicial respectiva..."¹²

Frente a esta causal de anulación de actos administrativos respecto al tema de reestructuración y supresión de cargos, el Máximo Tribunal Contencioso Administrativo se ha permitido manifestar que *"...la supresión de cargos es una causal de retiro del servicio prevista para los empleados públicos indistintamente si son de libre nombramiento y remoción, de período fijo o de carrera administrativa, que encuentra justificación en que el interés particular del funcionario está llamado a ceder ante el interés general de mejoramiento del servicio..."*.¹³ De manera que para que sea viable desvirtuar la

¹¹ **CONSEJO DE ESTADO**. Sección Segunda. Sentencia del 18 de Agosto de 2005. Consejero Ponente: JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE. Radicación No. 70001-23-31-000-1999-01376-01 (2096-04). Actor: MARIANA DE JESUS MORENO DIAZ

¹² **CONSEJO DE ESTADO**, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante, sentencia de doce (12) de abril de 2007, Rad.: 15001-23-31000199515530-01(8647-05), Actor: Clara Stella Prieto Acevedo, Demandado: Instituto de Transito de Boyacá

¹³ **CONSEJO DE ESTADO**. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 30 de noviembre de 2006. Exp. 05249-01 (1928-05). C.P. Alberto Arango Mantilla.

presunción de legalidad de los actos cuya nulidad se pretende en vía judicial, se requiere probar los vicios que contiene.

Destaca el Juzgado que tratándose de un aspecto subjetivo, como son los motivos e intenciones que se tuvieron en cuenta para la expedición del acto, la decisión que adopte el Juez debe ser especialmente razonada, pues la desviación de poder comporta una causal de anulación de orden subjetivo, razón por la cual para encontrar acreditado el vicio, el fallador debe auscultar en el aspecto volitivo del servidor que expidió el acto.

De conformidad con lo anterior, se concluye que la prueba tendiente a demostrar la existencia de la desviación de poder, 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. Sin embargo, respecto a las situaciones alegadas por la parte demandante, advierte el Despacho que ésta no allegó soportes que permitan evidenciar tal situación, pues una vez revisado el acervo probatorio se encuentra probado que la decisión administrativa estuvo fundada en un estudio técnico que no fue adelantado por las entidades accionadas, lo que desvirtúa la afirmación de la actora, según la cual la supresión se adelantó con el propósito de perseguir a la accionante; adicional a lo anterior, observa el Juzgado que al plenario no se allegó elemento alguno que permita advertir que la supresión del cargo de la demandante se hubiere adoptado como un acto de persecución política y mucho menos derivada de su condición de miembro de una asociación sindical.

Así las cosas, al no existir elemento de prueba alguno que evidencie la persecución política y sindical o la intolerancia laboral del que fue víctima supuestamente la demandante, el cargo alegado no tiene la vocación de prosperar y la presunción de legalidad de los actos permanece incólume ya que, como lo ha recordado la doctrina, en el siguiente aparte:

“...Los actos administrativos, por serlo tienen a su favor la presunción de constituir el ejercicio legítimo de la autoridad administrativa y, por consiguiente, toda invocación de nulidad contra ellos debe ser necesariamente alegada y probada en juicio; así sucede cuando se han desconocido o vulnerado principios de derecho público o garantías individuales. (...) La suposición de que el acto fue emitido conforme a derecho, dictado en armonía con el ordenamiento jurídico. Es una resultante de la juridicidad con que se mueve la actividad estatal. La legalidad justifica y avala la validez de los actos administrativos; por eso crea la presunción de que son legales, es decir, se los presume válidos y que respetan las normas que regulan su producción...”¹⁴.

Así mismo, se considera que en el *sub examine*, no se demostró que el acto acusado haya sido proferido con desviación del poder, dado que no es suficiente expresar que la desvinculación tuvo como propósito un fin diferente al mejoramiento del servicio, o que los motivos por los cuales fue adoptada la decisión fueron ocultos o desviados, sino que, la parte actora estaba en la obligación de aportar las pruebas que llevaran a este estrado judicial a la certeza incontrovertible que los motivos que tuvo la Administración para la expedición del acto de retiro obedeció a fines personales, a favor de terceros o que estuvo influenciado por una causa adversa al cumplimiento efectivo de los deberes públicos que el ordenamiento legal le obliga a observar a los funcionarios, lo cual no sucedió en el presente caso.

De la falta de competencia por razón del territorio

Indicó el apoderado de la demandante que la expedición del acto por fuera de la sede, vicia de manera absoluta su validez.

Para resolver este cargo, basta citar al Magistrado del Consejo de Estado de la Sección Tercera y Tratadista JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, quien sostiene sobre esta causal, lo siguiente:

¹⁴ DROMI, JOSE ROBERTO. El acto administrativo. Buenos Aires, Ediciones ciudad Argentina 2008.

"Como su nombre lo indica, es el ejercicio de competencias con violación de las circunscripciones territoriales o ámbito territorial asignado a cada órgano o funcionario de la Administración Pública; puede depender de las siguientes circunstancias.

-Por proferirse actos, por una autoridad administrativa, para que surtan efectos en el espacio territorial de otra; como lo indica ESCOLA, en estas oportunidades el "órgano pretende ampliar su ámbito de acción dictando actos que sean aplicables o produzcan sus efectos naturales fuera de los límites territoriales que tienen señalados..."

-Por proferirse, por una autoridad administrativa, decisiones por fuera de las demarcaciones geográficas de la entidad a que pertenece; se configura el vicio porque, a no darlo, la capacidad o competencia orgánica va unida indisolublemente a la jurisdicción territorial. En ambas oportunidades, como lo indica la doctrina tradicionalmente, se configura una usurpación interorgánica entre entidades de un mismo rango."¹⁵

Descendiendo al caso concreto, revisado el Acuerdo 007 de 28 de julio de 2004, se encuentra que en su parte final señala:

"...Dado en **Sogamoso** departamento de Boyacá, a los veintiocho (28) días del mes de julio de 2004..." (f. 11) (negrilla del Juzgado).

Al respecto, dirá el Despacho que el hecho de haberse expedido el citado Acuerdo en la ciudad de Sogamoso, no constituye una circunstancia capaz de viciar de nulidad el acto pues la entidad no está usurpando competencias territoriales de otra, y los efectos jurídicos de las decisiones están dirigidos a los empleados de ésta.

Además, habida cuenta que las disposiciones consagradas en el Decreto 1386 de 2002, "Por el cual se dictan medidas para brindar protección a alcaldes, concejales y personeros municipales", norma citada por el apoderado de la demandante (fl. 42), contemplan un mecanismo especial para la protección de los citados funcionarios (Alcaldes, Concejales y Personeros), que no es aplicable a las Empresas Sociales del Estado, dado que el marco que regula la actividad de estas últimas, está constituido por la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1876 de 1994.

Si bien es cierto, la norma que se estima como violada por la parte actora, permite que los Alcaldes, previa autorización del Gobernador, trasladen el Despacho de su sede por motivos de interés público, ha de tenerse en cuenta que dicha disposición se concibió como una excepción a lo dispuesto en el artículo 134¹⁶ del Código de Régimen Municipal (Decreto 1333 de 1986) y a lo consagrado en el numeral 2 del artículo 115 de la Ley 136 de 1994,¹⁷ normas que son aplicables únicamente a los Municipios y que no pueden hacerse extensivas a las Empresas Sociales del Estado, pues su régimen jurídico es especial, ya que fueron definidas por el legislador como "...una categoría especial de entidad pública, descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas o reorganizadas por ley o por las asambleas o concejos..."¹⁸.

El marco normativo que regula la actividad de las Empresas Sociales del Estado está constituido por la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1876 de 1994, las cuales frente a las Juntas Directivas, únicamente reguló lo concerniente a su conformación y forma de sesionar, empero no se estableció limitación alguna en lo que respecta al lugar en que se deben realizar las reuniones de la misma.

Se advierte entonces, que los artículos 6 y 7 del citado Decreto 1876 de 1994 contempló que las Juntas Directivas de las ESE'S, del nivel nacional y territorial estarían conformadas por tres (3) estamentos: **i)** uno político-administrativo conformado por el Jefe de la Administración Departamental, Distrital o Local o su delegado y por el Director de Salud de la entidad territorial **ii)** dos (2) representantes del sector científico de la Salud y **iii)** dos (2) representantes de la comunidad.

¹⁵ SANTOFIMIO, G. (2004). Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Acto Administrativo Procedimiento, Eficacia y Validez. Bogotá, Colombia. 4ª Ed. Editorial: Universidad Externado de Colombia. 380 p.

¹⁶ "ARTÍCULO 134. El despacho de la alcaldía estará siempre en la cabecera del municipio."

¹⁷ "ARTÍCULO 115. Abandono del cargo. Se produce el abandono del cargo cuando sin justa causa el alcalde: (...)

2. Abandona el territorio de su jurisdicción municipal, por tres (3) o más días hábiles consecutivos."

¹⁸ DECRETO 1876 de 1994. Artículo 1º.

Así mismo, el artículo 10 ibídem señaló:

“ARTÍCULO 10º.- Reuniones de la junta. Sin perjuicio de lo que se disponga en los estatutos internos y reglamentos de cada entidad, la Junta directiva se reunirá ordinariamente cada dos (2) meses, y extraordinariamente a solicitud del Presidente de la Junta o del Representante Legal de la Empresa Social, o cuando una tercera parte de sus miembros así lo solicite.

De cada una de las sesiones de la Junta Directiva de levantará la respectiva acta en el libro que para tal efecto se llevará. El Libro de Actas debe ser registrado ante la autoridad que ejerza las funciones de inspección, vigilancia y control de la empresa Social del Estado.

Parágrafo.- La inasistencia injustificada a tres (3) reuniones, consecutivas o cinco (5) reuniones durante el año, será causal de pérdida del carácter de miembro de la Junta Directiva y el Gerente de la Empresa Social solicitará la designación del reemplazo según las normas correspondientes.”

También advierte el Despacho, que los estatutos de la Entidad tampoco contemplan la exigencia a que hace referencia la demandante, como requisito de validez de los Acuerdos que expide la Junta Directiva de la ESE demandada, pues frente a las reuniones de la Junta se previó:

“ARTÍCULO 24. Reuniones de la Junta. La junta directiva se reunirá cada dos meses y extraordinariamente a solicitud del presidente de la junta o del gerente, o cuando una tercera parte de sus miembros así lo soliciten. De cada una de las sesiones de la junta directiva se levantará la respectiva acta en el libro que para el efecto se llevará y permanecerá en custodia del gerente. El libro de actas deberá ser registrado ante la secretaría de salud de Boyacá entidad que ejerce las funciones de inspección, vigilancia y control.” (fl. 13 Anexo 1)

En este orden de ideas, concluye el despacho que el cargo de falta de competencia por razón del territorio no tiene razón de ser, pues la Junta Directiva de la ESE demandada no estaba obligada a expedir los Acuerdos en la sede de la Entidad, no se encontraba usurpando competencias, y sus efectos no afecta a otras.

Adicionalmente, es preciso resaltar que, acorde con las causales de anulación de los actos administrativos contempladas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, los actos son nulos **“...cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes...”**. No obstante ese no es el problema que se plantea en esta oportunidad, pues no se discute si la Junta es o no competente para expedir el acuerdo de modificación de la Planta de Personal, sino que se ataca la legalidad del acto, atendiendo al lugar donde fue expedido.

Conforme lo expuesto, solamente bastará señalar que la Junta Directiva de la ESE Salud Aquitania, ostentaba la competencia para expedir el Acuerdo 007 de 2004¹⁹ y que el solo hecho que este hubiere sido expedido en la ciudad de Sogamoso, no tiene la fuerza suficiente para configurar una causal de nulidad, de modo que dicho actuar no implicó una extralimitación en el ejercicio de las funciones de la demandada. En conclusión, el cargo no tiene vocación de prosperidad.

Del estudio técnico

Aduce la parte demandante que los estudios técnicos contrarían la realidad de la Entidad restructurada, alegando para ello, incumplimiento de los requisitos legales previstos por la Ley 443 de 1998 y sus decretos reglamentarios, para adelantar procesos de supresión de cargos y/o reformas administrativas.

¹⁹ **DECRETO 1876 DE 1994: ARTÍCULO 11º.- Funciones de la Junta Directiva.** Sin perjuicio de las funciones asignadas a las Juntas Directivas por ley, Decreto, Ordenanza o Acuerdo u otras disposiciones legales, ésta tendrá las siguientes:
(...)

6. Aprobar la planta de personal y las modificaciones a la misma, para su posterior adopción por la autoridad competente.
(...)

16. Determinar la estructura orgánica-funcional de la entidad, y someterla para su aprobación ante la autoridad competente...”.

Al respecto, el artículo 41 de la Ley 443 de 1998, señaló los lineamientos que debe cumplir la Administración para la reforma de las plantas de personal, así:

“ARTICULO 41. Reforma de plantas de personal. 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.

Con el fin de reglamentar el anterior artículo fue expedido el Decreto 1572 de 1998, el cual indicó:

“ARTICULO 154. Los estudios que soportan las modificaciones a las plantas de personal deberán estar basados en metodologías de diseño organizacional y ocupacional que contemplen como mínimo:

1. Análisis de las implicaciones derivadas de la transformación de la misión u objeto social de la institución y de las funciones generales.
2. Análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo.
3. Evaluación de la prestación de los servicios.
4. Evaluación de las funciones asignadas a los empleos.
5. Cargas de trabajo.
6. Análisis de los perfiles de los empleos.”

Este artículo fue modificado por el artículo 9º del Decreto 2504, quedando así:

“ARTICULO 154. <Artículo modificado por el artículo 9o. del Decreto 2504 de 1998. El nuevo texto es el siguiente:> Los estudios que soportan las modificaciones de las plantas de personal deberán estar basados en metodologías de diseño organizacional y ocupacional que contemplen, dependiendo de la causa que origine la propuesta, alguno o varios de los siguientes aspectos:

1. Análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo
2. Evaluación de la prestación de los servicios
3. Evaluación de las funciones asignadas, perfiles y las cargas de trabajo de los empleos.”

De conformidad con lo anterior, y una vez revisado el plenario, observa el Despacho que la E.S.E. Salud Aquitania, adelantó el estudio técnico (fl. 40 s.s. Anexo 1) al cual hace referencia la anterior normatividad citada, el que una vez examinado, se observa que contiene, entre otros aspectos, una propuesta de reorganización del recurso humano y de viabilidad financiera para la reestructuración de la ESE, que además contempla: i) el diagnóstico integral de las condiciones de cobertura del Sistema General de Seguridad Social en el área de influencia de la Entidad Hospitalaria; ii) la demanda de servicios de salud en la población; iii) las características de funcionamiento iv) un análisis de impacto del costo del recurso humano en la estructura del gasto operacional e v) investigación de costos de la planta propuesta con demanda de servicios y recurso humano requerido para su atención.

Adicionalmente, observa el Juzgado que el estudio técnico con el cual se basó la reforma administrativa no fue objeto de censura por la parte actora, pues solamente se limitó a señalar que el citado estudio no era acorde con la realidad de la Entidad, sin probar cuál era entonces la verdadera situación del Hospital o por lo menos indicar cuáles eran las imprecisiones del estudio frente a dicho aspecto, situación que impone señalar que no se pueden desconocer las conclusiones a las que dicho documento arribó, ya que constituyen el sustento de la reforma administrativa.

Con base en lo anterior, recalca el Despacho que si la demandante consideraba que existían razones por las cuales la reestructuración de la E.S.E. no cumplía con los lineamientos legales establecidos, le correspondía desvirtuar la legalidad de los actos que la concibieron, pues los Actos Administrativos y en general las actuaciones desarrolladas por la Administración, están investidas de una presunción legal, que debe ser desvirtuada por el accionante cuando acude a la jurisdicción. Esta posición ha sido ampliamente tratada por el Consejo de Estado:

“...Le corresponde a quien impugna la determinación, demostrar que con ella no se buscó mejorar el servicio sino afectar sin justificación los derechos de carrera de un determinado empleado, pues la presunción de legalidad de los actos administrativos, artículos 64 y 66 del Código Contencioso Administrativo, impone a quien los cuestiona la carga de probar que el acto de que se trate, en este caso el de supresión, se encuentra viciado de ilegalidad...”²⁰

En posterior pronunciamiento el Consejo de Estado, indicó:

“...La Constitución y la Ley conceden a la administración la facultad para suprimir empleos y señalan el procedimiento respectivo, que según voces del artículo 41 de la Ley 443 de 1998 exige la existencia de un estudio técnico, el cual, según las normas, sirve de soporte o sustento a la CAUSA o motivo que origina la supresión. Para la Sala no surge evidente el incumplimiento de la ley, que se endilga al acto acusado. Si la parte demandante consideraba que el estudio no es un estudio que fundamenta modificaciones en la planta de cargos, era necesario que probara tal hecho mediante prueba idónea sin estarse únicamente a su parecer. La Sala no comparte el argumento de la parte actora respecto del cargo relacionado con el contenido del estudio técnico porque la finalidad de dicho estudio técnico, según lo establecen las normas, es acreditar la necesidad de suprimir cargos y modernizar la administración y no evaluar los servicios de quienes van a ser revinculados con la entidad...” (Negrilla fuera de texto)²¹.

Se insiste en que la demandante expresó en su escrito de demanda la existencia de los estudios técnicos, pero puso en duda su idoneidad técnica y jurídica, por lo que corresponderá acreditarla, como lo ha precisado el Consejo de Estado, veamos²²:

“...Si alguna inconsistencia presentaba el estudio técnico que dio lugar a la reestructuración administrativa, ha debido la interesada demostrar mediante prueba idónea tal irregularidad...”²³

En efecto, no de otra manera puede concluirse a la luz del artículo 177 del C.P.C., máxime si se tiene en cuenta que con las presuntas ilegalidades que expuso se encontraban en el estudio técnico, pretendía obtener la nulidad de los actos demandados, que gozan de presunción de legalidad (art. 66 C.C.A). Dijo el Consejo de Estado frente a la carga probatoria y la presunción de legalidad de los actos administrativos²⁴:

“...en los juicios en los que se pone en entredicho el acto que se demanda, responden al **carácter de rogado de la jurisdicción** contencioso administrativa cuando se trata del estudio de la legalidad de los actos administrativos, en tanto **éstos se encuentran cobijados por la presunción del mismo nombre, “de legalidad”, que corresponde desvirtuar a quien está interesado en lograr la nulidad de dicho acto**; como lo dice la doctrina “el carácter de presunción legal tiene su importancia procesal, ya que **invierte la carga de la prueba**; la persona que tiene a su favor una presunción adopta una posición más cómoda que otra que no la tenga, ya que no tiene por qué probar aquellos hechos incluidos en la esfera de la presunción...” - negrilla y subraya fuera de texto-

De conformidad con lo anterior, se pregunta el Despacho, cómo puede realizar análisis de las falencias atribuidas al estudio técnico que echa de menos la actora, cuando no aportó la prueba siendo ello de su cargo e interés. Sencillamente, si el demandante no probó los hechos que alegó, ningún examen podía efectuarse.

²⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 23 de junio de 2005. Exp. 2001-5879-01 (2065-04) C.P. Jesús María Lemos Bustamante.

²¹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 30 de noviembre de 2006. Exp. 2001-05249-01 (1928-05). C.P. Alberto Arango Mantilla.

²² Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección "A", Consejero Ponente: Alfonso Vargas Rincón, sentencia de 1 de noviembre de 2007, expediente: 25000-23-25-000-2000-05211-01(1361-04), Actor: Lyda Stella Díaz vda. de amezquita, Demandado: Contraloría General de la Nación.

²³ En ese mismo sentido: Sentencia de 23 de agosto de 2001 del Consejo de Estado, Sección Segunda -Subsección "A", Consejera Ponente: Doctora. ANA MARGARITA OLAYA FORERO, expediente: 66001-23—31-000-99-0151-01 (0513/01) actor: Martha Gutiérrez Guerrero citada. Más recientemente la sentencia proferida con ponencia del Consejero Doctor Alberto Arango Matilla, el treinta (30) de noviembre de dos mil seis (2006) en el expediente Radicación número: 76001-23-31-000-2001-05249-01(1928-05), dijo “Para la Sala no surge evidente el incumplimiento de la ley, que se endilga al acto acusado. Si la parte demandante consideraba que el estudio no es un estudio que fundamenta modificaciones en la planta de cargos, era necesario que probara tal hecho mediante prueba idónea sin estarse únicamente a su parecer. Sin duda, un estudio técnico que implique la supresión de cargos de carrera exige, tal como se desprende de la ley, conocimientos profesionales especializados, de manera que ellos deben ser controvertidos también por personas con igual capacitación, de allí que se hable de “metodologías de diseño organizacional y ocupacional” para su elaboración...”

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejera ponente: Doctora MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ, sentencia de 1 de marzo de 2006, expediente: 47001-23-31-000-1996-04901-01(15471), Actor: Carlos Naranjo Florez, Demandado: Departamento del Magdalena

Sin duda no correspondía a la ESE demandada probar la idoneidad de los estudios que sirvieron de fundamento para expedir los actos administrativos en el proceso de reestructuración, sino a la demandante para lograr la prosperidad de sus pretensiones, sin que sobre advertir que no se trataba únicamente de aportar los estudios sino de probar en contrario, es decir, demostrar que los estudios realizados carecían de las condiciones técnicas necesarias para sustentar la supresión de los empleos, todo ello mediante una prueba técnica (pericial) especializada que conceptuara sobre la calidad, metodología e idoneidad del estudio objeto de reproche.

Si bien, los estudios técnicos no constituyen el acto administrativo que contiene la voluntad de la administración, si son instrumentos de apoyo para la toma adecuada de las determinaciones relacionadas con la reestructuración de las entidades. De forma que su idoneidad es elemento que permite concluir la legalidad de los actos administrativos que conllevan, entre otros, supresión de empleos en procesos de reestructuración de las entidades, incluso aceptando que si se demuestra que los estudios técnicos se distanciaron de las exigencias legales, podrían llevar a tener por demostrada la expedición irregular de los actos administrativos.

Así entonces, las afirmaciones de falencias de los estudios técnicos que sirvieron de fundamento a la reestructuración de la planta de personal no pasaron de allí, ninguna prueba aportó para justificar tales asertos. Para el Juzgado no surge evidente el incumplimiento de la ley, que se endilga a los actos acusados. **Si la demandante consideraba que el estudio carecía de soporte era necesario que probara tal hecho mediante prueba pericial, sin estarse únicamente a su parecer.**

Sin duda, un estudio técnico que implique la supresión de cargos de carrera exige, tal como se desprende de la ley, conocimientos profesionales especializados, de manera que ellos deben ser controvertidos también por personas con igual capacitación, de allí que se hable de "metodologías de diseño organizacional y ocupacional"²⁵ para su elaboración, posición que vale la pena anotar, ya había sostenida por el Tribunal Administrativo de Boyacá en diversos pronunciamientos²⁶.

Condición de madre cabeza de familia

La actora señaló en los hechos de la demanda que era madre cabeza de familia, teniendo a su cargo la manutención de sus dos hijos por cuanto su compañero permanente no tiene trabajo.

Lo primero que debe señalarse es que, la protección o estabilidad reforzada para las madres cabeza de familia, tiene su fundamento en normas constitucionales, en concreto, en los artículos 13 y 43 superiores, así mismo, ha sido establecida en las leyes 82 de 1993 y 790 de 2002.

La Corte Constitucional²⁷ ha sintetizado los requisitos de existencia de la figura, así:

"En ese contexto, puede señalarse que la condición de madre cabeza de familia se manifiesta a partir de dos condiciones generales: (i) la responsabilidad que se tiene sobre aquellas personas incapacitadas para trabajar por razones de edad, físicas o mentales, y cuyo sustento y cuidado dependen, por lo tanto, exclusivamente de la mujer que está encargada de la dirección del hogar, pues como lo ha sostenido esta Corporación, el trato especial que el ordenamiento jurídico ha previsto no solo está dado en función de la madre cabeza de familia, sino de las personas que están bajo su cuidado; y (ii) el carácter exclusivo de esa responsabilidad, en la medida en que no se cuente con el apoyo de

²⁵ Artículo 154 Decreto 1572 de 1998. - modificado por el artículo 9o. del Decreto 2504 de 1998-: Los estudios que soportan las modificaciones de las plantas de personal deberán estar basados en metodologías de diseño organizacional y ocupacional que contemplen, dependiendo de la causa que origine la propuesta, alguno o varios de los siguientes aspectos: 1. Análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo; 2. Evaluación de la prestación de los servicios y 3. Evaluación de las funciones asignadas, perfiles y las cargas de trabajo de los empleos.

²⁶ En este sentido puede consultarse la sentencia de 3 de diciembre de 2008, del Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala No. 3 de Decisión, Magistrada Ponente: CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ, expediente: 15000-23-31-000-2000-2166, Actor: Floresmiro Arias Benítez, Demandado: Municipio de Tunja y las sentencias de 18 de noviembre de 2009, proferidas por la Sala 1 de Decisión de este Tribunal, con ponencia de la misma Magistrada, dentro de los expedientes 15001 3133 010 2002 - 01650 -01 Accionante: Clara Eugenia Acevedo Mancilla y 15001 3133 010 2002 - 01839 -01 accionante César Mauricio Vargas Moreno, demandado: Departamento de Boyacá.

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-303 de 2006 M.P. Rodrigo Escobar Gil

alguna otra persona para sobrellevar las cargas en el hogar, pues la pareja se sustrae injustificadamente del cumplimiento de sus obligaciones y no se cuenta con la ayuda de algún otro miembro de la familia o, como lo ha manifestado la jurisprudencia, no se tenga alternativa económica... no toda mujer puede ser considerada como madre cabeza de familia por el sólo hecho de que esté a su cargo la dirección del hogar. Para tener dicha condición debe reunir los presupuestos indispensables, como son: (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 aquélla 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"²⁸. -Destaca el Juzgado-

Así mismo, el parágrafo del artículo 2 de la ley 82 de 1993 establece que "la condición de Mujer Cabeza de Familia y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, **deberá ser declarada ante notario** por cada una de ellas, expresando las circunstancias básicas del respectivo caso y sin que por este concepto se causen emolumentos notariales a su cargo."

Revisado el expediente, si bien se aprecia a folio 409 la declaración ante notario en la que la señora MARINA MORALES MORALES, realiza esa manifestación, allí no se explica la razón de la asunción de la totalidad de la obligación alimentaria en relación con los menores DANILO ARMANDO y PEDRO NEL RIAÑO MORALES, principalmente lo relacionado con los deberes y responsabilidades del progenitor y la justificación o razón por la que aquel no concurre en ello.

Pero con mayor relevancia habrá que señalarse que la declaración es de fecha 13 de octubre de 2004, cuando la supresión ya se había efectuado, de tal manera que no existe en el proceso prueba que demuestre que a la entidad demandada, antes o de forma concomitante con la decisión de supresión se le puso de presenta dicha situación o que debía conocerla, por otra causa.

Así pues, vale la pena señalar que el Estudio Técnico contratado por la ESE, evaluó el perfil de los empleados que se encontraban en los respectivos cargos, y se verificó su situación particular, en el título denominado "SITUACIÓN ECONTRADA CON RELACIÓN A LA DESVINCULACIÓN DEL PERSONAL" (fl. 209), donde se establece aquellos funcionarios que son considerados prepensionables, con fuero sindical y en estado de embarazo. Se tiene igualmente, que a folio 211, se deja constancia, que algunos empleados solicitaron valoración por salud ocupacional o su estado de salud a la fecha, sin que se evidencie constancia alguna respecto de la demandante, lo cual permite afirmar que ésta no informó a la entidad de su supuesta calidad de madre cabeza de familia, a efecto de que tal circunstancia se hubiera tenido en cuenta.

²⁸ Reitera la corte en sentencia T-692 de 2009, Magistrado Doctor JORGE IVÁN PALACIO PALACIO: "Esta Corporación ha establecido, a través de reiterados pronunciamientos²⁸, que la protección a la mujer por su especial condición de madre cabeza de familia encuentra su origen en la propia Carta Política, específicamente, en los artículos 13 y 43 del Texto Superior. El primero, establece la obligación estatal de velar por la igualdad real y efectiva de los grupos tradicionalmente discriminados y de proteger a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta-, mientras que el segundo, determina la obligación del Estado de brindar una especial protección a aquellas mujeres que tienen a su cargo, de manera exclusiva, la responsabilidad de velar por la manutención de su grupo familiar. A las anteriores disposiciones se suman los artículos 5 y 44 de la Carta, los cuales establecen la obligación de proteger a la familia y, de manera especial, a los niños". [...] "El artículo 2 de la Ley 82 de 1993²⁸ contiene la definición de madre cabeza de familia, de acuerdo con la cual, debe entenderse que esta expresión se refiere a "aquella mujer que siendo soltera o casada, tiene bajo su cargo, 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." [...] "A partir de la anterior consideración, la jurisprudencia constitucional ha establecido una serie de presupuestos que deben presentarse para considerar que determinada mujer tiene la condición de madre cabeza de familia, los cuales tienen el propósito de identificar plenamente el grupo que puede ser titular de las acciones afirmativas previstas en la legislación. Estos requisitos, de acuerdo con lo establecido en la sentencia SU-388 de 2005, son:" [...] "(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 aquélla 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." - negrilla fuera de texto-

En efecto en un caso similar, en donde se pretendía la protección constitucional aquí alegada, la misma fue amparada, atendiendo a que se encontró demostrado que con anterioridad a la expedición del acto de supresión del empleo que había acreditado la condición de padre cabeza de familia:

"En tal sentido, el actor debía allegar a la Coordinadora del Grupo de Talento Humano de la entidad demandada la declaración ante notario de que su cónyuge estaba incapacitada para desempeñarse laboralmente, documento este que obra a folio 48 de este cuaderno, dejando entonces acreditada la condición de padre cabeza de familia, antes de la expedición del Decreto 3122 del 17 de agosto de 2007, por medio del cual se suprimió la planta de personal, de acuerdo con las exigencias que para el caso dispuso el legislador, sin que existan pruebas que permitan acreditar el aporte económico de otras personas para la manutención de su grupo familiar.

Así mismo, se observa que no existen otros ingresos o emolumentos diferentes a su renta laboral que le permitan mantener su congrua subsistencia en condiciones dignas y justas, y las de las personas a su cargo tales como el pago de las matrículas escolares de su hijo o la de la atención médico asistencial de su cónyuge"²⁹

Corolario.

Como quiera que no prosperó ninguno de los cargos de ilegalidad planteados en la demanda, el Despacho negará las súplicas.

5.6. De las Costas del Proceso

Al respecto debe tenerse en cuenta que el artículo 171 del C.C.A. establece lo siguiente:

*"ART. 171. **Condena en costas.** En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil"*

Ahora bien, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, estableció los siguientes criterios para fijar la condena en costas:

"La Sala considera que el juicio que en este caso debe hacerse implica un reproche frente a la parte vencida, pues sólo en la medida en que su actuación no se acomode a un adecuado ejercicio de su derecho a acceder a la administración de justicia sino que implique un abuso del mismo, habrá lugar a la condena respectiva. (...) En otros términos, en la medida en que la demanda o su oposición sean temerarias porque no asiste a quien la presenta un fundamento razonable, o hay de su parte una injustificada falta de colaboración en el aporte o práctica de pruebas, o acude a la interposición de recursos con interés meramente dilatorio se considerará que ha incurrido en una conducta reprochable que la obliga a correr con los gastos realizados por la otra parte para obtener un pronunciamiento judicial".³⁰

De conformidad con lo anterior, no encuentra el Despacho que en el sub examine la conducta procesal desplegada por las partes pueda calificarse como temeraria o insensata, como para ser sujeto pasivo de la medida, en consecuencia, no se condenará en costas.

Por lo expuesto, **EL JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO: Se inhibe el Despacho para conocer de la legalidad del Acuerdo No. 006 de 2004, al tratarse de un acto de carácter general, conforme a la motivación expuesta.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Primera, Consejero Ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA, sentencia de 27 de marzo de 2008, expediente 08001-23-31-000-2007-02725-01 (AC).

³⁰ Consejo de Estado - Sección Tercera, Sentencia de 18/02/99, Exp. 10775, C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO 23
Radicación No.: 2004-03255-00
Demandante: MARINA MORALES MORALES
Demandado: DEPARTAMENTO DE BOYACÁ - SECRETARÍA DE SALUD – MUNICIPIO DE AQUITANIA y la E.S.E. DE SALUD DE AQUITANIA

SEGUNDO: Declárense no probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, caducidad, falta de causa legal para iniciar la acción, ineptitud sustancial de la demanda, falta de presupuesto procesal - demanda en forma e indebida acumulación de pretensiones, propuestas por el Departamento de Boyacá y la E.S.E. Salud Aquitania, de conformidad con lo expuesto.

TERCERO: Niéguese las pretensiones de la demanda incoada por la señora MARINA MORALES MORALES en contra del DEPARTAMENTO DE BOYACÁ - SECRETARÍA DE SALUD – MUNICIPIO DE AQUITANIA y la E.S.E. DE SALUD DE AQUITANIA, por las razones expuestas en esta sentencia.

CUARTO: Sin costas.

QUINTO: En firme esta decisión, por Secretaría, realícense las gestiones necesarias para disponer en el archivo el presente proceso y háganse las anotaciones correspondientes. De existir remanentes, devuélvanse a la parte interesada una vez lo solicite, como lo prevé el numeral 4 del artículo 207 del C.C.A, el artículo 59 de la Ley 633 de 200 y el acuerdo 1115 de 2001 del C.S.J.

Notifíquese y Cúmplase,

Original Firmado Por
EMILSEN GELVES MALDONADO
Juez