



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO

Sogamoso, quince (15) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

<i>Referencia:</i>	<i>Nulidad y Restablecimiento del Derecho</i>
<i>Radicación:</i>	<i>15238-33-33-001-2013-00173-00</i>
<i>Demandante:</i>	<i>Alonso Pérez Salamanca</i>
<i>Demandado:</i>	<i>E.S.E Gameza Municipio Saludable</i>

1. ASUNTO

El asunto se contrae a dictar sentencia de primera instancia que resuelva de fondo la demanda que da origen al proceso de la referencia.

2. PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, el señor Alonso Pérez Salamanca por intermedio de apoderada solicita se **inaplique** el Acuerdo No. 0011 de 2012 "Por el cual se adopta la modernización institucional y modifica la planta de personal de la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable y se dictan otras disposiciones" en la parte que afecte al demandante y se declare la nulidad de la Resolución No. 130 del 28 de diciembre de 2012 por la cual se terminó el nombramiento en provisionalidad del demandante, como conductor de la ambulancia de la E.S.E. referenciada.

Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se reintegre al accionante al cargo que ocupaba como conductor de la ambulancia de la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable, al momento de haber sido retirado del servicio, o en su defecto a uno de igual o superior jerarquía conforme a la planta de personal de la E.S.E lo permita; reconocer y pagar todos los salarios y prestaciones sociales, aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, subsidios, intereses y demás derechos laborales dejados de devengar desde el momento de su retiro, hasta cuando se produzca su reintegro; declarar para todos los efectos, la inexistencia de solución de continuidad y que la sentencia se cumpla de conformidad con lo establecido en los artículos 176 a 178 del CPACA. (fls. 3 y vuelto).

3. FUNDAMENTOS FACTICOS

Los supuestos fácticos que respaldan las pretensiones de la demanda se sintetizan de la siguiente manera:

Señaló que se vinculó a la entidad demandada como conductor de la ambulancia código 480, grado 02, nivel asistencial, cumpliendo con las siguientes funciones principales: transportar oportunamente en ambulancias a centros hospitalarios o a sus domicilios; adelantar el mantenimiento preventivo y prestación del vehículo, entregando informes mensuales sobre su estado y recomendaciones y operar el equipo de radiocomunicaciones para garantizar su servicio para los fines previstos, entre otras.

Afirmó que prestó sus servicios a la entidad demandada desde el 2002 hasta el 2005 y desde el 2006 hasta el 31 de diciembre de 2012, fecha en la cual fue separado de su cargo.

Recalcó que cumplía con los requisitos de experiencia y preparación pues trabajó en el servicio de conducción durante 20 años y realizó cursos de primeros auxilios, relaciones humanas, manejo de residuos sólidos hospitalarios y similares, modelo de control estándar de control interno, entre otros, con el fin de desempeñar eficaz y eficientemente sus funciones.

Precisó que la Junta Directiva de la E.S.E. siguiendo el Estudio Técnico elaborado para la modernización y estructuración de la E.S.E Gámeza Municipio Saludable, adoptado mediante el Acuerdo No. 0011 del 28 de diciembre de 2012, acogió el manual de funciones como la planta de personal global sugerida por el estudio referenciado la cual se conformó con cinco cargos ejercidos por seis funcionarios y suprimiendo un número significativo de empleos dentro de los cuales se encontraba el cargo de conductor, nivel asistencial, código 480, nivel 02 ocupado por el demandante.

Manifestó que en virtud de ello, la entidad demandada mediante Resolución 130 de 2012, terminó su nombramiento en provisionalidad como conductor a partir del 31 de diciembre de 2012, porque en el estudio técnico en el acápite denominado *"Evaluación de las funciones en el puesto de trabajo"* se indicó *"es necesario replantear las funciones para el desarrollo del transporte asistencial básico. Se recomienda tercerizar el servicio ya que la frecuencia de uso está por debajo del 50% de utilización generando así un sobrecosto en la prestación"*. Más adelante en el aparte *"Cargos a suprimir"* señaló que se suprimía porque *"el estudio de cargas de trabajo y la frecuencia de uso nos arroja un promedio de menos de un 50% de uso, lo que nos permite tercerizar la contratación de este personal por evento o disponibilidad garantizando esta forma la oportuna prestación del servicio"*.

Afirmó que es inexistente la razón que se expuso en el referido estudio para justificar la supresión del cargo y posterior tercerización del servicio, porque el demandante debido a la alta demanda laboral trabajaba tiempo suplementario y horas extras, tal como consta en las planillas de servicio de ambulancia que se anexaron con la demanda, máxime cuando las funciones inherentes al cargo se continúan ejecutando con otras personas vinculadas por órdenes de prestación de servicios y cooperativas de trabajo asociado.

Mencionó, que el estudio técnico de modernización institucional de la E.S.E. no posee un sustento técnico, metodológico, serio y debatible, pues arrojó resultados inexactos y contrarios a la realidad fáctica de la respectiva entidad, que envuelve la desmejora del servicio de salud prestado por la demandada. (fis. 3 a 5)

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

En sentir del demandante, con la expedición de los actos administrativos demandados se violaron las siguientes disposiciones constitucionales y legales:

Artículo 6º, 25, 29 y 209 de la Constitución Política; Decreto 1950 de 1973; Decreto 1227 de 2005; Decreto 1429 de 2010 y Decreto 19 de 2012.

Manifestó, que la entidad demandada vulneró el artículo 25 de la Constitución Política porque le negó la posibilidad de trabajar a una persona que se encuentra capacitada, habilitada y con el mayor derecho legal para ello, conculcándosele todos los derechos laborales.

Explicó que para adelantar el procedimiento administrativo orientado a la supresión y las decisiones que allí se adopten, se deben seguir las siguientes etapas: i) la administración estimando las circunstancias actuales de la entidad, designa mediante acto administrativo discrecional un Comité Interdisciplinario, encargado de realizar el estudio técnico de información; ii) elaborado el estudio técnico en los términos de la ley, a través de acto administrativo, el nominador adopta las

conclusiones de dicho estudio; iii) conforme a las conclusiones del estudio técnico de modernización, adoptadas por la administración, el nominador emite los actos administrativos de supresión; iv) comunica o notifica, según sea el caso la decisión administrativa de supresión a los directamente afectados.

Afirmó que la entidad demandada infringió el derecho al debido proceso administrativo que le asistía al demandante en el proceso de modernización de la E.S.E., porque no avisó ni comunicó a sus empleados la iniciación del proceso de modernización y la integración del Comité Interdisciplinario establecido para el efecto. Aunado al hecho de que omitió conformar un expediente y en el evento en que exista éste no fue dispuesto para el acceso y examen de los empleados, por tal motivo en sentir de la parte actora, a los empleados no se les dio la oportunidad de emitir pronunciamiento alguno sobre la idoneidad y formación profesional de los integrantes del comité, sobre los trabajos y labores realizados por esa corporación, las conclusiones emitidas por el estudio Técnico y en general, sobre todos los aspectos atinentes al proceso de modernización de la E.S.E.

Recalcó que el estudio técnico referenciado no cumple con los presupuestos legales para su validez, pues su contenido es limitado e insuficiente y sus conclusiones no se ajustan a la realidad fáctica de la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable, ya que incumple los lineamientos del artículo 97 del Decreto 1227 de 2005 y 228 del Decreto Ley 19 de 2012, en la medida en que el análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo, la evaluación de la prestación de los servicios y la valoración de las funciones, los perfiles y las cargas de trabajo de los empleos; no se basan en metodologías de diseño organizacional y ocupacional verificables.

Aseguró que la ausencia de metodologías verificables, así como los instrumentos de organización, clasificación y análisis de las variables atinentes a la evaluación de las funciones, perfiles y cargas de trabajo, deriva conclusiones apresuradas y subjetivas, lo cual genera desmejora en la prestación del servicio de salud adscrito a la Empresa Social del Estado.

Adujó que el estudio técnico propone la supresión de cargos, reasignación de funciones y tercerización de servicios de carácter permanente y necesarios para el cumplimiento de los fines misionales de la entidad demandada, sacrificando no sólo el cumplimiento de los fines atribuibles al Estado, sino que además incentiva la vinculación de personal, mediante figuras que se encuentran expresamente proscritas por la Ley.

Añadió, que la modificación de más del 50% de la planta de personal de la E.S.E. dejando sólo seis cargos para proveer la demanda de los servicios de salud, sin duda alguna sacrifica la buena marcha de la administración, la eficiencia y eficacia del servicio prestado por la entidad enjuiciada.

Afirmó que el estudio técnico no se firmó por cada uno de los integrantes del grupo de trabajo que intervino en la elaboración, y el Manual de Funciones de la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable no se adoptó mediante acto administrativo, contrariando una vez más la normatividad legal vigente. Así mismo señaló que las funciones ejercidas por el demandante eran y son esenciales para la marcha y el cumplimiento de las metas misionales e institucionales de la entidad enjuiciada, motivo por el cual al ser cumplidas por personas vinculadas a la Empresa Social del Estado por las llamadas OPS vulnera las disposiciones legales establecidas en el Decreto 1950 de 1973, la Ley 1429 de 2010 y los precedentes proferidos sobre la materia.

Finalmente, invocó las siguientes causales de nulidad de los actos administrativos demandados:

- *Falsa motivación:* Señaló que la supresión del empleo que desempeñaba el demandante, se efectuó supuestamente por la necesidad del servicio y la modernización de la administración, circunstancias que en sentir de la parte actora no son ciertas, pues la modificación de la planta de personal de la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable fueron ajenas a estos colectivos, máxime cuando su retiro se debió por el hecho de que no acompañó en su causa política al hoy Alcalde de Gámeza.
- *Expedición irregular por contrariar normas de rango constitucional y legal:* Indicó que el proceso de desvinculación fue ilegal porque el estudio técnico que sirvió de base para la supresión del cargo vulneró preceptos normativos que lo hacen ineficaz.
- *Desviación de poder:* Argumentó que la finalidad del acto administrativo de supresión del empleo, no se ajustó al mejoramiento en la prestación del servicio, como quiera que seis cargos no son suficientes para atender eficientemente los servicios de salud atribuidos a la entidad demandada. Aunado al hecho de que el señor Alonso Pérez Salamanca se encuentra cualificado laboralmente y en experiencia para desempeñar el cargo de conductor de ambulancia, empleo que se requiere de manera indispensable para que la Empresa Social del Estado cumpla con su cometido. (fls. 5 a 14)

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ESE GÁMEZA MUNICIPIO SALUDABLE** contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones invocadas por la parte actora (fls. 591 a 607). Manifestó que no se vulneraron preceptos constitucionales ni legales en las actuaciones objeto de demanda, pues se garantizó la continuidad del servicio en salud y la sostenibilidad financiera de la entidad. Afirmó que el acto mediante el cual se desvinculó al señor Alonso Pérez Salamanca de la Empresa Social del Estado fue debidamente motivado y notificado al demandante.

Señaló, que todas las actuaciones se ciñeron a los postulados enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política, los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Así mismo indicó, que el proceso de modernización siempre y en todo momento se adelantó de manera pública y se socializó desde el inicio a todos los funcionarios de la entidad, que de ello tuvo conocimiento el señor Alonso Pérez Salamanca en tiempo y oportunidad del proceso que adelantaba la entidad, hasta el punto que respondió los interrogantes que le realizaron sobre su carga laboral, desvirtuándose con ello la presunta vulneración del debido proceso alegado por el demandante.

Frente a los cinco momentos del proceso de modernización de la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable alegados por el accionante en el escrito de demanda, señaló que los funcionarios no realizaron ningún reparo al comité técnico que se conformó por la Gerente, la Jefe de Enfermeras y la Tesorera quienes tenían la experiencia y el conocimiento administrativo, misional y presupuestal de la entidad; que el estudio estuvo a disposición de los empleados quienes solicitaron copia después de las desvinculaciones ni interpusieron los recursos en sede administrativa como quiera que no mostraron interés en conocer el proceso de modernización.

Sostuvo que la Empresa Social del Estado dio cumplimiento a lo contemplado en el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005, pues motivó el acto administrativo mediante el cual se desvinculó al señor Alonso Pérez Salamanca de la planta de personal de la entidad enjuiciada.

En lo que respecta a los defectos del estudio técnico alegado por el demandante manifestó que se siguieron los parámetros establecidos en la Guía de Modernización de Entidades Públicas del Departamento Administrativo de la Función Pública, adelantado todos los procedimientos para determinar las cargas de trabajo; evaluar las funciones, perfiles y cargas de trabajo de los empleos.

Sobre las "presuntas" planillas del servicio de ambulancia aportadas por el demandante con el libelo introductorio, aclaró que carecen de validez y credibilidad en el entendido de que las hojas anexas no se encuentran en los archivos de la entidad, carecen de logo o identificación alguna que se relacione con la Empresa Social del Estado y no tienen ningún tipo de control por parte del personal del área asistencial, motivo por el cual considera que se obtuvieron ilegalmente.

Señaló, que las funciones del cargo de conductor no son misionales y que la modernización institucional se encontraba contemplada en el plan de gestión presentado por la Gerente de la entidad, motivo por el cual no es caprichosa o improvisada y mucho menos respondía a consecuencias de presuntas persecuciones políticas.

Finalmente propuso las siguientes excepciones:

- *Ineptitud sustantiva de la demanda.*- Mencionó que el demandante debía demandar en nulidad simple el Acuerdo 011 de 2012, toda vez que el mismo se presume legal y su inaplicación estaría supeditada a la declaratoria de nulidad del acto administrativo referenciado. (fl. 605)
- *Carencia de razón legal y fáctica para demandar.*- Aseguró que la Resolución 130 de 2012 fue debidamente motivada cumpliendo con el requisito establecido para dar por terminado un nombramiento en provisionalidad y que la desvinculación obedeció a razones fundadas en el estudio técnico de modernización por lo que no existe motivos legales o fácticos para demandar en acción de nulidad y restablecimiento del derecho. (fl. 605)
- *Excepción genérica.*- (fl. 605)

6. TRAMITE PROCESAL

La demanda fue radicada ante la Oficina de Apoyo Judicial de Duitama el 15 de julio de 2013 (fl.572), siendo asignada por reparto al Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama; por auto del 1º de agosto de 2013 se admitió la demanda (fls. 575 y 576); el 25 de junio de 2014 se llevó a cabo la audiencia inicial, en la cual se resolvió negativamente la excepción denominada "*ineptitud sustantiva de la demanda*" y se concedió recurso de apelación contra la decisión de negar los testimonios solicitados por la parte demandante y por la entidad demandada (fls. 622 a 626)

El 22 de enero de 2015 se celebró la audiencia de pruebas (fl. 663 y 664) siendo continuada el 9 de septiembre de 2015 en la que se dispuso prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, y se ordenó correr traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran alegatos de conclusión (fls. 668)

Como quiera que el Tribunal Administrativo de Boyacá mediante providencia del 28 de agosto de 2015 revocó la decisión de negar los testimonios solicitados por las partes (fls.718 a 722), el Juzgado fijó fecha para la recepción de las declaraciones (fl.732)

Este Juzgado avoca por competencia territorial el conocimiento del asunto mediante auto del 16 de marzo de 2016 (fl.730) y por auto del 25 de Julio de 2016 fija fecha para recepcionar los testimonios decretados (fl.732) los cuales fueron practicados el 16 de agosto de 2016 (fls. 737 a 747).

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **E.S.E GÁMEZA MUNICIPIO SALUDABLE** alegó de conclusión reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, tal como consta a folios 750-770 del expediente. Reiteró que el demandante no probó ninguno de los cargos efectuados en contra del acto administrativo enjuiciado, motivo por el cual consideró que se expidió en estricto cumplimiento de la normatividad vigente y aplicable a la materia.

Señaló que la entidad tiene la facultad de contratar con terceros los servicios que necesite y determinar la planta de personal conforme a la realidad operativa, presupuestal y organizacional, teniendo en cuenta los estudios técnicos realizados para el efecto.

Sostuvo que el proceso de modernización institucional adelantado por la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable, arrojó resultados efectivos y positivos en la situación presupuestal y financiera de la entidad sacándola del riesgo financiero en el que se encontraba y garantizando la continuidad y calidad del servicio de salud que se presta en el Municipio, pues de ello dan cuenta las calificaciones realizadas por el Ministerio de Salud y Protección Social, en los años 2012, 2013, 2014 y 2015. (fls. 750 a 770)

La **PARTE DEMANDANTE** dentro del término establecido para alegar de conclusión, presentó escrito obrante a folios 672 a 676 y 771 a 773 del plenario, reafirmando las pretensiones de la demanda. Agregó que el empleo de conductor de ambulancia es misional pues sus funciones recaen sobre el ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad.

Indicó que se encuentra prohibido tercerizar las funciones permanentes de una entidad pública o emplear cualquier otra figura jurídica que pretenda burlar derechos y garantías laborales de los trabajadores.

El **MINISTERIO PÚBLICO** no presentó concepto.

8. PROBLEMA JURÍDICO

El asunto se contrae a determinar la legalidad del retiro, por supresión del cargo denominado conductor de ambulancia código 480 grado 02 que desempeñaba el señor Alonso Pérez Salamanca en la ESE Gámeza Municipio Saludable.

Para ello deberá establecerse, fundamentalmente, si el proceso de modernización institucional y modificación de la planta de personal de la entidad demandada estuvo precedido de un verdadero estudio técnico, o si por el contrario, la desvinculación del demandante obedeció a razones distintas a las del mejoramiento del servicio, como quiera que en sentir de la parte demandante se configuraron las causales de nulidad de los actos administrativos enjuiciados concernientes a la falsa motivación, expedición irregular y desviación de poder.

Para tales efectos se deberá examinar la legalidad del Acuerdo No. 011 del 28 de diciembre de 2012, que adoptó la modernización institucional y modificó la planta de personal de la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable y la Resolución No. 130 del 28 de diciembre de 2012, por medio del cual se terminó el nombramiento en provisionalidad del demandante, actos administrativos expedidos por la entidad demandada.

9. DE LAS REFORMAS A LA PLANTA DE PERSONAL

El inciso 1º del artículo 209 de la Constitución Política prevé que *“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. (...)”*

Al interpretar el precitado artículo el Consejo de Estado¹ precisó que para ejercitar la función administrativa se debe consultar el interés general; esto es, persiguiendo esos objetivos de carácter general, que se encuentran consignados en la Constitución Política y en la Ley, en especial en el artículo 2º de la Carta Política; que señala los fines esenciales del Estado, así.

“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. (...)”

Quiere decir que la Constitución le confiere a las Autoridades un poder reglado para el ejercicio de la función administrativa, de acuerdo con los postulados característicos del Estado de Derecho, pero en materias, como las relativas a la gestión económica y social, se deja un margen de discrecionalidad para que la Administración, en forma eficaz, procure la satisfacción del interés colectivo, imprimiéndole el carácter Social del Estado de Derecho, donde la función administrativa se encuentra al servicio del interés general, y se base en principios como la eficacia y la celeridad².

Así mismo frente a la supresión de cargos, el Consejo de Estado en providencia del 7 de mayo de 2015, Radicado número 41001-23-31-000-2006-00234-01, Consejera Ponente: doctora María Claudia Rojas Lasso, señaló:

“La Administración Pública está facultada para adecuar su funcionamiento a las necesidades del servicio, por lo tanto, se encuentra legitimada para crear, modificar, reorganizar y suprimir los cargos de su planta de personal, cuando las necesidades públicas o las restricciones económicas se lo impongan, o cuando el desempeño de los funcionarios así lo exigen, en cumplimiento de los fines impuestos por el artículo 209 de la Constitución. Siendo ello así, la facultad de suprimir cargos públicos, inclusive los que corresponden a la carrera administrativa, por motivos de necesidades de servicio está debidamente autorizada por la Constitución Política.”

Así mismo, cabe señalar que la supresión de un cargo, inclusive los de carrera administrativa, se puede producir por múltiples circunstancias, a saber: 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, etc. Objetivos que deben dirigirse exclusivamente a lograr el mejoramiento administrativo en 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”. (Negrillas del Despacho)

¹ Sección Segunda del Consejo de Estado, providencia del 27 de julio de 2015. Radicación número: 05001-23-31-000-2004-00659-01(0047-14), Consejera Ponente doctora Sandra Lisset Ibarra Velez.

² Corte Constitucional, sentencia T-1701 de 7 de diciembre de 2000, Magistrado Ponente. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

De conformidad con la jurisprudencia en cita, se infiere que la supresión de empleos en el sector público es una facultad que ostenta la administración pública para eliminar de la planta de personal de un determinado organismo uno o varios cargos, por necesidades públicas bien sea por fusión, liquidación, reestructuración de la entidad, modificación de la planta de personal, reclasificación de empleos debido a las políticas de modernización del Estado o las restricciones económicas se lo impongan, todo con el fin de mejorar administrativamente en términos de calidad, idoneidad y eficacia en la prestación del servicio público.

Ahora bien, para la fecha de expedición de los actos acusados se hallaba vigente la Ley 909 del 23 de septiembre de 2004 *"por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones"*, que en su artículo 44 prevé que la supresión de un cargo de carrera administrativa puede ocurrir por liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, por el traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de la planta de personal. Que en virtud de ello los empleados que ostenten derechos de carrera administrativa tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o recibir indemnización de conformidad con la reglamentación que expida para el efecto el Gobierno Nacional.

Aunado a lo anterior, el artículo 86 del Decreto 1227 del 21 de abril de 2005 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998"*, señala que el retiro del servicio de los empleados de carrera se produce por cualquiera de las causales determinadas en la Ley 909 de 2004 y conlleva el retiro de la carrera y la pérdida de los derechos inherentes a la misma, salvo los casos señalados en el artículo 42 de la citada ley, eventos en los cuales deberá efectuarse la anotación respectiva en el Registro Público de Carrera.

10. MARCO LEGAL DEL ESTUDIO TÉCNICO

De igual manera, el artículo 46 de la Ley 909 de 2004 modificado por el Decreto 019 de 2012, establece que cada vez que se reforme la planta de personal de las entidades de la rama ejecutiva, ya sea del nivel nacional o territorial, deberán motivarse, y fundarse en necesidades del servicio o razones de modernización de la administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren y que garanticen el mejoramiento institucional, elaborados por las respectivas entidades, por la Escuela Superior de Administración Pública, o por firmas especializadas en la materia³, así, se garantiza que la modificación a la planta de personal se base en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración y se evita que exista desviación de poder o falsa motivación.

Para cumplir tal cometido, las reformas que se hagan a la planta de empleos, además de lo ya mencionado debe cumplir los siguientes parámetros establecidos en el Decreto 1227 de 2005:

³ Artículo 46. Reformas de plantas de personal. Modificado por el art. 228, Decreto Nacional 019 de 2012. Las reformas de planta de empleos de las entidades de la rama ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, deberán motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren, elaborados por las respectivas entidades, por la ESAP, o por firmas especializadas en la materia; estudios que deberán garantizar el mejoramiento organizacional.

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

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

- 96.1. Fusión, supresión o escisión de entidades.
- 96.2. Cambios en la misión u objeto social o en las funciones generales de la entidad.
- 96.3. Traslado de funciones o competencias de un organismo a otro.
- 96.4. Supresión, fusión o creación de dependencias o modificación de sus funciones.
- 96.5. Mejoramiento o introducción de procesos, producción, de bienes o prestación de servicios.
- 96.6. Redistribución de funciones y cargas de trabajo.
- 96.7. Introducción de cambios tecnológicos.
- 96.8. Culminación o cumplimiento de planes, programas o proyectos cuando los perfiles de los empleos involucrados para su ejecución no se ajusten al desarrollo de nuevos planes, programas o proyectos o a las funciones de la entidad.
- 96.9. Racionalización del gasto público.
- 96.10. Mejoramiento de los niveles de eficacia, eficiencia, economía y celeridad de las entidades públicas".

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

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

Sobre el contenido de los estudios que soporten las modificaciones de la planta de personal el artículo 97 ibídem, prevé:

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

- 97.1. Análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo.
- 97.2. Evaluación de la prestación de los servicios.
- 97.3. Evaluación de las funciones, los perfiles y las cargas de trabajo de los empleos."

Así las cosas, solo en los eventos en que para la modificación de una planta de empleos se cumpla con los parámetros anteriormente mencionados y el proceso de reforma de la planta de empleos se base en justificaciones o estudios técnicos, elaborados por las autoridades competentes, se puede concluir que tal reforma se fundó en necesidades del servicio o razones de modernización y que garantiza el mejoramiento institucional.

11. TACHA DEL TESTIMONIO DE HUGO LEONEL SALAZAR GÓMEZ

La apoderada de la parte demandante en la audiencia de pruebas celebrada el 16 de agosto de 2016, formuló tacha contra el testigo Leonel Salazar Gómez, pues consideró que se afectaría la imparcialidad del declarante toda vez que fue quien realizó el estudio de modernización de la Empresa Social del Estado Gámeza Municipio Saludable y las resultados del proceso lo podían afectar directamente (minuto 00:29:38 a minuto 00:30:18 del CD obrante a folio 747 del expediente).

En el traslado de la solicitud de tacha al testigo, el apoderado de la entidad demandada solicitó que se negara porque el Tribunal Administrativo de Boyacá mediante providencia del 28 de agosto de 2015 decretó dicha prueba y es con ocasión del servicio que prestó el señor Hugo Salazar Gómez a la entidad

demandada, que se solicitó su práctica, así mismo indicó que la parte actora no precisó los posibles intereses que le asiste al declarante en las resultas del proceso (00:31:44 a 00:32:48 del CD obrante a folio 747 del expediente).

Frente a la tacha del testigo el artículo 211 del CGP prevé que *"cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas. La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso"*.

Del precepto en cita se infiere que la tacha del testimonio no hace improcedente la recepción de la declaración, ni la valoración de la misma, sino que exige del Juez un análisis más severo con respecto del testimonio para determinar el grado de credibilidad que ofrece y cerciorarse de su eficacia probatoria.

Sobre el particular el Consejo de Estado⁴ precisó, que no es procedente desestimar de plano la declaración que fue tachada pues el juez debe apreciar los testimonios sospechosos, de acuerdo a las circunstancias de cada caso, y no desecharlos de plano, pues el calificar como sospechoso un testigo no implica necesariamente que éste haya incurrido en un falso testimonio, porque en la práctica, respecto de testigos que en principio puedan ser calificados sin tacha de sospecha, no puede presumir el juez que siempre dicen la verdad; su dicho, como todo medio probatorio, debe evaluarse en conexidad con todos los demás medios de prueba aportados dentro de un proceso.

De igual manera señaló en oportunidades anteriores que el testigo sospechoso no debe ser *per se* descartado, sino valorada su declaración en conjunto con los demás medios probatorios y con mayor severidad⁵.

Ahora bien descendiendo sobre la tacha referida debe precisarse que de conformidad con lo previsto en el artículo 211 del C.G.P., el juez apreciará los testimonios de acuerdo con las circunstancias de cada caso y, en el asunto bajo análisis, si bien es cierto, en principio, se podría considerar que la declaración del señor Hugo Leonel Salazar Gómez no ofrece credibilidad debido a que elaboró el estudio técnico de modernización institucional de la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable que fue adoptado por el Presidente de la Junta Directiva de la entidad demandada mediante el Acuerdo No. 011 del 28 de diciembre de 2012, también lo es, que dada su condición de Administrador Público Municipal y Regional especialista en Gerencia de la Salud Pública y Tecnólogo en Administración Pública Municipal Regional y Urbana, conoció de manera directa las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se llevó a cabo el proceso de modernización institucional de la entidad demandada.

Aunado al hecho de que participó como Asesor o Consultor en diferentes procesos de modernización institucional de Alcaldías Municipales y Empresas Sociales del Estado del Departamento de Boyacá, pues de ello da cuenta su hoja de vida obrante a folios 352 a 422 del Anexo No. 1 del expediente, hecho que permite otorgar certeza y credibilidad a la declaración que rindió dentro del proceso de la referencia, máxima cuando el señor Hugo Leonel Salazar Gómez contrario a lo manifestado por la parte actora al sustentar la tacha, no tiene interés directo en las resultas del proceso como quiera que el contrato mediante el cual prestó sus servicios a la entidad demanda ya culminó y la Junta Directiva de la E.S.E.

⁴ Providencia del 28 de noviembre de 2000, Radicado interno AC-11349.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, providencia del 11 de diciembre de 2015, Radicación 17001-23-31-000-2005-03004-01(38156), Consejero Ponente: Doctor Ramiro Pazos Guerrero; así mismo sentencia del 8 de abril de 2014, radicación 68001-23-15-000-2000-03456-01 (29195), Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en que precisó que los testigos sospechosos o de oídas *"no pueden ser desechados de plano sino que rigidizan su valoración de cara al restante material probatorio, por cuanto serán examinados con mayor severidad"*. En el mismo sentido, sentencia de 18 de febrero de 2010, radicación 66001-23-31-000-1997-03961-01 (17542). C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

Gámeza Municipio Saludable no tenía la obligación de adoptar dicho concepto o estudio técnico, pues la persona mencionada elaboró el estudio y entregó una propuesta de planta de personal para que la Empresa Social del Estado fuera financieramente viable realizando las recomendaciones y conclusiones que de acuerdo a su experiencia profesional se requerían quedando en libertad la entidad demandada de adoptarlo o no.

Así las cosas, no se evidencia que la declaración del Administrador Público Hugo Leonel Salazar Gómez estuviera parcializada o encaminada a favorecer sus propios intereses, razón por la cual se negará la tacha propuesta por la parte demandante y en consecuencia se le dará total valor probatorio dentro del proceso de la referencia.

12. LO PROBADO EN EL PROCESO

Con las pruebas recaudadas en el expediente se probaron los siguientes hechos:

a) *De la vinculación del demandante*

El señor ALONSO PÉREZ SALAMANCA fue vinculado en *provisionalidad* a la planta de personal de la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable mediante Resolución No. 014 del 2 de enero de 2006 expedida por la Gerente de la entidad demandada, en el cargo denominado conductor de ambulancia código 480 Grado 02 (fl. 38), del cual tomó posesión el mismo día en que se emitió el acto de nombramiento, tal como consta a folio 39 del expediente.

b) *De las actuaciones previas a la supresión del cargo*

El Coordinador del Grupo de Administración y Economía Pública del Departamento Administrativo de la Función Pública, en oficio dirigido a la Gerente de la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable resolvió algunas inquietudes frente al proceso de organización administrativa de la entidad demandada, manifestando que en la "*Guía de modernización de entidades públicas*" diseñada por dicho Departamento se encontraban las políticas y criterios orientadores para adelantar el proceso de modernización institucional, las cuales se podían consultar en la página web www.dafp.gov.co.

De igual manera precisó que de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C-372 de 1999, las entidades del orden territorial como era el caso de la entidad demandada no estaban obligadas a remitir al Departamento Administrativo de la Función Pública, para su aprobación o concepto, las propuestas de reorganización institucional con los respectivos estudios técnicos (fls. 263 y 264 del Anexo No. 1).

A través del oficio 39823 del 2 de octubre de 2012, el Coordinador del Grupo de Registro Público de la Comisión Nacional del Servicio Civil, informó a la Gerente de la E.S.E., Gámeza Municipio Saludable que revisada la base de datos de la Oficina de Registro Público de Carrera Administrativa, no se encontró anotación alguna respecto de los servidores públicos relacionados en el oficio radicado el 27 de septiembre de 2012, a saber: María Angélica Muñoz, Andrés Ramiro Santos, Nayibe Pérez Alfonso, Leidy Paola Morales, Derly Bohórquez Cely, Luz Dary Cuta Cusba, Leticia Naranjo Parra, Marlen Siaucho Lara, Alix Rocío Tibaduiza Rincón, Sandra del Carmen Rincón, *Alonso Pérez Salamanca*, Luis Epiménio Rincón y Rocío del Pilar Salamanca (fl. 258, 260 y 261 del Anexo No. 1 del expediente).

Por medio del Acuerdo No. 005 del 3 de octubre de 2012 expedido por la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado Gámeza Municipio Saludable, se otorgó facultades a la Gerente de la E.S.E. por un término de 6 meses para que

adelantara todo lo referente a la parte precontractual, contractual y post contractual para la realización de los estudios necesarios concernientes a la modernización institucional de la entidad (fls. 247 y 248 del Anexo No. 1).

Una vez la Empresa Social del Estado contrató los servicios del profesional en Administración Pública, Hugo Leonel Salazar Gómez para que realizara el estudio correspondiente, el 18 de octubre de 2012, en las instalaciones de la Gerencia de la entidad se reunió el personal que prestaba sus servicios con el fin de socializar la metodología a utilizar en el proceso del estudio técnico de modernización institucional y conformar el Comité Técnico Interdisciplinario de Trabajo de la Institución, a efectos de realizar los trámites pertinentes.

A dicha reunión asistieron las siguientes personas:

Lumaneth Crislancho, Leidy Paola Morales, Claudia Teresa Mojica Abril, Luz Dary Cuta Cusba, Ramiro A. Santos Reyes, Leticia Naranjo Parra, Rocío Tibaduiza Rincón, Edilma Bautista Ojeda, Dery Bohórquez, Rocío Salamanca, Alonso Pérez, Luis Epimenio Rincón Rincón, Fredy Pérez Corredor, Nayibe Pérez, Jazmín Tibaduiza, María Angélica Muñoz, Luis Antonio Serrano Rincón, José Samuel Medina Alfonso, Magda Lizzeth Rodríguez, Hugo L. Salazar G. y Manuel Ricardo Mesa.

Se conformó el Comité por los empleados que se relacionan a continuación: Magda Lizzeth Rodríguez López Gerente E.S.E. Gámeza Municipio Saludable como Representante parte Administrativa; Carmen Luz Martínez Barraza Jefe de Enfermería como Representante Parte Misional; y Paola Morales Tesorera E.S.E. Gámeza Municipio Saludable. (fl. 249 y 250 del Anexo No. 1)

Ahora bien, el 4 de diciembre de 2012, la Comisión Nacional del Servicio Civil, informó a la Gerente de la entidad demandada que tenía reportados en la Oferta Pública de Empleos de Carrera – OPEC, nueve (9) empleos con once (11) vacantes, a saber: (fls. 252 a 256 Anexo 1)

No. OPEC	No. de Vacantes	Denominación, código y grado
40930	Una (1)	Auxiliar Administrativo, 407, 01
40931	Una (1)	Auxiliar Administrativo, 407, 04
40932	Tres (3)	Auxiliar Área de Salud, 412, 03
40933	Una (1)	Auxiliar Área de Salud, 412, 03
40935	Una (1)	Auxiliar Área de Salud, 412, 03
40936	Una (1)	Auxiliar Área de Salud, 412, 03
40937	Una (1)	Auxiliar Servicios Generales, 470, 01
40940	Una (1)	Enfermero, 243, 01
40941	Una (1)	Técnico Administrativo, 367, 01

De igual manera indicó que se ofertaron los empleos anteriormente relacionados, sin embargo los procesos de selección se declararon desiertos por las razones expuestas a folio 254 del Anexo No. 1 del expediente, de otra parte señaló que las solicitudes de retiro de empleos reportados a la Oferta Pública de Empleos de Carrera - OPEC debían dirigirse a la Comisión Nacional del Servicio Civil sustentadas en actos administrativos en firme donde se evidenciara la supresión o las modificaciones realmente efectuadas en la planta de personal de la entidad, proceso que se debía sustentar en justificaciones o estudios técnicos elaborados por las respectivas entidades, por la ESAP o por firmas especializadas en la materia; estudios que debían garantizar el mejoramiento organizacional de la entidad.

En el mes de diciembre de 2012, se terminó el Estudio Técnico de Modernización de la Empresa Social del Estado Gámeza Municipio Saludable (folios 107 a 229), documento que contiene entre otras, las siguientes recomendaciones, a saber:

"- Renovar el tamaño de la Planta de Personal, con fundamento en el resultado del estudio de medición de cargas de trabajo y de opciones prioritarias, buscando disminuir el volumen de Gastos de Funcionamiento y contribuyendo al incremento del monto de los recursos para Gastos de operación y comercialización.

- Hacer las apropiaciones presupuestales suficientes para atender las indemnizaciones y/o liquidaciones legales por supresión de cargos a que haya lugar por la modificación de la planta de personal

- Elaborar estudios, mapas y/o registro que faciliten la identificación de los usuarios actuales y potenciales de la E.S.E. así como de sus necesidades básicas insatisfechas, requerimientos y aspiraciones" (...)

c) Del proceso de supresión del cargo de conductor

Mediante el Acuerdo No. 0011 del 28 de diciembre de 2011 la E.S.E Gámeza Municipio Saludable adoptó el Estudio Técnico para la Modernización Institucional de la entidad demandada presentado por el administrador público Hugo Leonel Salazar Gómez, y el manual de funciones que cumpliría la planta de personal que se estableció a continuación: (fls. 31 a 34)

Número de empleos	Denominación	Nivel	Naturaleza del empleo	Código	Grado	Jornada laboral
Uno (01)	Gerente Empresa Social del Estado	Directivo	EPPF	085	01	Tiempo completo
Uno (01)	Técnico Administrativo	Técnico	LNR	367	06	Tiempo completo
Dos (02)	Profesional Servicio Social Obligatorio	Profesional	EPPF	217	02	Tiempo completo
Uno (01)	Auxiliar Área de la Salud	Asistencial	ECA	412	05	Tiempo completo
Uno (01)	Auxiliar Servicios Generales	Asistencial	ECA	470	01	Tiempo completo

De otro lado se suprimió de la planta de personal, entre otros empleos, el cargo de conductor, veamos:

Número de empleos	Denominación	Nivel	Naturaleza del empleo	Código	Grado	Jornada laboral
Uno (1)	Enfermero	Profesional	E.C.A.	243	01	Tiempo completo
Uno (1)	Auxiliar Administrativo	Asistencial	E.C.A.	407	01	Tiempo completo
Uno (1)	Auxiliar Administrativo	Asistencial	E.C.A.	407	03	Tiempo completo
Cinco (5)	Auxiliar área de la Salud	Asistencial	E.C.A.	412	05	Tiempo completo
Uno (01)	Celador	Asistencial	E.C.A.	477	01	Tiempo completo
Uno (01)	Conductor	Asistencial	E.C.A.	480	02	Tiempo completo

Finalmente a través de la Resolución 130 del 28 de diciembre de 2012 la Gerente de la E.S.E Gámeza Municipio Saludable terminó el nombramiento en provisionalidad hecho al señor Alonso Pérez Salamanca, como Conductor Código 480, Grado 02, para el cual fue nombrado y debidamente posesionado el 2 de enero de 2012 (fls. 38 y 39).

De conformidad con el anterior acervo probatorio, se procede a abordar el fondo del asunto en el siguiente orden:

13. DEL ESTUDIO TÉCNICO

La parte actora manifiesta en el escrito de demanda que el estudio técnico que conllevó a la modificación institucional de la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable y que sirvió de base para la supresión del cargo que ocupaba el señor Alonso Pérez Salamanca, omitió la utilización de metodologías verificables, así como los instrumentos de organización, clasificación y análisis de las variables atinentes a la evaluación de las funciones, perfiles y cargas de trabajo, circunstancia que conllevó a conclusiones apresuradas y subjetivas, desmejorando la prestación del servicio de salud.

Al respecto debe señalarse que revisadas las pruebas obrantes en el plenario, la supresión de empleos de carrera administrativa, exige como requisito previo, la elaboración de un estudio técnico como sustento de la restructuración administrativa y como consecuencia de ello, la modificación de las plantas de personal. Por consiguiente es necesario examinar el estudio técnico que realizó el ente demandado dentro del proceso de Modernización Institucional, con el fin de establecer si cumple con los presupuestos contenidos en la Ley 909 de 2004, reglamentada por el Decreto 1227 de 2005, modificado por el Decreto 019 de 2012

Así pues, dentro de la *justificación para realizar el respectivo Estudio Técnico*, se precisó que radicaba en la necesidad inminente de adecuar la planta de personal de primer nivel de la E.S.E. a la realidad actual, lo cual implicaba la reducción de gastos, **especialmente de funcionamiento**, y de otra parte, aumentar los ingresos, implementando para esto una agresiva estrategia económica, contractual, fiscal y presupuestal (fl. 114).

Ahora bien, en el diagnóstico de las finanzas institucionales se señaló que uno de los problemas estructurales de la E.S.E Gámeza Municipio saludable era la poca importancia que le daba a los procesos misionales o básicos y la jerarquía de los procesos de apoyo, generando desequilibrios entre la aplicación de las normas en materia de talento humano, de recursos de competencias, entre otras; y demora, ineficiencia e ineficacia en cada uno de los procesos o procedimientos adecuados en el sitio de trabajo y que al final de la operación financiera; **sus ingresos no alcanzaban a cubrir las obligaciones salariales de una planta de personal establecida sin estudios previos, económicos, técnicos y financieros que le garantizaran su sostenibilidad financiera en el tiempo** (fl. 179).

Para llegar a tal conclusión en el estudio se realizó un análisis retrospectivo al presupuesto de los años 2009 a 2012 y mediante la conformación de una serie de indicadores calificó la evolución de las finanzas como fundamento para fijar pautas antes de efectuar el proceso de modernización, estableciendo que todos los años de la serie registraban **un déficit fiscal en un promedio de \$80.000.000** ya que en el 2010 se presentó el mayor porcentaje de ejecución de ingresos en un 106,25% y en el año 2012 se presentó el menor porcentaje de ejecución de gastos con un 67,50% lo cual sugería mejorar la capacidad autónoma de gestión en la ejecución de los recursos que percibía la E.S.E. (fl. 173 a 184).

Así mismo se evaluaron las funciones, perfiles y cargas de trabajo de cada uno de los empleos, ahora bien en lo que tiene que ver con el empleo de conductor relacionó como función principal del cargo *"ejecutar labores de conducción de vehículos automotores, con el fin de movilizar pacientes y personal de la E.S.E."* y dejó la siguiente observación *"es necesario replantear las funciones para el desarrollo del transporte asistencial básico. Se recomienda tercerizar el servicio ya que la frecuencia de uso está por debajo del 50% de utilización generando así un sobre costo en la prestación de este servicio"* (fl. 245).

De otra parte la metodología que se utilizó para analizar las cargas de trabajo de los servidores de la entidad demandada fue la establecida por el *Departamento Administrativo de la Función Pública* acorde con las características de la institución, identificando para el efecto los procesos tanto misionales como de apoyo y todos aquellos procesos que son necesarios ejecutar para cumplir los planes y programas de cada área de trabajo, como las tareas y actividades de cada proceso, llegando a la conclusión que no sólo se debía modificar la planta de personal actual sino determinarla de una manera clara y precisa, ajustándola a las disposiciones legales vigentes sobre el sistema de nomenclatura y clasificación de empleos.

De igual forma el estudio técnico desarrollo los siguientes aspectos: i) Marco legal; ii) análisis externo (político, económico, social, tecnológico; iii) análisis financiero (análisis de presupuesto de ingresos y gastos); iv) análisis interno (misión, identificación y análisis de los objetivos generales y principios de la empresa, visión, identificación del mapa de procesos y cadena de valor, productos y servicios, usuarios y clientes, evaluación de la prestación de servicios, estatutos internos y estructura orgánica); v) evaluación de funciones, perfiles y cargas de trabajo; vi) planta de personal; vii) propuesta de reorganización; viii) conclusiones y recomendaciones, al respecto es pertinente citar las más importantes:

CONCLUSIONES:

(...)

- *Existencia de perfiles en los cargos del nivel Directivo de la Administración en la E.S.E. pertinentes con las funciones que desempeñan; bajo perfil en los cargos asistenciales y de apoyo a la gestión*

- *Los cargos del área de apoyo son mayores a los asignados al área misional es decir, la E.S.E. invierte más realizando actividades que coadyuvan y no en las que determinan la razón de ser. (...)*

RECOMENDACIONES:

(...)

- *La Nueva Estructura orgánica se proyecta con base en los modelos y orientaciones dado en el "Guía de modernización de Entidades Públicas" versión 2012 del Departamento Administrativo de la Función Pública DAFP que resulta la más pertinente para el cumplimiento de la Misión institucional, objetivos, competencias y funciones de la E.S.E Gámeza Municipio Saludable y la optimización de los recursos.*

- *Revisar el tamaño de la Planta de Personal, con fundamento en el resultado del estudio de medición de cargas de trabajo y de opciones prioritarias, buscando disminuir el volumen de Gastos de Funcionamiento y contribuyendo al incremento del monto de los recursos para Gastos de operación y comercialización.*

- *Elaborar el manual de procesos y procedimientos de acuerdo a técnicas actuales y orientaciones del DAFP, una vez el proceso de definición de la nueva planta de personal se perfeccione, buscando disminución de tiempos, tramites y recursos en la labores propias de la E.S.E. (folios 277 a 284) (Negrillas del Despacho)*

De conformidad con lo anterior, se infiere que la E.S.E Gámeza Municipio Saludable, presentaba una situación de urgencia económica, pues la estructura administrativa y la planta de personal no se ajustaba a la realidad técnica por la cual atravesaba la institución, ya que los ingresos no cubrían la totalidad de las obligaciones salariales de los empleados quienes en la mayoría de los casos desempeñaban cargos que se crearon sin contar con estudios técnicos y financieros, circunstancia que produjo la inestabilidad financiera de la Empresa Social del Estado.

Tal situación fue el fundamento para recomendar la supresión de algunos cargos entre ellos el desempeñado por el demandante (conductor) y modificar la planta de personal de la Empresa Social del Estado con el fin de reorganizar, mejorar el servicio y garantizar la auto sostenibilidad económica y financiera de la institución.

Ahora bien, el Tribunal Administrativo de Boyacá⁶ al examinar el estudio técnico que realizó el ente demandado dentro del proceso de modernización, en aras de comprobar si cumplía las disposiciones legales contenidas en la Ley 909 de 2004, modificada por el Decreto 019 de 2012 y reglamentada por el Decreto 1227 de 2005, precisó:

"Del análisis efectuado al estudio técnico desde la misma introducción, se evidencia que el fin último era la modernización institucional de la E.S.E. GÁMEZA MUNICIPIO SALUDABLE, con el propósito de elevar la capacidad institucional y lograr mayor efectividad en su gestión y así establecer una estructura orgánica y una planta de personal capacitada para responder a las necesidades del servicio.

Así mismo, del texto del estudio se puede evidenciar que para su elaboración se dio aplicación a la metodología diseñada para este efecto por el Departamento Administrativo de la Función Pública.

Con la reestructuración se pretendía que la E.S.E. GÁMEZA MUNICIPIO SALUDABLE adoptara su planta de personal a los ingresos que recibía anualmente, que permitiera seguir sirviendo como fuente de empleo y como una entidad auto sostenible financieramente y generadora de servicios en salud con calidad. (...)

(...)

Por lo que se denota que el estudio técnico si cumplió con lo preceptuado en el decreto 1227 de 2005, en cuanto a hacer un análisis de los procesos técnico-comisionales y de apoyo.

De las conclusiones anteriores, el estudio técnico en el numeral 7 recomienda la conformación de la nueva planta de personal, indicando que: "La planta de personal vigente de la E.S.E. no se adapta a la estructura u organización interna actual; pues corresponde a una estructura administrativa totalmente diferente. Tampoco satisface las disposiciones de la Ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios, especialmente el decreto 785 de 2005, el 1227 de 2005, ni se aproxima a las orientaciones del Departamento Administrativo de la Función Pública que recomienda que las entidades del estado tengan plantas de personal globales" (fl. 269), continúa diciendo: "Esta planta de personal no le permite a la Gerencia cumplir con los procesos, productos y servicios que tiene legalmente definidos para prestar los servicios a cargo de la Institución y mucho menos para mejorar las condiciones económicas, presupuestales y de prestación de servicios de la E.S.E. y en especial la atención brindada a los habitantes de Gámeza o a cada uno de los usuarios" (fl. 270).

Considera el estudio que la modificación de la planta de personal es una necesidad de la E.S.E. GÁMEZA MUNICIPIO SALUDABLE, con el fin de ajustarla a las disposiciones legales vigentes y a la estructura administrativa que permita su modernización, lo que contribuye de manera eficaz y eficiente al logro de los objetivos institucionales, al desarrollo de sus funciones y al uso racional del talento humano y de los recursos físicos, financieros y tecnológicos.

(...)

De lo anterior ha de concluirse, que contrario a lo alegado por la parte demandante, el estudio técnico si fue suficiente y se ajustó a lo dispuesto por la Ley 909 de 2004, modificada por el Decreto 019 de 2012 y reglamentada por el Decreto 1227 de 2005, así como la "Guía de modernización de entidades públicas" creada para estos efectos por el Departamento Administrativo de la Función Pública.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el estudio técnico cumplió lo ordenado por el artículo 97 del Decreto 1227 de 2005, ya que el mismo fue elaborado por un equipo interdisciplinario idóneo, organizado por la entidad, se basó en

⁶ Providencia del 19 de julio de 2016. Radicado número 152383333002-2013-00171-02, Magistrado Ponente: doctor Félix Alberto Rodríguez Riveros.

metodologías de diseño organizacional y ocupacional previstas y reglamentadas por el Departamento Administrativo de la Función Pública, y desarrolló entre otros aspectos lo concerniente al análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo, la evaluación de la prestación de los servicios y la evaluación de las funciones, los perfiles y las cargas de trabajo de los empleos, y de él se pudo concluir la necesidad de modificación de la planta de personal de la E.S.E. GÁMEZA MUNICIPIO SALUDABLE, con el propósito de adecuarla a la estructura administrativa dando cumplimiento a las disposiciones legales vigentes para el efecto, y que permitió su modernización y contribuyó a lograr sus objetivos institucionales de manera eficaz y eficiente, así mismo permitió que la E.S.E. fuera auto sostenible financieramente y por tanto se reflejó en el mejoramiento de la prestación del servicio de salud." (Negrillas del Despacho)

De igual manera la Alta Corporación en providencia del 13 de septiembre de 2016⁷, al referirse sobre la legalidad del precitado estudio técnico, señaló:

Del estudio se puede inferir que con la reestructuración se pretendía que la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable adaptara su planta de personal a los ingresos que recibía anualmente, que permitiera seguir sirviendo como fuente de empleo y como una entidad auto sostenible financieramente y generadora de servicios en salud con calidad.

(...)

Visto lo anterior, cabe señalar que el estudio fue elaborado por un equipo interdisciplinario idóneo organizacional por la propia entidad, que se basó en metodologías de diseño organizacional y ocupacional, desarrolló entre otros aspectos: análisis de procesos técnico-misionales y de apoyo, evaluación de las funciones, perfiles y cargas de trabajo de los empleos y, de éstos se pudo concluir la necesidad de modificación de la planta de personal de la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable con el propósito de modernizarla y buscando un sostenimiento financiero, todo bajo el cumplimiento de las normas vigentes para la época.

(...) Expuesto lo anterior, la Sala encuentra que, contrario a lo alegado por la parte demandante, el estudio técnico sí fue suficiente y se ajustó a lo dispuesto por la Ley 909 de 2004, modificada por el Decreto 019 de 2012 y reglamentada por el Decreto 1227 de 2005, así como a la "Guía de modernización de entidades públicas" creada para estos efectos por el Departamento Administrativo de la Función Pública."

En este orden y según los pronunciamientos expuestos por el Tribunal Administrativo de Boyacá, se infiere sin lugar a dudas que el estudio técnico de modernización institucional de la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable se ajustó a lo dispuesto por la Ley 909 de 2004 modificada por el Decreto 019 de 2012 y reglamentada por el Decreto 1227 de 2005, así como la Guía de Modernización de Entidades Públicas, pues la modificación de la planta de personal de la entidad demandada del orden territorial se fundó en la modernización de la administración y se basó en el estudio técnico elaborado por un grupo interdisciplinario conformado por Magda Lizzeth Rodríguez López, Gerente de la entidad demandada, Carmen Luz Martínez Barraza, Jefe de Enfermería, Paola Morales, Tesorera de la E.S.E, Manuel Ricardo Mesa Trujillo interventor y el Administrador Público, Hugo Leonel Salazar Gómez, quien fungió como Coordinador del equipo de trabajo.

No sobra precisar que del análisis de la hoja de vida del señor Hugo Leonel Salazar Gómez - Coordinador del Grupo interdisciplinario -, se advierte que es Administrador Público, Municipal y Regional, Especialista en Gerencia de la Salud Pública y Tecnólogo en Administración Pública Municipal, Regional y Urbana (fl. 357 Anexo No. 1) y que cuenta con amplia experiencia en el sector público, como quiera que direccionó la modernización institucional de la Administración Central del Municipio de Fortul (Arauca); prestó apoyo a la gestión en la asistencia técnica y profesional en la modernización institucional de la Alcaldía de Santa Rosa de Viterbo; participó en la reestructuración administrativa del Concejo Municipal de

⁷ Radicado 15238333002-2013-00175-002. Magistrado Ponente: doctor Luis Ernesto Arciniegas Triana.

Tunja; prestó asesoría y acompañamiento en asuntos públicos de auditoría para entrega de la E.S.E. Centro de Salud de Paya; asesoró administrativa y presupuestalmente a la E.S.E. Centro de Salud de La Uvita y a la E.S.E. Centro de Salud Inés Ochoa Pérez del Municipio de Tibasosa, entre otros.

Así mismo, se acreditó que el estudio técnico trató los aspectos establecidos en el artículo 97 del Decreto 1227 de 2005, estos son, el *análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo; evaluación de la prestación de los servicios; y evaluación de las funciones, los perfiles y las cargas de trabajo de los empleos.*

Frente al *análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo*, se precisó que uno de los problemas estructurales de la entidad era la poca importancia que se le daba a los procesos misionales o básicos y la jerarquía de procesos de apoyo, hecho que generaba desequilibrios entre la aplicación de las normas en materia de talento humano, de recursos y competencias las cuales por sí solas no generaban el valor agregado, como la administración de los recursos de ingreso y la ejecución del gasto que normalmente se descargaban en la Oficina de Apoyo Administrativo y/o Tesorería. (fl. 179)

Sobre la *evaluación de prestación de servicios* (ver numerales 5.7 del estudio técnico a folio 225 a 235), se indicó que si bien en la tabulación de las encuestas aplicadas en el primer semestre de 2012 se evidenció un significativo progreso en cuanto a los niveles de satisfacción de los usuarios de la entidad demandada en relación con los datos obtenidos en el último semestre de 2011, era necesario propender por la satisfacción del 100% de los usuarios, estableciendo para el efecto planes de mejoramiento y diseño de estrategias para alcanzar dicha meta (fl. 231).

En lo que tiene que ver con la *evaluación de las funciones, los perfiles y las cargas de trabajo de los empleos*, debe señalarse que dicho ítem se trató en el numeral 6 del precitado estudio, realizando para el efecto un análisis detallado de las funciones que desempeñaba cada uno de los empleados adscritos a la entidad demandada; la valoración de los perfiles y hojas de vida (estudios, experiencia) con el fin de establecer qué servidores debían incorporarse a la nueva planta de personal propuesta, y por defecto, cuáles debían ser retirados del servicio.

Teniendo en cuenta dichos resultados y el estudio de cargas de trabajo se llegó a la conclusión - *después de realizar las consultas respectivas a la Comisión Nacional del Servicio Civil en lo que respecta a los empleos de carrera administrativa y al Departamento Administrativo de la Función Pública frente a las metodologías para la realización de los estudios técnicos* -, que se debía reducir la planta de personal a 6 cargos para que la entidad funcionara normalmente, pues los empleos vigentes no se adaptaban a la estructura u organización interna ni cumplían los requerimientos establecidos en la Ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios (fls. 239 a 277).

De conformidad con lo expuesto, se advierte tal como lo precisó el Tribunal Administrativo de Boyacá que el estudio es suficiente y según el estudio técnico la supresión de los empleos obedeció a razones presupuestales y de viabilidad de la institución, con el fin de seguir garantizando la prestación del servicio de salud en mejores condiciones, lo cual redundaría en beneficio de la comunidad, sin que se haya desmejorado el servicio⁸.

⁸ *Idem.*

14. DE LA FALSA MOTIVACIÓN Y EXPEDICIÓN IRREGULAR POR CONTRARIAR NORMAS DE RANGO CONSTITUCIONAL

Para sustentar estos cargos, manifestó la parte actora, que el estudio técnico que sirvió de base para la supresión del cargo ocupado por el demandante, omitió el cumplimiento de los presupuestos legales para su validez y eficacia, por cuanto su contenido, alcance y resultados fue limitado e insuficiente contrario a la realidad fáctica, sin buscar el mejoramiento del servicio (fl. 11 vuelto).

Sea la oportunidad para señalar, que cuando se refiere a los motivos, la administración debe actuar tomando en consideración las circunstancias de hecho o de derecho que en cada caso lo lleven a tomar una decisión, ya que son estas circunstancias, las que constituyen el motivo de dicho Acto Administrativo, por consiguiente si se alega la causal de falsa motivación, el demandante debe demostrar en el proceso que los motivos aducidos en los actos impugnados no existieron o que sencillamente son inexactos⁹.

Bajo estos supuestos, no se encuadran los vicios de nulidad aducidos por el demandante en lo que respecta a que el estudio técnico que sirvió de base para la supresión del cargo de Conductor – Código 480 Grado 02 – que desempeñaba el demandante omitió el cumplimiento de los presupuestos legales, pues tal como se reiteró a lo largo de la presente providencia y de conformidad con los pronunciamientos proferidos por el Tribunal Administrativo de Boyacá¹⁰ sobre la materia, el estudio técnico se ciñó a lo dispuesto por la Ley 909 de 2004, modificada por el Decreto 019 de 2012 y reglamentada por el Decreto 1227 de 2005, así como a la "Guía de modernización de entidades públicas" creada para estos efectos por el Departamento Administrativo de la Función Pública.

Lo anterior indica que la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable antes de tomar la decisión de suprimir el cargo que ostentaba el actor, cumplió con la exigencia normativa de los estudios técnicos, los cuales a su vez fueron producto del análisis de las reales necesidades del servicio y la modernización de la administración.

En efecto, previo a recomendar la supresión del cargo de Conductor se advierte que la entidad evaluó las funciones, el perfil y la carga de trabajo del empleo referenciado, tal como consta a folios 245 y siguientes del estudio técnico, concluyendo que al aplicar la metodología de cargas de trabajo a la planta actual se necesitaba un conductor únicamente por medio tiempo, por lo tanto, recomendó replantear las funciones para el desarrollo del transporte asistencial básico, tercerizando el servicio ya que la frecuencia de uso estaba por debajo del 50% de utilización generando un sobre costo en la prestación del mismo.

Sobre el particular el administrador público Hugo Leonel Salazar Gómez, manifestó en la audiencia de pruebas llevada a cabo el 16 de agosto de 2016, lo siguiente:

"(...) Si bien es cierto el funcionario que traemos a colación antes de la modernización institucional no lo conocía por cuanto mi trabajo llegó a ser netamente técnico, porque conocía únicamente las personas que me habían contactado para hacer el estudio, al hacer las cargas de trabajo era analizar cuántas veces, una de sus funciones era desplazar a los pacientes del centro de atención al centro a donde eran remitidos como transporte asistencial básico de primer nivel, qué hicimos analizar unas bitácoras o unas minutas que ellos llevan al interior de una ambulancia donde quedan registrados los desplazamientos, el nombre del paciente y hacia donde fue remitido y mirando teníamos máximo 5, 6, 7 remisiones mensuales, es decir era un funcionario que al

⁹ Ver Sección Segunda del Consejo de Estado, Providencia del 25 de julio de 2012, Radicación interno 0626-2012, Consejero Ponente: doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila.

¹⁰ Sentencia del 19 de julio de 2016, Radicación número 152383333002-2013-00171-02, Magistrado Ponente: doctor Félix Alberto Rodríguez Riveros y del 13 de septiembre de 2016, Radicación 152383333002-2013-00175-002, Magistrado Ponente: doctor Luis Ernesto Arciniegas Triana.

aplicarle la metodología de cargas de trabajo estaba por debajo por debajo del 50% de utilización y que no era tan su desempeño como misional sino más administrativo porque estaba supliendo otras funciones diferentes, a las que su cargo lo estaba exigiendo, de ahí hicimos la medición el cual esta consignado como soporte dentro del estudio técnico, de las 167 horas que exige el Departamento Administrativo de la Función Pública y la Comisión Nacional del Servicio Civil, que debe laborar un funcionario, estaba laborando por debajo de 80 horas, es decir, que sencillamente al aplicar la metodología, nos estaba diciendo que ese funcionario no era necesario o indispensable para el buen funcionamiento de la institución, sin embargo al hacer el análisis de la cadena de valor, y de los procesos administrativos allegamos unas conclusiones y unas sugerencias donde si bien es cierto de las 83 Empresas Sociales del Estado que funcionan del nivel municipal en el Departamento de Boyacá el 83, 85, 90% tienen ese servicio tercerizado porque no es mayor su utilización y si el desgaste económico que le genera a la institución en la prestación del servicio, además el análisis financiero nos refleja que los recursos que recibe la institución por el transporte asistencial básico, no daban para cubrir esa necesidad de tener un funcionario de que prestara ese servicio, entonces debíamos jugar con las dos cosas, mirar como financiera y económicamente le dabamos una solución a la institución para que saliera de esa situación de déficit y pudiera seguir prestando el servicio con la misma calidad o mejor como se ha venido haciendo y sugerimos una tercerización (...)" (minuto 00:40:15 a minuto 00:43:47 CD a folio 317)

Así pues, no se acreditaron los vicios endilgados a los actos administrativos demandados, toda vez, que, no existe prueba dentro del plenario que indique que en efecto el proceso de modernización del que fue objeto la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable, persiguió encubrir una desmejora en el servicio público y la realidad fáctica de la entidad. Pues lo que si se probó es que la reforma a la estructura y modificación de la planta de personal se motivó en la reorganización para mejorar la prestación del servicio, disminuyendo para el efecto los gastos de funcionamiento generados por la planta de personal que para esa época tenía la entidad, suprimiendo diez cargos¹¹ entre ellos, el de conductor que ostentaba el señor Alonso Pérez Salamanca.

Que en virtud de ello, la entidad demandada disminuyó los costos por concepto de nómina anual para el año 2013, en la suma de \$134.522.133 (fl.266 del Anexo No.1) cumpliendo con uno de los objetivos de la modernización concerniente a la auto sostenibilidad financiera de la Empresa Social del Estado, la cual se vio reflejada en la categorización del riesgo respecto a la situación financiera que realiza anualmente el Ministerio de Salud y Protección Social teniendo en cuenta las condiciones del mercado, de equilibrio y viabilidad financiera a partir de los indicadores financieros, pues para el año 2012 y 2013 cuando se realizó, adoptó e implementó el estudio técnico se encontraba en riesgo bajo¹² y para el año 2014 la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable pasa del riesgo bajo a ser una entidad sin riesgo tal como consta en la Resolución 002090 del 29 de mayo de 2014¹³.

En este orden de ideas, el Despacho no comparte la tesis de la demanda, que los actos administrativos expedidos carecieran de motivación o que se hubiesen expedido de manera irregular pues el análisis, las conclusiones y recomendaciones del estudio técnico fueron las motivaciones de hecho y de derecho en que se fundó la entidad para expedir los actos demandados.

¹¹ un enfermero (nivel asistencial), dos auxiliares administrativos (nivel asistencial), cinco auxiliares área de salud (nivel asistencial) un celador (nivel asistencial) y un conductor (asistencial) (fl. 167)

¹² Resolución 002509 del 29 de agosto de 2012 y 1677 de 2013 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social. Ver https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Resoluci%C3%B3n%202509%20de%202012.pdf y https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Resoluci%C3%B3n%201877%20de%202013.PDF

¹³ https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Resoluci%C3%B3n%202090%20de%202014.PDF

15. DESVIACIÓN DE PODER

La parte actora señala que la decisión de suprimir el cargo de conductor obedeció al hecho de que no apoyó políticamente al Alcalde del Municipio de Gámeza; así mismo precisó que los seis cargos de la nueva planta de personal no son suficientes para prestar el servicio y que las funciones que ejecutaba, ostentaban el carácter de misionales motivo por el cual no se podían tercerizar.

Sobre la desviación de poder como causal de anulación de los actos administrativos el Consejo de Estado¹⁴ precisó que se produce cuando la atribución de que está investido un funcionario se ejerce, no hacia el fin exigido por la ley, sino en busca de logros diferentes. Consiste en que una autoridad administrativa con la competencia suficiente para expedir un acto ajustado, en lo externo, en las ritualidades de forma, ejerce dicha competencia por fuera del fin para el cual fue investido. La carga de la prueba de la existencia de esta causal de anulación la tiene quien alega el abuso o la desviación de poder.

Para el caso, señala el actor que el móvil real de la reestructuración obedeció, entre otras, a razones políticas, pero esta afirmación no tiene respaldo probatorio, vale decir, no se demostró la incorrecta aplicación del poder, por el contrario se evidencia del material probatorio reseñado a lo largo de la providencia, que la reestructuración de la planta de personal y la supresión del cargo que el actor desempeñaba buscaba que la entidad fuera auto sostenible financieramente, para lo cual se realizó el estudio técnico en los términos y condiciones señaladas en la ley, sin que se le puedan atribuir móviles distintos a los del mejoramiento del servicio.

Frente a la afirmación realizada por el demandante concerniente a que no se podía tercerizar el servicio de ambulancia porque las funciones que desempeñaba el conductor eran misionales, debe precisarse lo siguiente:

Tal como lo indicó el Tribunal Administrativo de Boyacá¹⁵, la función misional de una E.S.E. prestadora del servicio de salud está ligada directamente con los servicios que presta, como los de medicina o de enfermería, que pueden ayudarse en los procesos de apoyo dependiendo la carga laboral que tenga la institución de salud, **resaltando que no por esto, los empleos de apoyo se pueden considerar de carácter misional**. Para el efecto, se debe tener en cuenta que los procesos de apoyo son aquellos que dan soporte para el buen funcionamiento y operación de los procesos estratégicos y misionales en la organización¹⁶. (Negrillas del Despacho)

Ahora bien, el artículo 59 de la Ley 1438 de 2011 "Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones", prevé que las Empresas Sociales del Estado podrán desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros, Empresas Sociales del Estado de mayor nivel de complejidad, entidades privadas o con operadores externos, previa verificación de las condiciones de habilitación conforme al sistema obligatorio de garantía en calidad.

En este punto debe señalarse que la Corte Constitucional en Sentencia C-171 de 2012, declaró exequible de manera condicionada lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, señalando que *"la contratación de servicios y la operación*

¹⁴ Sección Segunda del Consejo de Estado, providencia del 27 de julio de 2015, Radicación número: 05001-23-31-000-2004-00659-01(0047-14), Consejera Ponente doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez.

¹⁵ Providencia del 13 de septiembre de 2016, Radicado 152383333002-2013-00175-002, Magistrado Ponente: doctor Luis Ernesto Arciniegas Triana.

¹⁶ Guía Metodológica de Modernización Institucional en los Organismos y Entidades de la Administración Pública. Departamento Administrativo de la Función Pública. Ver <http://www.ceppia.com.co/Documentos-tematicos/TERRITORIAL/guia-mcdernizacion.pdf>

con terceros de las entidades estatales no está prohibida constitucionalmente, aunque sí limitada". La exequibilidad declarada, se vislumbra en el entendido de que la potestad de contratación otorgada a las Empresas Sociales del Estado para operar mediante terceros, solo podrá llevarse a cabo siempre y cuando no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, cuando estas funciones no puedan llevarse a cabo por parte del personal de planta de la Empresa Social del Estado o cuando se requieran conocimientos especializados.

A su turno, el Artículo 103 *Ibídem*, señala que el personal misional permanente de las instituciones públicas Prestadoras de Servicios de Salud, no podrá estar vinculado mediante la modalidad de cooperativas de trabajo asociado que hagan intermediación laboral, o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte sus derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.

De conformidad con lo anterior, se infiere que la autorización general de las Empresas Sociales del Estado de desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros, entidades privadas o con operadores externos, tiene una excepción, como quiera que no se puede desconocer las disposiciones constitucionales, legales y jurisprudenciales en relación con los límites de la contratación por parte de dichas entidades, como lo es la prohibición de que se contraten mediante prestación de servicios funciones permanentes o propias de la entidad, que puedan desarrollar el personal de planta de la misma o que no requieran de conocimientos especializados.

De otro lado, en lo que respecta a cuáles empleos se consideran misionales dentro de las Empresas Sociales del Estado, el Despacho advierte que el Secretario de Salud del Departamento de Boyacá mediante oficio 036798 del 16 de julio de 2014, certificó que *cada entidad define tal circunstancia teniendo en cuenta los servicios habilitados y de acuerdo al estudio técnico que se realice.* (fl. 644 del expediente)

Por su parte, la Comisión Nacional del Servicio Civil (fl. 662), señaló que para el caso de las Empresas Sociales del Estado, que presten servicios de salud, *podrían ser empleos misionales los correspondientes al personal médico, de enfermería y auxiliares de enfermería, distintos a los que ejercen funciones para el área administrativa, contable o financiera, los cuales son comunes en cualquier entidad pública; que para determinar qué empleos son misionales y transversales en las distintas empresas sociales del Estado, era necesario analizar cada una de sus plantas de personal adoptadas por la respectiva entidad territorial, por cuanto no todas son iguales o uniformes y responderán a las particularidades y necesidades de cada institución.*

Así mismo, señaló que no era posible certificar cuáles empleos eran misionales en todas las Empresas Sociales del Estado existentes en el territorio nacional de I, II, III y IV nivel, toda vez que no era de su competencia, ya que *recaía directamente en el nominador de las respectivas entidades y a la entidad territorial, quien es la que adopta la estructura de la planta de personal para cada caso particular.*

En ese orden, al revisar el estudio técnico de modernización institucional de la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable, se observa en el numeral 5.4 correspondiente a la *"identificación del mapa de procesos y cadena de valor"* ítem planeación estratégica, lo siguiente:

• **Procesos Misionales**

Requieren una integración generadora de valor en cada interacción, la cual da como resultado el cumplimiento a la misión de la entidad, razón de ser u objeto social, corresponde a este grupo:

- CITAS MÉDICAS
- MEDICINA GENERAL
- CONSULTA PRIORITARIA
- ODONTOLOGÍA
- CONSULTA DE ENFERMERÍA
- ESQUEMA DE VACUNACIÓN
- SANEAMIENTO DE VACUNACION
- SANEAMIENTO AMBIENTALPLAN DE SALUD TERRITORIAL

• **Procesos de apoyo**

Tienen relaciones verticales con los procesos misionales, como facilitadores para que éstos al final produzcan el servicio misional con las características de calidad especificadas, corresponden a este grupo:

- GESTIÓN ADMINISTRATIVA
- COMUNICACIÓN PÚBLICA
- GESTIÓN FINANCIERA Y CONTABLE
- SERVICIO DE FARMACIA
- GESTIÓN DOCUMENTAL
- TESORERÍA Y PRESUPUESTO
- TRANSPORTE ASISTENCIAL BÁSICO
- GESTIÓN DEL TALENTO HUMANO (FLS. 203, 209 Y 210)

Por consiguiente, dado que la entidad demandada ostenta la potestad de definir cuáles empleos son de carácter misional teniendo en cuenta el estudio técnico realizado para el efecto, se infiere, que el cargo de conductor no está enlistado dentro de los procesos misionales catalogados por la Empresa Social del Estado, sino en los procesos de apoyo bajo la denominación "transporte asistencial básico", así las cosas el servicio de ambulancia al no estar ligado directamente al cumplimiento de los objetivos y la razón de ser de la entidad, pues da soporte a los procesos misionales sin que por este hecho adquiera tal calidad, es razonable colegir que se podía tercerizar de conformidad con lo señalado en el artículo 59 de la Ley 1438 de 2011 y tal como se indicó en el estudio técnico, máxime cuando de la evaluación de las funciones, perfiles y cargas de trabajo y en la ficha técnica del análisis del perfil del cargo (fls. 238 y 239 Anexo 1) se evidenció que dicho servicio se necesitaba únicamente medio tiempo, razón suficiente para suprimir el cargo y contratar con un tercero la forma de prestación del transporte asistencial básico (fl.239, 245, 258).

En ese orden, la parte demandante no probó que el cargo de conductor que desempeñaba, tenía el carácter de misional, por lo tanto, se reitera que al suprimir dicho empleo de la planta de personal del ente demandado, no se vulneró ningún precepto constitucional, ni legal, como tampoco se desmejoró la prestación del servicio en la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable, lo cual era necesario para determinar si la decisión se produjo por fines contrarios al buen servicio.

16. DE LA VULNERACIÓN AL DEBIDO PROCESO EN LA ELABORACIÓN DEL ESTUDIO TÉCNICO

Por último, el demandante señaló que la Empresa Social del Estado infringió el derecho al debido proceso administrativo porque no avisó, ni comunicó a los empleados la iniciación del proceso de modernización y la integración del Comité Interdisciplinario establecido para el efecto. Así mismo que no se les dio la oportunidad de emitir pronunciamiento alguno sobre la idoneidad y formación profesional de los integrantes del comité, los trabajos y labores realizados por esa corporación y las conclusiones a las que se llegó en el estudio técnico, entre otros.

Frente a este aspecto, encuentra el Despacho que contrario a lo manifestado por el accionante, en el expediente administrativo del estudio técnico se observa que la Gerente de la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable el 9 de octubre de 2012 comunicó a los funcionarios, usuarios de la entidad y a la comunidad en general, que se iniciaba al proceso de modernización institucional y que los interesados en participar en dicho proceso podían hacerse presentes en la gerencia de la entidad (fl. 158 Anexo 2).

Que dicha comunicación se fijó en cartelera el 9 de octubre de 2012 a las 8:00 a.m y se retiró el 17 de octubre del mismo año a las 5:00 p.m, según constancia secretarial emitida el 18 de octubre de 2012 y que obra a folio 159 del Anexo 2 del expediente.

De igual manera se observa a folio 157 del Anexo 2, que la Gerente mediante oficio del 16 de octubre de 2012, invitó a todos los funcionarios a la socialización y conformación del Comité Interdisciplinario para adelantar el proceso de modernización institucional el día 18 de octubre del mismo año a las 10:00 a.m. en las instalaciones de la gerencia de la Empresa Social del Estado; en dicho oficio consta que el señor Alonso Pérez Salamanca junto a 13 personas más, tuvieron conocimiento del mismo pues de ello da cuenta las firmas consignadas en el oficio referenciado que datan del 17 de octubre de 2012.

Aunado a lo anterior, se encuentra el acta de socialización del proceso de modernización de la entidad y la conformación del Comité Técnico Interdisciplinario del proceso de modernización institucional integrado por la Gerente, la Jefe de Enfermería y la Tesorera de la E.S.E Gámeza Municipio Saludable, reunión a la cual asistieron los empleados de la entidad entre ellos el demandante, los miembros de la junta directiva, el asesor que se contrató para la realización del estudio y el asesor jurídico del ente demandado, tal como consta en la lista de asistencia obrante a folios 249 y 215 del Anexo 1 del expediente.

Así mismo, se allegaron actas de avance suscritas por los miembros del Comité Técnico Interdisciplinario que dan cuenta del cronograma de trabajo para la realización el seguimiento y evaluación del estudio técnico de modernización institucional; la socialización de las actividades realizadas con el fin de complementar o modificar los análisis efectuados y consolidar el estudio definitivo para presentarlo a la Junta directiva y posteriormente dárselo a conocer a los empleados. (fls. 162 a 171 del Anexo 2) Documentos que el juzgado infiere estaban a disposición de los empleados y de los cuales no existe prueba en el plenario de que la entidad hubiese negado el acceso a los mismos.

En cuanto a la publicidad, participación y socialización del estudio técnico realizada a los empleados de la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable, el administrador público Hugo Leonel Salazar Gómez quien fue el asesor del proceso de modernización, en la audiencia de pruebas celebrada el 16 de agosto de 2016, señaló:

"Iniciando la prestación del servicio tuvimos la primera reunión para explicarles por lo menos que era lo que yo iba hacer a esa institución para qué me habían contratado, cuál era mi función y por lo menos para conocerlos, porque antes de llegar a trabajar a la institución no conocía a ninguno de los funcionarios que ostentaban los diferentes cargos que como resultado del estudio tuvieron que suprimirse, con ellos se les hizo las socializaciones respectivas, al igual que con la junta, se hicieron las publicaciones, se firmaron los edictos, se realizaron cada uno de los pasos, se hizo la medición de cargas se hizo el estudio a los manuales de funciones y se optó porque antes de que la junta tomara una determinación se les dió a conocer el resultado que arrojaron los estudios técnicos". (minuto 00:59:00 a 01:00:11 del CD folio 747)

En lo que respecta a la oportunidad para presentar reclamaciones por parte de los empleados del ente demandado, indicó:

"Mientras se hizo el estudio no hubo ninguna reclamación, por lo menos que me hubieran dicho, doctor no estoy de acuerdo con esto o me parece que eso está mal hecho o eso no va de acuerdo a la norma, no existe ninguna reclamación; segundo, los espacios se daban para que todo el mundo participara, ahí no habían limitantes que únicamente el expositor y se cerró la socialización no, todo el mundo tenía derecho a participar y las dudas se les iban aclarando de la forma como se manifestara, pero reclamaciones como tal, no, no hubo. (minuto 01:10:33 a minuto 01:11:24 del CD a folio 747)

De igual manera sobre el conocimiento de los empleados acerca del proceso de modernización, la señora Leidy Paola Morales González, quien para la fecha de los hechos era la Tesorera de la entidad, manifestó:

"Si como funcionaria de la E.S.E. de Gámeza tuve total y pleno conocimiento del proceso que se iba a llevar a cabo, como lo manifestada todos los funcionarios tuvimos el mismo conocimiento porque fue una divulgación pública donde todos fuimos citados y donde todos fuimos informados del proceso que se iba a llevar a cabo, entonces todos los compañeros estábamos presentes y todos tuvimos el acceso a la misma información". (minuto 01:44:36 a minuto 01:45:46 del CD a folio 747)

Y frente a la participación de los empleados en dicho proceso, sostuvo:

Pues no, no se nos impidió en ningún momento, porque de hecho dentro del proceso había una parte o un determinado momento donde la persona que realizó dicho estudio se dedicaba a preguntarle a cada uno sus funciones, el tiempo como las realizaba todo el proceso que implicaba las funciones que cada uno desempeñaba de acuerdo a su cargo. (minuto 01:45:50 a minuto 01:46:30 del CD a folio 747)

En ese orden, se concluye que a los empleados se les brindó las garantías para que participaran en el proceso de modernización de la institución, sin que exista prueba que permita inferir que la entidad limitó dicho derecho, tan es así que el administrador público que realizó el estudio técnico, se acercó a cada uno de los empleados a fin de establecer las cargas de trabajo, el análisis de procesos a través de opciones prioritarias, la identificación de los instrumentos misionales, los instrumentos de apoyo, de cada uno de los cargos y de esta manera determinar la pertinencia en la organización y conformar la planta de personal mínima requerida por la E.S.E Gámeza Municipio Saludable para que funcionara de manera eficiente. En consecuencia, se infiere que el demandante no demostró la vulneración del debido proceso administrativo, alegado en el escrito de demanda.

Así las cosas dado que el señor Alonso Pérez Salamanca no acreditó en forma contundente los causales de nulidad invocadas frente a los actos administrativos enjuiciados, a saber el Acuerdo No. 011 de 2012 y la Resolución 130 del 28 de diciembre de 2012 y que no existe algún soporte fáctico, que indique que la administración promovió un proceso de reestructuración para disponer de manera ilegal del cargo que ocupaba el demandante; se negaran las pretensiones de la demanda y se mantendrá la presunción de legalidad que inspira los actos administrativos mencionados.

Esta llamada a prosperar la excepción denominada *carencia de razón legal y fáctica para demandar*, sustentada por la entidad demandada en que la Resolución 130 de 2012 acusada fue debidamente motivada y cumple las exigencias para dar por terminado un nombramiento en provisionalidad, se encuentra acreditada jurídicamente por cuanto quedó establecido que la desvinculación del demandante obedeció a razones técnicas, fácticas y probatorias debidamente justificadas en el orden jurídico y no al arbitrio de la administración.

17. COSTAS.

Ahora bien, atendiendo lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, se condenará en costas a la parte demandante, sujeto procesal vencido en la sentencia, para lo cual se adelantará el trámite previsto en el Código General del Proceso.

Conforme al Acuerdo 1887 de 2003 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se fijará como agencias en derecho el 4% del valor de las pretensiones estimadas en la demanda.

18. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, *administrando Justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,*

FALLA:

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

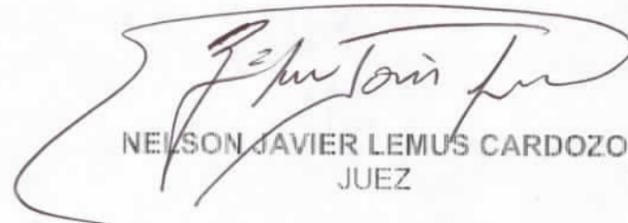
Segundo.- **Negar** las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

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

Cuarto.- Ejecutoriada la presente providencia, devolver a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si hay lugar a ello.

Quinto.- En firme esta providencia, procédase al archivo del expediente, dejando las anotaciones y constancias de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


NELSON JAVIER LEMUS CARDOZO
JUEZ

mppf