



Tribunal Administrativo de Boyacá

Secretaria

E D I C T O

LA SUSCRITA SECRETARIA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ, POR EL PRESENTE NOTIFICA A LAS PARTES LA SENTENCIA DICTADA

CLASE DE ACCIÓN	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICADO	15001-23-31-002-2010-00902-00
DEMANDANTES	VILMA ESPERANZA PEREZ CORREDOR
DEMANDADOS	LA NACION – MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL – ESE POLICARPA SALAVARRIETA EN LIQUIDACION – SOCIEDAD FIDUCIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO SA FIDUAGRARIA SA – Y NUEVA EPS
MG. PONENTE	LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
FECHA DE DECISIÓN	27 DE JUNIO DE 2018

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA ANTERIOR SENTENCIA, SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN LUGAR PUBLICO DE LA SECRETARIA POR EL TERMINO LEGAL DE TRES (3) DÍAS HÁBILES, HOY **04/07/2018 A LAS 8:00 A.M.**

**CLAUDIA LUCIA RINCON ARANGO
SECRETARIA**

CERTIFICO: Que el presente EDICTO permaneció fijado en lugar público de la Secretaría del TRIBUNAL, por el término en él indicado, y se desfija hoy **06/07/2018 a las 5:00 p.m.**

**CLAUDIA LUCIA RINCON ARANGO
SECRETARIA**

ACB

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

Sala de Decisión No. 2

Tunja,

27 JUN 2018

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

Tema: Supresión de cargo ESE Policarpa Salavarrieta en Liquidación

Magistrado ponente: **Luís Ernesto Arciniegas Triana**

Procede la Sala a dictar sentencia de primera instancia en el asunto de la referencia al no advertir causal de nulidad, conforme a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

La parte actora, por intermedio de apoderado judicial concurre ante la jurisdicción contenciosa administrativa, a través de la acción según lo indica el artículo 85 del CCA, con el fin de que se declare la nulidad del Decreto 2866 del 27 de julio de 2007 proferido por el Presidente de la República de Colombia, “Por el cual se suprime la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta y se ordena su liquidación”, en cuanto produce efectos particulares por la supresión del cargo de médico, Código 2085, Grado 18, que ocupaba, y el Oficio sin número del 7 de septiembre de 2009 que le comunica la supresión del cargo a partir del 15 de septiembre, fecha que se asumió como último día laborado.

Como consecuencia de la nulidad declarada pide se ordene a la parte demandada se le reintegre y reinstale al mismo cargo que desempeñaba al momento de ser desvinculada de la ESE Policarpa Salavarrieta o a otro de igual o superior categoría.

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

Solicita que se le reconozca y pague el valor de los salarios, primas, bonificaciones, gastos de representación, vacaciones y demás prestaciones sociales, y cualquier otro concepto salarial o prestacional, junto con los aumentos e incrementos que hayan tenido, correspondientes al tiempo que dure cesante en relación con el cargo del cual fue desvinculada.

Pretende se declare que para todos los efectos salariales, prestacionales y laborales no ha existido solución de continuidad entre la fecha del retiro del servicio y aquella en que materialmente ocurra el reingreso a la función pública.

Que como consecuencia de la declaración de nulidad y como efecto de responsabilidad de la administración se le imponga a la parte demandada las siguientes condenas por concepto de perjuicios morales: daño moral objetivado, consistente en la incidencia del perjuicio en el detrimento patrimonial, rubro que se estima en el valor en pesos, equivalente a ochocientos cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes; daño moral subjetivado, consistente en el perjuicio no valorable pecuniariamente, rubro que se estima en el valor equivalente a setecientos cincuenta y siete salarios mínimos legales mensuales vigentes, el valor en pesos equivalente a ochocientos setenta y cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes, cantidad en que se estiman los perjuicios por concepto del rubro denominado daño a la vida de relación.

Pide que la condena sea liquidada con ajuste al valor, de conformidad con el artículo 178 del CCA; que la sentencia se cumpla en el término indicado en el artículo 176 del CCA, con los efectos a que se refiere el artículo 177 del mismo estatuto.

Que se declare que para todos los efectos legales, no constituye doble asignación recibida del tesoro público, o de empresas o de instituciones en la que tenga parte mayoritaria el Estado, lo que perciba la demandante desde la fecha del retiro del

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

servicio hasta la del reintegro a la entidad, y que por ésta razón no podrá reducirse suma alguna por ese concepto.

Por último solicita se condene en costas y gastos del proceso a la parte demandada.

II. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

La señora Wilma Esperanza Pérez Corredor ingresó a la ESE Policarpa Salavarrieta por incorporación, y sin solución de continuidad, con ocasión de la escisión del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, para desempeñar el cargo de Médico, Código 2085, Grado 18 de la ESE Policarpa Salavarrieta.

Que en el periodo durante el cual la demandante prestó sus servicios a la entidad demandada, fue notoria su idoneidad, así como la responsabilidad, capacidad y honestidad en el ejercicio de la función pública, condiciones personales reconocidas por sus superiores y por sus compañeros de trabajo, factores tenidos en cuenta precisamente para su vinculación laboral.

Sostiene que el Gobierno Nacional dispuso la liquidación de la ESE Policarpa Salavarrieta para sustraerse de los efectos prestacionales y salariales que corresponden a los trabajadores de la seguridad social, y en una actuación irreflexiva y absolutamente arbitraria, sin razón legal alguna y obrando en contra de expresa prohibición legal, determinó retirar del servicio a través de la supresión de la entidad y de los cargos de la misma.

Que se dispuso el retiro de la señora Wilma Esperanza Pérez Corredor, amparada por fuero sindical, como médico, Código 2085, Grado 18 de la ESE Policarpa Salavarrieta, por medio del Decreto 2866 del 27 de julio de 2007, que se materializó a partir del 15 de septiembre de 2009, sin haber obtenido previamente autorización judicial; que la determinación del retiro solo vino a concretarse a través del Oficio

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

sin número del 7 de septiembre de 2009 que suscribe el apoderado general del liquidador, sin que hubiese concluido el proceso adelantado por la entidad en contra de la demandante para obtener el levantamiento del fuero sindical, como jurídicamente corresponde, esto es, se trata de la indebida utilización de esa forma irregular de retiro, puesto que afecta la permanencia, la estabilidad y la conservación del empleo.

Manifiesta que al producirse la remoción de la médico Wilma Esperanza Pérez Corredor, las entidades del sector salud la marginaron de la posibilidad laboral por razones de persecución sindical, puesto que la administración debió incorporarla en la “Nueva EPS” que sustituyó la competencia de la ESE Policarpa Salavarrieta.

Precisa que la ESE Policarpa Salavarrieta en Liquidación adelantó en contra de la médico Wilma Esperanza Pérez Corredor proceso de levantamiento de fuero sindical, que correspondió al Juzgado Segundo Laboral de Tunja.

Que la ESE Policarpa Salavarrieta en Liquidación, a través de un liquidador, dispuso el retiro definitivo de la demandante con comunicación del 7 de septiembre de 2009 y con efectos a partir del 15 de septiembre de 2009.

Sostiene que la determinación de retirar finalmente debió estar acompañada de la incorporación de la demandante en la “Nueva EPS”, que reemplazó a la ESE Policarpa Salavarrieta en el Ministerio de Protección Social o en alguna otra de las entidades adscritas o vinculadas al mismo.

Manifiesta que la administración arbitrariamente hizo uso de la potestad que no es discrecional, pues el retiro por supresión del empleo no se dispuso en acto administrativo particular y concreto, como omisión inadmisibles dentro del trámite administrativo, y que solo se concretó y materializó con la comunicación del 7 de

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

septiembre de 2009, circunstancia adicional que comporta la absoluta irregularidad e ilicitud de la actuación demandada.

Que la determinación administrativa como forma de desvinculación de la función pública no puede aplicarse en tratándose de cargos desempeñados por empleados amparados por fuero sindical sin que previamente se obtenga autorización judicial, como aquel que desempeñaba la demandante, puesto que por la situación de estabilidad reforzada en que se encontraba, solamente su retiro pudo haberse dado con autorización del despacho judicial que conoce del asunto especial de levantamiento de fuero.

Señala que con anterioridad a la desvinculación de la médico Wilma Esperanza Pérez Corredor no le fueron impuestas por parte de la administración sanciones disciplinarias como tampoco se adelantó actuación administrativa de esa naturaleza, por hechos que comprometieran la responsabilidad de la funcionaria como Médico, Código 2085, Grado 18 de la ESE Policarpa Salavarrieta.

III. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda la parte actora acusa como violados los artículos 2,6,13,25,29,53 y 121 de la Constitución Política; Convenios Internacionales y Tratados Internacionales ratificados por Colombia por mandato expreso de los artículos 53 y 93 de la Constitución Política; artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículos 6 al 9 de la Ley 74 de 1968; inciso primero del artículo 26 y el artículo 27 del Decreto 2400 de 1968; artículos 107, 109, 110 y 111 del Decreto 1950 de 1973; Ley 443 de 1998; Decretos 1330 y 1567 al 1572 de 1998; Ley 909 de 2004 “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, y la Ley 734 de 2002.

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

La actuación acusada quebranta directamente varias disposiciones Constitucionales y legales a las cuales debe sujetarse, por ésta razón incurre en la nulidad solicitada; que considera conveniente señalar que las circunstancias que determinaron la expedición del acto acusado, ponen en evidencia la forma irresponsable y arbitraria como la administración hizo uso de las facultades que le atribuye la ley, profiriendo actos irregulares en ejercicio de sus funciones, generando con su actuar responsabilidad patrimonial para la entidad, así como consecuencias personales para los funcionarios.

Que surge evidente la desviación de poder en que incurre la administración, al haber desvinculado del empleo a la demandante, sin providencia debidamente motivada, luego de la realización de una actuación administrativa, como era su obligación, atendiendo la naturaleza del empleo así como su forma de vinculación.

Precisa que en tratándose de actos administrativos de remoción se presumen legales, o lo que es igual, están amparados por la “presunción de legalidad”, que debe ser desvirtuada para obtener que sea declarada la nulidad de los mismos, sin embargo en casos excepcionales como el de la empleada amparada por fuero sindical, la presunción se invierte, lo que determina que se presume que el acto es ilegal si se profiere sin observar los requisitos exigidos en las normas legales que prevén la forma de ingreso y egreso respecto de empleos con estabilidad reforzada, puesto que se requiere previa autorización judicial a través de levantamiento del fuero sindical.

Sostiene que la actuación acusada viola gravemente la norma contenida en el artículo 29 de la Constitución Nacional por dos razones: primero porque no existe acto expreso que disponga el retiro en forma particular, sino que en la actuación administrativa no se realizó la motivación que requería, si hubiesen existido razones que justificaran la determinación de retirar del servicio a la funcionaria que desempeñaba empleo en situación de fuero sindical, y segundo porque si se trata del

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

retiro de la función pública respecto de funcionarios amparados por estabilidad reforzada por fuero sindical, inevitablemente debió obtenerse previamente autorización judicial.

Asegura que la violación del derecho al debido proceso administrativo comporta en consecuencia violación de las disposiciones del Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto 01 de 1984 y las disposiciones que lo modifican y adicionan, en cuanto con ocasión de la desvinculación debió hacerse y no se hizo, una actuación administrativa que le garantizara el derecho a la defensa y la posibilidad de ejercer adecuadamente la contradicción en relación con las determinaciones de la administración.

Señala que se pretermitió la realización de una actuación administrativa oficiosa por parte de la entidad, para hacer conocer a la demandante las eventuales razones que tenía para disponer su desvinculación del servicio y concluir la actuación en decisión debidamente motivada, susceptible de recursos en vía gubernativa, circunstancia que determina la más absoluta y grave violación del derecho al debido proceso administrativo, y con ello, naturalmente el derecho a la defensa.

Sostiene que la médico Wilma Esperanza Pérez Corredor como trabajadora del sector salud, específicamente como servidora de la seguridad social, se vinculó inicialmente con el Instituto Colombiano de Seguros Sociales y posteriormente sin solución de continuidad, con efecto de la escisión, con la entidad denominada ESE Policarpa Salavarrieta hoy en liquidación; que se trata en consecuencia de la sustitución del empleador inicial la modificación por vía de escisión sin que hubiera variación respecto del empleador, como igual ocurre con la creación de la denominada “Nueva EPS” que asume las competencias que le correspondieron en el pasado al Instituto de Seguros Sociales; que la demandante tiene derecho a ser vinculada sin solución de continuidad en la Nueva EPS, con las garantías laborales, salariales y prestacionales que tenía en el ISS.

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

Precisa que ese procedimiento de transformación de entidades y posterior liquidación se adelantó como efecto de la actuación abiertamente irregular, relacionada con el proceso antidemocrático del Gobierno Nacional; que la entidad denominada Instituto Colombiano de Seguros Sociales, no podía someterse simplemente a un proceso de transformación o escisión, sin liquidar la entidad de orden nacional que era, para parcelar las actividades, con el principal propósito de desconocer los derechos y garantías de carácter laboral, salarial y prestacional de los servidores de la seguridad social.

Manifiesta que la ESE Policarpa Salavarrieta en Liquidación pretende dar por terminada la vinculación laboral de un inmenso número de personas, desconociendo los derechos laborales, salariales y prestacionales, sin que exista fundamento legal que lo justifique; que es una actuación que atenta en contra de los derechos colectivos derivados de la convención colectiva de trabajo vigente, así como en contra de los derechos que individualmente le deben ser reconocidos a la demandante.

Asegura que la violación de la normatividad no se limitó al desconocimiento e inaplicación de las disposiciones legales de carácter laboral nacional e internacional, sino que se extendió a la convención colectiva de trabajo de la entidad y lo que es peor, al régimen establecido en el ordenamiento jurídico colombiano con ocasión de la supresión de entidades del sector salud.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el 5 de abril de 2010 (fl. 158) en vigencia del Decreto 01 de 1984, y fue admitida mediante auto del 15 de febrero de 2012 (fls. 191 a 194), en el que además se ordenó su notificación a las entidades accionadas y al Agente del Ministerio Público de conformidad con lo previsto en los artículos 150 y 315 del CCA y 315 del CPC.

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

Así mismo debe señalarse que el trámite del presente proceso desde la admisión de la demanda hasta el decreto y práctica de pruebas se adelantó por parte del despacho de Descongestión No. 6 de este Tribunal.

1. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.1 Ministerio de Salud y Protección Social (fls. 235 a 252)

Se opuso a todas y cada una de las declaraciones y condenas solicitadas por la parte actora, por carecer de fundamento constitucional y legal.

Aseguró que entre la actora y el Ministerio de Salud y Protección Social no existió vínculo de ninguna naturaleza; que las Empresas Sociales del Estado no estaban bajo la subordinación de éste, dado el carácter especial de que gozaban en virtud del Decreto 1750 de 2003.

Que el Ministerio de Salud y Protección Social no debe fungir como demandado, que quien debe ser demandada es la ESE Policarpa Salavarrieta, entidad que fue liquidada y terminó su proceso liquidatorio y en consecuencia que a partir de la suscripción del acta de terminación concluyó su existencia legal.

Presentó como excepciones las denominadas “NO COMPRENDER A TODOS LOS LITIS CONSORTES NECESARIOS O FALTA DE INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO”, “FALTA DE LEGITIMIDAD PASIVA EN LA CAUSA”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”, “INEXISTENCIA DE LA FACULTAD Y DE CONSECUENTE DEBER JURÍDICO DE ESTE MINISTERIO PARA RECONOCER Y PAGAR PRESTACIONES SOCIALES Y DERECHOS CONVENCIONALES, CASO EN ESTUDIO” y la “INNOMINADA”.

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

Respecto de la primera señaló que a través del Decreto Ley se estableció que la Nación asume las obligaciones laborales a cargo de la ESE a partir de la terminación de la existencia legal de ésta, respecto de créditos laborales reconocidos por el agente liquidador correspondiente a acreedores reclamantes extemporáneos y acreedores con créditos laborales incluidos en el pasivo cierto no reclamado, pasivo laboral que incluye los aportes a la seguridad social por concepto de pensiones y salud, excluyendo obligaciones indeterminadas, disponiendo que los recursos para el pago de las obligaciones serían girados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público; que considera imperioso vincular en calidad de litis consorte necesario al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que previo a responder en caso de declararse algún derecho al demandante ejerza el derecho de contradicción y de defensa que legal y constitucionalmente le asiste.

Frente a la denominada falta de legitimidad en la causa indicó que en el presente caso los presuntos hechos y omisiones se relacionan con el ISS y particularmente con la ESE Policarpa Salavarrieta en Liquidación y no con la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social, razón por la cual no puede legalmente ser vinculada como parte pasiva; que el Ministerio de Salud y Protección Social no puede responder por derechos por definirse y mucho menos relacionados con una relación laboral en la que fueron empleadores entidades descentralizadas como el ISS y la ESE Policarpa Salavarrieta que gozan y gozaban respectivamente, de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, lo cual les permite un ejercicio autónomo de sus facultades legales y constitucionales.

Que no puede predicarse que exista nexo causal entre el actuar del Ministerio de Salud y Protección Social y las situaciones de hecho en que se fundamentan las pretensiones de la demanda, que permitan inferir responsabilidad alguna por parte de dicha entidad.

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

Respecto de la denominada inexistencia de la obligación dijo que el decreto por el cual se dispuso la supresión y liquidación de la ESE Policarpa Salavarrieta en ningún momento transfiere las obligaciones, activos o pasivos de la misma liquidada al Ministerio de Salud y Protección Social, por lo que no es el llamado a responder en el presente proceso, precisamente porque no es ni ha sido sucesor procesal de la extinta entidad, amén que, culminado el proceso liquidatorio el Ministerio de Salud y Protección Social no fue destinatario de remanente alguno.

Que por el contrario, a través del decreto ley se estableció que la Nación asume las obligaciones laborales a cargo de la ESE demandada a partir de la terminación de la existencia legal de ésta, respecto de créditos laborales reconocidos por el agente liquidador correspondiente a acreedores reclamantes extemporáneos y acreedores con créditos laborales incluidos en el pasivo cierto no reclamado, pasivo laboral que incluye los aportes a la seguridad social por concepto de pensiones y salud, excluyendo obligaciones indeterminadas, disponiendo que los recursos para el pago de las obligaciones serán girados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Por último manifestó que es claro que si durante el curso del proceso se llegare a probar una responsabilidad de reconocer un derecho, la misma no puede declararse contra el Ministerio de Salud y Protección Social, porque dicha entidad desconoce toda actuación administrativa que la ESE demandada hayan podido desplegar frente a pretensiones de la demandante; que dado que lo que se procura es la declaratoria y condena frente a derechos por definirse, no puede el Ministerio entrar a resolverlo, entre otras porque el Ministerio de Salud y Protección Social no lo originó.

1.2 Nueva Empresa Promotora de Salud NUEVA EPS S.A. (fls. 310 a 329)

Señaló que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demandante, pues están encaminadas a la declaratoria de nulidad de un acto administrativo que ordenó la supresión de la ESE Policarpa Salavarrieta y del oficio que comunica la

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

supresión del cargo de la demandante, actuaciones ante los cuales la Nueva EPS no ha tenido injerencia o actividad alguna, en primer lugar porque siendo Nueva EPS una entidad de carácter privado, tal como reza la respectiva certificación de existencia y representación legal ya incorporada al proceso, no podía expedir actos de tal naturaleza; y segundo, porque jamás ha existido un tipo de relación civil, laboral y mucho menos de carácter administrativo laboral con la demandante Wilma Esperanza Pérez Corredor.

Dijo que no existe fundamento jurídico o fáctico alguno que pueda conllevar responsabilidad de la Nueva EPS S.A. en relación a los hechos que se exponen en el libelo demandatorio.

Presentó como excepciones las denominadas “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA E INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DE LA NUEVA EPS S.A. POR HECHO DE UN TERCERO”, “LA NUEVA EPS NO PUEDE UTILIZAR RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD PARA FINES DIFERENTES A LOS QUE LA LEY LOS TIENE DESTINADOS”, “COBRO DE LO NO DEBIDO” y “EXCEPCIÓN GENÉRICA”.

Para sustentar la primera exceptiva precisó que para que exista legitimación en la causa por activa o por pasiva, necesariamente debe existir una relación precedente entre el actor y el accionado, con el cual se determine de manera clara y contundente una sentencia favorable para uno u otro; que en el caso que nos ocupa se observa que las pretensiones van dirigidas a que se declare la nulidad de un acto administrativo que suprimió a una ESE, y la de un oficio que comunica la supresión del cargo de la demandante; que la actora ha decidido vincular en su demanda a la Nueva EPS como demandada sin observar que esta entidad bajo ninguna circunstancia se encuentra obligada a atender ninguna de las pretensiones declarativas, ni al pago a la demandante de algún tipo de salario o prestación que

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

ella misma se ha encargado de individualizar, ya que ninguna se vislumbra a cargo de la Nueva EPS, pues jamás la demandante ha sido empleada de la Nueva EPS.

Sostuvo que la demandante no precisa la razón fundamental y determinante por la cual hubo que vincular a la Nueva EPS, pues solo presume que la Nueva EPS reemplazó al Seguro Social sin presentar fundamento legal, cuando la entidad que ejecutó todos los actos positivos o negativos que presuntamente perjudicaron a la demandada fue la entidad ante la cual laboraba, es decir el Instituto de Seguros Sociales y/o ESE Policarpa Salavarrieta; que sería improcedente que a la Nueva EPS se le haga responsable de situaciones o hechos a cargo de otras entidades como son el citado Instituto de Seguros Sociales y/ ESE Policarpa Salavarrieta

Para argumentar la segunda pretensión indicó que los fines y los recursos económicos que recauda la EPS tienen una destinación precisa y definida dentro de las limitaciones que la ley le señala, y ante el evento de utilizarlos sin una expresa autorización legal le haría incurrir en destinaciones diferentes sancionadas penal y administrativamente; que siendo la EPS delegataria del Fondo de Solidaridad y Garantía para la captación de aportes en salud, solo le es dable ejecutar funciones y actividades establecidas por la Ley 100 de 1993, así como en sus decretos reglamentarios, lo cual significa que no puede utilizar los recursos del GSSS que se le han confiado en actividades que rebasan sus funciones y las limitaciones que la misma ley impone.

Que en el presente asunto mal podría la Nueva EPS acceder a pretensiones declarativas o de condena a la demandante con base en supuestos, pues si así lo hiciese le haría incurso en violación a la ley y desde luego en extralimitación en el uso de los dineros parafiscales del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Respecto de la excepción de cobro de lo no debido señaló que en ninguna oportunidad se han generado obligaciones a cuenta de la Nueva EPS en favor de la

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

parte activa, toda vez que nunca ha tenido una relación laboral con la demandante; que la médico Wilma Esperanza Pérez se encontraba vinculada con el ISS y/o ESE Policarpa Salavarrieta y nunca prestó sus servicios para la Nueva EPS, quien para el efecto que nos ocupa es un tercero ajeno a la relación contractual laboral o administrativa que pudo existir entre su verdadero expatrón y la exfuncionaria; que cualquier reconocimiento que el despacho llegare a ordenar obligando a la Nueva EPS a hacer pagos o reconocimientos de los cuales no es responsable ni a título de solidaridad, además de incurrir en vía de hecho, constituiría una condena a pagar lo no debido.

Las demás entidades demandadas guardaron silencio.

2. DECRETO DE PRUEBAS

El Despacho de Descongestión No. 6 de este Tribunal a través de auto de 26 de agosto de 2015 (fls. 374 y 375) decretó las pruebas solicitadas por las entidades demandadas, el cual fue adicionado mediante proveído de 7 de octubre del mismo año (fls. 383 y 384).

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Este despacho mediante auto de 23 de mayo de 2017 declaró precluido el término probatorio, y en consecuencia ordenó correr traslado para que las partes alegaran de conclusión.

3.1 Nueva Empresa Promotora de Salud - NUEVA EPS S.A. (fls. 538 a 542)

Señala que la parte actora se encuentra totalmente equivocada cuando afirma que debió ser incorporada a la Nueva EPS, que sustituyó la competencia de la ESE Policarpa Salavarrieta, institución esta que explica era una de las IPS del Instituto

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

de Seguros Sociales, pues se reitera que entre éstas dos (Nueva EPS s ISS) no hubo fusión, transformación, escisión, compra ni ninguna otra figura de las establecidas en el ordenamiento jurídico del sector privado que implicara la cesión o subrogación de los derechos, obligaciones y responsabilidades para la Nueva EPS S.A.

Que es pertinente señalar, que la EPS del Instituto de Seguros Sociales y/o ESE Policarpa Salavarrieta en la actualidad continua respondiendo por las obligaciones contraídas con anterioridad al 1° de agosto de 2008, y las generadas con posterioridad a esta fecha a través del ente denominado patrimonio autónomo de remanente del ISS - P.A.R.I.S.S., circunstancia que no se puede confundir con la cancelación de la licencia de funcionamiento como Entidad Promotora de Salud.

Precisa que debe el despacho valorar la actitud de la demandante en el interrogatorio de parte, quien presentó una actitud evasiva no compatible con su condición de activista sindical, tal como lo pregona en la demanda, ya que manifestó no conocer o no recordar aspectos tan sencillos y esenciales para cualquier dirigente gremial, máxime cuando se trataba de proteger sus particulares intereses, entre otros, como no recordar o desconocer las disposiciones que le impulsaron a demandar que ha debido ser incorporada a la Nueva EPS.

Por ultimo solicita se absuelva de cualquier responsabilidad a la Nueva EPS y declare probadas las excepciones planteadas, y todas las demás circunstancias alegadas en este proceso, las cuales llevan necesariamente a concluir la inexistencia de responsabilidad por parte de la entidad demandada; pide se realice la valoración de las pruebas conforme con los criterios que exige la sana crítica, y se declaren probadas las excepciones planteadas, y que denominó como “falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de responsabilidad de la Nueva EPS S.A. por hecho de tercero”, “ la Nueva EPS no puede utilizar recursos del sistema de

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

seguridad social en salud para fines diferentes a los que la ley los tiene destinados”, “cobro de lo no debido” y “excepción genérica”.

3.2 FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPREVISORA S.A. (fls. 544 y 545)

Indica que por disposición del Fideicomitente que para el caso es el Ministerio de Salud y Protección Social, la sociedad fiduciaria en calidad de vocera y administradora del PAR ESE Policarpa Salavarrieta en Liquidación ya no ejerce la defensa judicial del proceso de la referencia desde el 15 de febrero de 2017, en donde se encuentra vinculada la extinta Empresa Social del Estado, el Patrimonio Autónomo de Remanentes y/o Fiduprevisora S.A. como vocera y administradora, razón por la cual solicita la desvinculación por falta de legitimación en la causa.

El Ministerio Público guardó silencio.

V. CONSTANCIA

Tal como lo deja ver el informe secretarial de 1º de marzo de 2016, visto a folio 432 “Por redistribución de procesos pertenecientes al sistema escritural, se remite el expediente por encontrarse pendiente fecha para recibir testimonios de acuerdo a lo establecido por auto de 2 de diciembre de 2015”, es decir a partir del **1º de marzo de 2016** este Tribunal asumió la competencia para continuar con el trámite del proceso, y ahora procede a fallarlo con base en las siguientes:

VI. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el numeral 6º del artículo 132 del C.C.A., este Tribunal es competente para conocer del asunto en primera instancia.

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

2. Cuestión preliminar

En el sub examine la actora solicitó la nulidad de: a) Decreto 2866 del 27 de julio de 2007 proferido por el Presidente de la República “Por el cual se suprime la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta y se ordena su liquidación” y b) Oficio sin número del 7 de septiembre de 2009 suscrito por el Apoderado General Liquidador por medio del cual le comunica a la señora Wilma Esperanza Pérez Corredor la supresión del cargo a partir del 15 de septiembre.

En asuntos en los que se debate el retiro de los servidores públicos con ocasión de la supresión y liquidación de una entidad, la Sección Segunda del Consejo de Estado, a través de sus Subsecciones ha indicado que el interesado debe demandar el acto que contiene en forma individual su retiro del servicio.

Así lo expuso de manera ilustrativa en la sentencia de 18 de febrero de 2010:

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

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

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

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

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

El Decreto 2866 de 2007 proferido por el Presidente de la República suprimió la ESE Policarpa Salavarrieta, y estableció en el Artículo 12 del Capítulo III lo siguiente:

“El liquidador, dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que asuma sus funciones, **elaborará un programa de supresión de cargos, determinando el personal que por la naturaleza de las funciones desarrolladas debe acompañar el proceso de liquidación.**

En todo caso, el vencimiento del término de liquidación de la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta en Liquidación, quedará automáticamente suprimidos todos los cargos existentes y terminarán las relaciones laborales de acuerdo con el respectivo régimen legal aplicable”

En ese sentido este acto de carácter general no fue el que suprimió el cargo de la demandante, no definió la situación jurídica de la señora Wilma Esperanza Pérez Corredor, allí lo que se dispuso fue que el liquidador elaboraría un programa de supresión de cargos determinando el personal que debía acompañar el proceso de liquidación de la ESE Policarpa Salavarrieta, razón suficiente para determinar que el decreto aludido no era demandable.

Por el contrario, el acto que efectivamente suprimió el cargo de la actora fue el Oficio sin número del 7 de septiembre de 2009 suscrito por el Apoderado General Liquidador, en razón de que tenía una destinación específica que originó consecuencias de índole particular, como quiera que por virtud de su expedición se produjo el retiro de la señora Wilma Esperanza Pérez Corredor. Allí se indicó:

“En virtud de los Decretos No. 2866 de 2007, Decreto 2710 de 2008, Decreto No. 217 de 2009, Decreto No. 581 de 2009, Decreto 1928 de 2009 y Decreto No. 3263 de 2009 y por vencimiento del término de liquidación de la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta en Liquidación, **quedará automáticamente suprimido el cargo de MÉDICO, Código 2085, Grado 18 con intensidad de 5 horas que usted viene desempeñando, razón por la cual usted cesa el cumplimiento de las funciones propias de dicho cargo y queda desvinculado de la Entidad a partir del 15 de septiembre de 2009, que será entendido como su último día laborado.**”

En esas condiciones, el cuestionamiento contra este oficio es legítimo en cuanto afectó la situación jurídica de la actora, dado que produce efectos particulares.

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

En ese sentido, este Tribunal descartará el examen de legalidad del Decreto 2866 del 27 de julio de 2007 expedido por el Presidente de la República de Colombia “Por el cual se suprime la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta y se ordena su liquidación”, y circunscribe el análisis solamente al Oficio de 7 de septiembre de 2009, mediante el cual se le comunicó a la actora la decisión de desvinculación del cargo de Médico, Código 2085, Grado 18, y en ese orden determinar si es posible acceder a las pretensiones de la parte actora o si, por el contrario, le asiste razón a las demandadas en que la actuación se ajustó plenamente a la ley.

3. Presentación del caso y planteamiento del problema a resolver

La demandante pretende que como consecuencia de la declaratoria de los actos acusados se le reintegre al cargo de médico que venía ejerciendo en la ESE Policarpa Salavarrieta, entidad que fue suprimida por el Gobierno Nacional.

Con tal fin se abordarán los siguientes aspectos: i) análisis de las excepciones propuestas; ii) liquidación de la ESE Policarpa Salavarrieta S.A. y la asunción de procesos judiciales en su contra por parte del Ministerio de Protección Social; iii) relación de las pruebas relevantes para fallar; iv) Análisis de los cargos, y conclusión.

4. De las excepciones

El Ministerio de Salud y Protección Social planteó las denominadas “NO COMPRENDER A TODOS LOS LITISCONSORTES NECESARIOS O FALTA DE INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO”, “FALTA DE LEGITIMIDAD EN LA CAUSA”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”, “INEXISTENCIA DE LA FACULTAD Y DE CONSECUENTE DEBER JURÍDICO DE ESTE MINISTERIO PARA RECONOCER Y PAGAR PRESTACIONES SOCIALES Y

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

DERECHOS CONVENCIONALES, CASO EN ESTUDIO” y la “INNOMINADA”.

Por su parte la Empresa Promotora de Salud NUEVA EPS S.A. formuló las denominadas “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA E INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DE NUEVA EPS S.A. POR HECHO DE TERCERO”, “LA NUEVA EPS NO PUEDE UTILIZAR RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD PARA FINES DIFERENTES A LOS QUE LA LEY LOS TIENE DESTINADOS”, “COBRO DE LO NO DEBIDO” y “EXCEPCIÓN GENÉRICA”.

Al analizar los fundamentos en que se sustentan las anteriores excepciones se observa que lejos de constituir impedimentos procesales se trata de argumentos dirigidos a atacar las pretensiones de la demanda, que por tanto son susceptibles de ser analizados al resolver el fondo del asunto; sin embargo con relación a la excepción de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, se dirá lo siguiente:

La legitimación en la causa por activa es la identidad del demandante con el titular del derecho subjetivo, es decir, con quien tiene vocación jurídica para reclamarlo y, por pasiva, es la identidad del demandado con quien tiene el deber correlativo de satisfacer el derecho¹. La legitimación es, por lo tanto, un presupuesto material de la sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado.²

¹ Sentencia de 13 de febrero de 1996, exp. 11.213. En sentencia de 28 de enero de 1994, exp. 7091, el Consejo de Estado expuso: “En todo proceso el juzgador, al enfrentarse al dictado de la sentencia, primeramente deberá analizar el aspecto relacionado con la legitimación para obrar, esto es, despejar si el demandante presenta la calidad con que dice obrar y si el demandando, conforme con la ley sustancial, es el llamado a enfrentar y responder eventualmente por lo que se le enrostra. En cuanto a lo primero, se habla de legitimación por activa y en cuanto a lo segundo, se denomina legitimación por pasiva”.

² Sentencia de 1º de marzo de 2006, exp. 15.348.

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

Con relación al tema de la legitimación en la causa, la sección segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 25 de marzo de 2010 expediente 05001-23-31-000-2000-02571-01 (1275-08), M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sostuvo:

“...En reciente jurisprudencia, esta Corporación ha manifestado en cuanto a la legitimación en la causa, que la misma no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable bien a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado. Así mismo, ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa, siendo la legitimación en la causa de hecho la relación procesal existente entre demandante legitimado en la causa de hecho por activa y demandado legitimado en la causa de hecho por pasiva y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma quien asumirá la posición de demandado; dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; **la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño.** En un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, **pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza,** pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra...” Resaltado fuera de texto

De los anteriores elementos, queda claro que la falta de legitimación en la causa no es una condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable, sea al demandante o al demandado, la cual no sacrifica la pretensión procesal en su contenido. Razón por la cual ésta por regla general debe ser resuelta en el momento oportuno y en tanto resulte procedente.

5. La liquidación de la ESE Policarpa Salavarrieta S.A. y la asunción de procesos judiciales en su contra por parte del Ministerio de Protección Social

El Gobierno Nacional mediante Decreto 2866 de 27 de julio de 2007, dispuso la supresión y liquidación de la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta, sometiendo dicho proceso a las disposiciones del Decreto-Ley 254 de 2000 y Ley

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

1105 de 2006, designando como entidad liquidadora a la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. -FIDUAGRARIA S.A.- (artículo 4º). Asimismo, prohibió a la E.S.E. iniciar nuevas actividades en desarrollo de su objeto social, conservando su capacidad jurídica únicamente para realizar actos, operaciones y contratos necesarios en orden a efectuar su pronta liquidación (artículo 3º).

Sobre las funciones asignadas al liquidador se determinó que asumiría la defensa judicial con relación a los procesos que se encontraran en curso y los que se iniciaran durante el proceso de liquidación (artículos 5º y 21); realizar los pagos relativos a las obligaciones de la entidad, con cargo a la masa de la liquidación. De otro lado, se determinó que los actos del liquidador, relativos a la aceptación, rechazo, prelación o calificación de créditos y en general, los que por su naturaleza constituyeran ejercicio de funciones administrativas, tendrían la naturaleza de actos administrativos y serían objeto de control por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (artículo 6º).

Ahora bien, de acuerdo con el Decreto 254 de 2006 modificado por la Ley 1105 de 2006³, por el cual se reglamentó el procedimiento liquidatorio de los entes

³El artículo 19 de la Ley 1105 de 2006 dispuso lo siguiente: "El artículo 35 del Decreto-ley 254 de 2000 quedará así:
Artículo 35. A la terminación del plazo de la liquidación, el liquidador podrá celebrar contratos de fiducia mercantil con una entidad fiduciaria por el cual se transferirá activos de la liquidación con el fin de que la misma los enajene y destine el producto de dichos bienes a los fines que en el inciso siguiente se indican. La entidad fiduciaria contratista formará con los bienes recibidos de cada entidad en liquidación un patrimonio autónomo. La entidad fiduciaria destinará el producto de los activos que les transfiera el liquidador a pagar los pasivos y contingencias de la entidad en liquidación, en la forma que hubiere determinado el liquidador en el contrato respectivo, de conformidad con las reglas de prelación de créditos previstas en la ley. Si pagadas las obligaciones a cargo de la entidad en liquidación quedaren activos o dinero en poder de la entidad fiduciaria contratada, esta los entregará al FOPEP o al Fondo de Reservas de Bonos Pensionales, según corresponda, en la forma y oportunidad que señale el Gobierno Nacional en el decreto que ordene la liquidación o en uno que lo complemente. Pagados los pasivos o cuando los bienes entregados en fiducia sean suficientes para atenderlos, los demás activos que no hayan sido objeto de fiducia, se traspasarán al Ministerio, Departamento Administrativo o entidad descentralizada que determine la ley o el acto administrativo expedido por el Gobierno Nacional. Lo anterior, sin perjuicio de que cuando se enajenen bienes, su producto se entregue al Fopep o al Fondo de Reserva de Bonos Pensionales, según lo determine el Gobierno Nacional. Cumplido el plazo de la liquidación en el acta final de liquidación por la cual se pone fin a la existencia legal de la entidad y, cuando sea del caso, se indicarán los activos que se transfieren o que se encuentran en un patrimonio autónomo de conformidad con el presente artículo, así como los pasivos que se pagarán con cargo a dicho patrimonio autónomo, y las obligaciones que asuman otras entidades con sujeción a lo previsto en el presente decreto. Si al terminar la liquidación existieren procesos pendientes contra la entidad, las contingencias respectivas se atenderán con cargo al patrimonio autónomo al que se refiere el presente artículo o a falta de este, el que se

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

nacionales, se tiene que al vencimiento del plazo determinado para la liquidación, el liquidador podía celebrar contratos de fiducia mercantil con el propósito de transferir, a un patrimonio autónomo, los activos de la liquidación a fin de responder por los pasivos y contingencias de la entidad liquidada, respetando las reglas de prelación de créditos señaladas por la Ley. Asimismo, la norma en comento dispuso que si al terminar la liquidación, existieren procesos pendientes contra la entidad, las contingencias se atenderían con cargo al patrimonio autónomo atrás mencionado o el que se constituyera para el efecto, sin perjuicio de que la Nación u otras entidades asumieran tales pasivos, de conformidad con la ley.

Para el caso de la E.S.E. Policarpa Salavarrieta se tiene que FIDUAGRARIA S.A. entidad liquidadora de la E.S.E. POLICARPA SALAVARRIETA, suscribió, en calidad de fideicomitente, contrato de fiducia mercantil No. 065 de 29 de diciembre de 2008, con la Fiduciaria la PREVISORA S.A. - FIDUPREVISORA S.A.- con el propósito de constituir un patrimonio autónomo al cual se transferirían, al concluir el plazo previsto para la liquidación, los bienes, créditos y procesos remanentes de la E.S.E. Policarpa Salavarrieta, asumiendo la FIDUPREVISORA S.A., en su condición de representante del patrimonio autónomo, la obligación de control, seguimiento y atención de los procesos judiciales adelantados en contra del fideicomitente, y atender los pagos derivados de las sentencias debidamente ejecutoriadas, proferidas dentro de dichas actuaciones judiciales (cláusula tercera numeral 3.3.), estableciendo en todo caso que serían cargo del fideicomiso, entre otros, los gastos de los procesos judiciales que decreten las autoridades judiciales y administrativas dentro de cada proceso, incluyendo las condenas en costas y las pretensiones que se decreten en cada uno de los procesos (cláusula décima octava literal a.).

constituya para el efecto. Lo anterior sin perjuicio de los casos en que la Nación u otra entidad asuman dichos pasivos, de conformidad con la ley.” (Subrayado fuera de texto)

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

Por otra parte, el contrato de fiducia estableció que para garantizar el pago de las obligaciones laborales, la Nación respaldaría a partir de la extinción de la E.S.E. Policarpa Salavarrieta- En Liquidación-, los créditos reconocidos por el liquidador, estipulando en tal sentido que los recursos necesarios serían girados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la entidad fiduciaria contratada por la empresa en liquidación (cláusula primera). También se indicó que para efectos del contrato, la E.S.E. Policarpa Salavarrieta -En Liquidación- ejercería los derechos que la ley concede al fideicomitente; sin embargo, se determinó que al momento de la liquidación de la entidad, el negocio jurídico continuaría vigente y surtiendo plenos efectos, señalando que con tal propósito, **la calidad de fideicomitente sería asumida por el Ministerio de la Protección Social** (cláusula quinta).

Posteriormente, el 15 de septiembre de 2009 se suscribió el acuerdo modificatorio No. 01, con el fin de realizar algunos ajustes al Contrato de Fiducia Mercantil No. 065 de 2008, de cual se extrae y resalta, que en su cláusula primera, se previó expresamente la existencia de una reserva financiada por la Nación, consistente en un monto determinado de recursos destinados específicamente para atender exclusivamente los pasivos laborales a cargo del fideicomitente que la entidad fiduciaria tuviera que pagar con cargo a los recursos transferidos por la Nación con ocasión de la garantía de que trata el artículo 32 del Decreto 254 de 2000⁴.

⁴ ARTÍCULO 32.- Pago de obligaciones.

(...)

PARAGRAFO-Las obligaciones de la entidad en liquidación, incluyendo los pasivos laborales, se cancelarán con el producto de las enajenaciones, con observancia de las normas legales y presupuestales del caso, teniendo en cuenta la prelación de créditos. Los pasivos laborales incluirán el valor correspondiente al cálculo actuarial del pasivo pensional, el cual se entregará a la entidad que deba asumir el pago de las pensiones y de bonos pensionales, si hubiere lugar a ello, con la preferencia reconocida por las normas vigentes sobre obligaciones laborales.

En caso de que los recursos de la liquidación de un establecimiento público o de una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional no societaria sean insuficientes, las obligaciones laborales estarán a cargo de la Nación o de la entidad pública del orden nacional que se designe en el decreto que ordene la supresión y liquidación de la entidad. Para tal efecto se deberá tomar en cuenta la entidad que debía financiar la constitución de las reservas pensionales.

Así mismo, de acuerdo con lo dispuesto por el párrafo 6º del artículo 1º de la Ley 573 de 2000, la Nación podrá asumir o garantizar obligaciones de las entidades públicas del orden nacional, incluidas las derivadas de las cesiones de activos, pasivos y contratos que haya realizado la entidad en liquidación, actuaciones que no causarían el impuesto de timbre siempre y cuando se realicen entre entidades públicas.

(...)

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

Finalmente, el proceso de liquidación de la E.S.E. Policarpa Salavarrieta en liquidación, terminó el 15 de septiembre de 2009, cediéndose a partir de dicho momento el contrato de fiducia celebrado con la FIDUPREVISORA S.A. al **Ministerio de la Protección Social**, quien de acuerdo con lo expuesto en precedencia adquirió la calidad de fideicomitente, entidad entonces que estaría legitimada para responder en caso de acceder a las pretensiones de la demanda, de ahí que no era necesaria la vinculación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

6. De las pruebas obrantes en el expediente

Para respaldar sus pretensiones, la actora allegó los siguientes medios de prueba:

- Decreto 2866 de 27 de julio de 2007 “Por el cual se suprime la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta y se ordena su liquidación”. (fls. 28 a 37)
- Oficio de 4 de julio de 2008 suscrito por el Apoderado General Liquidador de la ESE Policarpa Salavarrieta en Liquidación – Liquidador FIDUAGRARIA, por medio del cual se le comunica a la señora Wilma Esperanza Pérez Corredor sobre la supresión del cargo. (fl. 39)
- Oficio OJ-1298 de 17 de julio de 2008 suscrito por la Apoderada General Liquidador de la ESE Policarpa Salavarrieta en Liquidación – Liquidador FIDUAGRARIA, mediante el cual se le dio respuesta al derecho de petición presentado por la señora Wilma Esperanza Pérez Corredor, en el que solicitaba el reintegro por gozar de fuero sindical por pertenecer a la Junta Directiva de ASMEDAS Seccional Cundinamarca. (fls. 40 y 41)
- Certificación de tiempo de servicios de 13 de agosto de 2008 expedida por el Departamento de Recursos Humanos Seguro Social Seccional Cundinamarca, en la que se discrimina los nombramientos provisionales de la señora Wilma Esperanza Pérez Corredor. (fl. 43)

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

-Oficio de 7 de septiembre de 2009 suscrito por el Apoderado General Liquidador de la ESE Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Liquidador FIDUAGRARIA, por medio del cual se le comunica a la señora Wilma Esperanza Pérez Corredor sobre la supresión del cargo. (fl. 38)

-Certificación de 26 de junio de 2008 suscrita por la Coordinadora de Talento Humano de la ESE Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Liquidador FIDUAGRARIA en la que se acredita que la señora Wilma Esperanza pasó a ser de la planta de personal de la ESE Policarpa Salavarrieta a partir del 26 de junio de 2003. (fl. 44)

-Certificación suscrita por la Gerente Administrativa y de Talento Humano de la Nueva EPS S.A. en la que se deja ver que la señora Wilma Esperanza Pérez Corredor no es ni ha sido trabajadora de dicha entidad. (fl. 330)

-Copia del concepto relacionado con la responsabilidad judicial del ISS. (fls. 331 a 359)

-Interrogatorio de parte de la señora Wilma Esperanza Corredor (fls. 398 y 399), quien en síntesis manifestó: “**PREGUNTADO:** Explíqueme al Despacho que tipo de relación legal o contractual tenía usted con la ESE Policarpa Salavarrieta. **CONTESTO:** Yo tenía contrato a término indefinido, que había sido suscrito más o menos en 1993. **PREGUNTADO:** Diga al Despacho sí o no, al momento de, antes, o con posterioridad a su desvinculación laboral de la ESE POLICARPA SALAVARRIETA, usted se encontraba vinculada laboralmente a NUEVA EPS, en caso positivo, manifieste el tipo de vinculación laboral o administrativa que la unía a esta EPS. **CONTESTO:** No recuerdo si al salir de la POLICARPA la NUEVA EPS continuó, porque ahí nos pusieron diferentes contratos y por tanto no recuerdo. **PREGUNTADO:** Explique al Despacho entonces, cuáles son las razones por las cuales usted reclama que luego de su desvinculación de la ESE POLICARPA SALAVARRIETA ha debido ser incorporada a la NUEVA EPS. **CONTESTO:** Porque los contratos debían seguir con los trabajadores que venían entiendo yo. **PREGUNTADO:** Por favor diga al Despacho, si la conoce, cual es la disposición legal y reglamentaria, que nos enseña que la NUEVA EPS, sustituyó la competencia de la ESE POLICARPA SALAVARRIETA, tal como usted lo afirma en su demanda. **CONTESTO:** En este momento no recuerdo. **PREGUNTADO:** Cuénteles al Despacho si lo recuerda, si cuando terminó su relación laboral con la ESE POLICARPA SALAVARRIETA, como fue esa terminación, a través de liquidar el contrato, o a través de una comunicación que se diera por precluida su relación con la entidad aquí

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

7. Análisis de los cargos de la demanda

7.1 De la atribución del Presidente de la República de suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales. Contextualización

A efectos de analizar los cargos de la demanda, el Tribunal estima pertinente hacer referencia brevemente al contexto dentro del cual se adoptó la medida que ahora cuestiona la parte demandante, consistente en la supresión del cargo de Médico Código 2085 Grado 18.

Mediante Decreto Ley 1750 de 2003 se adelantó la escisión del Instituto de Seguros Sociales y se crearon unas empresas sociales del Estado, entre ellas la E.S.E. Policarpa Salavarrieta (artículo 2º), como una categoría especial de entidad pública descentralizada del nivel nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscritas al Ministerio de Protección Social. Su objeto era la prestación del servicio público de salud a cargo del Estado o como parte del servicio público de la seguridad social, en los términos del artículo 194 de la Ley 100 de 1993.

El numeral 15 del artículo 189 de la Constitución Política establece como atribución del Presidente de la República la de suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales de conformidad con la ley.

El 27 de julio de 2007 el Presidente de la República expidió el Decreto 2866 “Por el cual se suprime la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta y se ordena su liquidación”. Acto que expuso la siguiente motivación:

“-Que la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta fue creada mediante el Decreto Ley 1750 del 2003, como una categoría especial de entidad pública descentralizada del nivel nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrita al Ministerio de la Protección Social, que tiene por objeto la prestación de los servicios de salud, como servicio público esencial a cargo del

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

Estado o como parte del servicio público de la seguridad social, en los términos del artículo 194.

-Que el estudio de evaluación técnica realizado por el Gobierno Nacional a la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta, demuestra un desequilibrio financiero por resultados de operación y problemas de gestión que amenazan su viabilidad y sostenibilidad en el mediano plazo, con una acumulación de pérdidas operativas en los últimos tres (3) años por lo que recomienda la supresión y liquidación de esta empresa;

-Que en virtud de la evaluación realizada por la EPS del Instituto de Seguros Sociales respecto de la calidad de los servicios prestados por la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta evidencian el grave estado en el que se encuentran muchos de los servicios que hoy le brinda a la EPS del Instituto del Seguro Social; situación que se viene deteriorando en forma importante en los últimos meses, según describen los funcionarios y los informes del grupo de calidad del ISS nacional, entidad de la que depende la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta en un 97% del total de sus ingresos;

-Que de conformidad con el estudio técnico en materia de prestación de servicios se comprobó una producción descendente con una estructura y prestación de servicios de salud sobredimensionada en sus recursos físicos, sin cumplir con condiciones de calidad y con un portafolio cada vez más limitado;

-Que por todo lo anterior, las evaluaciones de la gestión administrativa de la entidad aconsejan su supresión;

-Que la Contraloría General de la República en el Informe de Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral, correspondiente a la vigencia fiscal 2005, no feneció la cuenta de esta empresa, clasificándola en este año con un indicador A33 correspondiente a negativa desfavorable, conceptuando que la gestión y resultados de la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta en sus áreas, procesos y actividades auditadas, es desfavorable, y que no logró desarrollar su gestión de manera eficiente ni logró alcanzar sus objetivos y metas de manera eficaz, señalando que la evaluación del sistema de control interno se ubicó en riesgo alto, lo que no brinda confiabilidad a la organización para el manejo de los recursos para lograr sus objetivos y resultados;

-Que la Revisoría Fiscal en su informe al cierre de la vigencia 2006, emite opinión adversa sobre los estados financieros de la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta, debido a múltiples problemas en la captura y procesamiento de la información contable y financiera y a la falta de depuración de los estados contables. Así, según el concepto emitido por la revisoría fiscal, dichos estados, de acuerdo con los principios de contabilidad generalmente aceptados y el plan general de contabilidad pública, no reflejan razonablemente la situación financiera de la empresa ni el resultado de los estados de actividad económica y social;

-Que el numeral 15 del artículo 189 de la Constitución Política señala como atribución del Presidente de la República la de suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales de acuerdo con la ley;

-Que el artículo 52 de la Ley 489 de 1998, establece que el Presidente de la República podrá suprimir o disponer la disolución y consiguiente liquidación de entidades y

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

organismos administrativos del orden nacional, previstos en el artículo 38 de la citada ley, cuando los resultados de las evaluaciones de la gestión administrativa, efectuados por el Gobierno Nacional así lo aconsejen, o cuando se concluya por la utilización de los indicadores de gestión y eficiencia que emplean los organismos de control y los resultados por ellos obtenidos cada año; situación que se presenta en la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta, incumpliendo con los objetivos señalados en el acto de creación perdiendo así su razón de ser;

(...)"

La Sección Segunda - Subsección A de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia de 26 de septiembre de 2012, al estudiar la legalidad del Decreto 2866 de 2007, señaló que la supresión y liquidación de la ESE Policarpa Salavarrieta se determinó con base en la evaluación técnica del Gobierno Nacional y el Informe de Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral de la Contraloría General de la Nación, instrumentos que demostraron el desequilibrio financiero de la entidad debido a los problemas de gestión y que acumulaba pérdidas operativas, asimismo, que la gestión de la ESE era desfavorable y que no consiguió desarrollar su gestión de manera eficiente, ni logró sus objetivos eficazmente. Que dichas circunstancias corresponden a las descritas en el artículo 52 de la Ley 489 de 1998.

En esas condiciones, es preciso indicar que una de las causas por las cuales el ejecutivo puede determinar la supresión y liquidación de una entidad u organismo administrativo del orden nacional es precisamente que el Gobierno lo estime necesario con fundamento en una evaluación de la gestión administrativa, así como en los indicadores de los entes de control en relación con la gestión y eficiencia de la respectiva entidad, y así aconteció precisamente con la expedición del Decreto 2866 de 2007, el cual sirvió de fundamento para suprimir el empleo de la demandante, ordenamiento que tal como se advirtió anteriormente no será objeto de examen por este Tribunal.

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

7.2 Cargo por desconocimiento del fuero sindical

En el sub examine la demandante manifiesta que gozaba de fuero sindical ya que hizo parte de la Junta Directiva de ASMEDAS Seccional Boyacá, y que por tanto tiene derecho al reintegro por cuanto se suprimió su cargo sin la correspondiente autorización judicial.

El artículo 147 del Decreto 1572 de 1998 dispone:

“Para el retiro del servicio de empleado de carrera con fuero sindical, por cualquiera de las causales contempladas en la ley, debe previamente obtenerse la autorización judicial correspondiente.”.

De la simple lectura de la norma no se infiere que, con anterioridad a la reestructuración administrativa - supresión de cargos -, resulte obligatorio obtener autorización judicial para poder desvincular a un empleado que, exhiba un fuero sindical, pues lo que allí se exige es que antes de proceder a su efectivo retiro del servicio se obtenga el correspondiente permiso judicial, lo cual ocurre normalmente una vez se ha elaborado el respectivo estudio técnico.

De ahí que la misma disposición prevea que el retiro del servicio proceda “por cualquiera de las causales contempladas en la ley”, y la supresión del cargo es precisamente una de ellas.

Se ha dicho que el hecho de ostentar ciertos derechos, como consecuencia de los beneficios que otorgan los distintos regímenes, no impide que la administración adopte medidas necesarias y conducentes a fin de lograr el cumplimiento de ciertos cometidos estatales, como por ejemplo la supresión de cargos en las plantas de personal y, todo ello, para alcanzar los fines esenciales del Estado (artículo 2º de la Constitución Política).

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

Lo anterior sería razón suficiente para que en principio se predique, respecto del caso concreto y particular, la existencia de una justa causa que permite la desvinculación del empleado público amparado por el fuero sindical.

De las pruebas obrantes en el expediente da cuenta la Sala que en efecto la ESE Policarpa Salavarrieta en Liquidación, dando cumplimiento a los artículos tercero y cuarto del Decreto 2143 de 16 de junio de 2008, interpuso oportunamente las correspondientes demandas de levantamiento de fuero sindical.

Y así lo corrobora el apoderado de la misma actora cuando precisa en los numerales 5.8 y siguientes del acápite de hechos de la demanda que “La ESE POLICARPA SALAVARRIETA EN LIQUIDACIÓN, adelantó en contra de la doctora WILMA ESPERANZA PÉREZ CORREDOR proceso de levantamiento del fuero sindical, que correspondió al Juzgado Segundo Laboral de Tunja, Radicación No. 15001310500220080017100 (...) El proceso de levantamiento del fuero, ahora relacionado, se encuentra en la actualidad en periodo probatorio en primera instancia”. (fl. 6)

Efectivamente, el Decreto 2143 de 2008 “por el cual se aprueba la modificación de la planta de cargos de la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta, en Liquidación”, precisó en sus artículos tercero y cuarto lo siguiente:

“Artículo 3º. En defensa de la garantía constituida por el fuero sindical, los siguientes servidores que desempeñan cargos de empleados públicos, se mantendrán temporalmente vinculados hasta la fecha de la ejecutoria de la sentencia que autoriza el levantamiento del fuero sindical; al vencimiento del término de este fuero contemplado en la ley o en los estatutos, o a la terminación del proceso de liquidación, fecha a partir de la cual se entenderán retirados del servicio:

PLANTA GLOBAL				
Nº Cargos	Denominación	Código	Grado	Jornada
4 (Cuatro)	médico	2085	18	4
2 (Dos)	médico	2085	18	5

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

3 (Tres)	médico	2085	18	6
10 (Diez)	Médico	2085	18	8
2 (Dos)	médico especialista	2120	19	6
10 (Diez)	odontólogo	2087	18	4
1 (Uno)	odontólogo	2087	18	6
1 (Uno)	odontólogo	2087	18	8
1 (Uno)	profesional universitario	2044	8	8
3 (Tres)	profesional universitario	2044	11	4
7 (Siete)	profesional universitario	2044	11	8
1 (Uno)	técnico administrativo	3124	15	8
3 (Tres)	auxiliar administrativo	4044	18	8
1 (Uno)	auxiliar administrativa	4044	20	8
1 (Uno)	auxiliar administrativo	4044	22	8
4 (Cuatro)	auxiliar de servicios asistenciales	4056	20	8
16 (Dieciséis)	auxiliar de servicios asistenciales	4056	21	8
7 (Siete)	celador	4097	13	8
4 (Cuatro)	conductor mecánico	4103	19	8
1 (Uno)	secretaria ejecutivo	4210	23	8

Artículo 4º. En defensa de la garantía constituida por el fuero sindical, los servidores que ocupan los 11 cargos de trabajadores oficiales que gozan de esta garantía, se mantendrán temporalmente vinculados hasta la fecha de la ejecutoria de la sentencia que autoriza el levantamiento del fuero sindical; al vencimiento del término de este fuero contemplado en la ley o en los estatutos, o a la terminación del proceso de liquidación, fecha a partir de la cual se entenderán retirados del servicio.”

El Decreto 2143 de 2008 prevé tres opciones para mantener temporalmente vinculados a los servidores que gozan de fuero sindical, como son: hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que autoriza el levantamiento del fuero sindical, al vencimiento del término de este fuero contemplado en la ley o en los estatutos o a la terminación del proceso de liquidación, caso este último que se presentó en el subexamine, en tanto que fue hasta la fecha que se liquidó la ESE Policarpa

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

Salavarrieta que la demandante señora Wilma Esperanza Pérez Corredor estuvo vinculada.

Mediante Decreto 3263 de 31 de agosto de 2009, el Gobierno Nacional prorrogó el plazo de liquidación de la ESE Policarpa Salavarrieta, hasta el 15 de septiembre de 2009.

Así las cosas, por vencimiento del término de liquidación de la ESE Policarpa Salavarrieta en liquidación, cesó el cumplimiento de las funciones propias del cargo que desempeñaba la demandante señora Wilma Esperanza Pérez Corredor, de ahí que quedó desvinculada a partir de esa fecha, es decir del 15 de septiembre de 2009.

Lo anterior deja ver que en este caso no era obligación de la ESE Policarpa Salavarrieta mantener a la demandante en el cargo hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que autorizaba el levantamiento del fuero sindical tal como lo aduce, toda vez que el artículo 4º del Decreto 2143 del 16 de junio de 2008 daba la opción también como ya se dijo, de mantenerla vinculada temporalmente hasta la terminación del proceso de liquidación de la entidad empleadora, tal como ocurrió.

Ahora tal como quedó regulado, la demandante tenía derecho a obtener una indemnización por la terminación de su vinculación, sustitutiva del reintegro, la cual debía comprender los salarios, con sus incrementos y las prestaciones sociales, tanto legales como convencionales. En el expediente obra a folios 531 a 533 Resolución No. 532 de 8 de septiembre de 2009, por medio de la cual se adicionó la Resolución No. 2167 de 2008 y ésta a su vez adicionó la Resolución No. 825 de 2008 expedida por el Apoderado Gerente Liquidador de la ESE Policarpa Salavarrieta, mediante la cual se liquidó las prestaciones sociales definitivas e indemnización de la señora Wilma Esperanza Pérez Corredor, dando así cumplimiento a lo estipulado por la alta Corporación.

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

Así las cosas, no está llamado a prosperar el cargo, teniendo en cuenta que la actora estuvo vinculada hasta la fecha del último plazo para liquidar la ESE Policarpa Salavarrieta, es decir hasta el 15 de septiembre de 2009.

7.3 De los cargos por desconocimiento de la Convención Colectiva de Trabajo

Señala la actora que la administración desconoció integralmente la Convención Colectiva de Trabajo que recoge todos los acuerdos alcanzados entre el Instituto de Seguros Sociales y SINTRASEGURIDADSOCIAL.

Sobre este aspecto se dirá:

A folio 44, obra certificación suscrita por el Coordinador de Talento Humano de la entidad, en la que consta que la señora Wilma Esperanza Pérez Corredor se desempeñó en el cargo de Médico Código 2085 Grado 18, Jornada de 5 horas, y pasó a ser parte de la planta de personal de la E.S.E. Policarpa Salavarrieta, a partir del 26 de junio de 2003, en virtud del Decreto 1750 de 2003.

Por su parte, el Decreto 2143 de 16 de junio de 2008 que modificó la planta de cargos de la E.S.E. Policarpa Salavarrieta, en su artículo primero dispuso la supresión de varios cargos entre ellos el de Médico Grado 2085 de 5 horas.

Mediante Oficio de 4 de julio de 2008 el Apoderado General Liquidador de la E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación informó a la actora lo siguiente:

“En virtud del artículo 12 del Decreto No. 2866 de julio 27 de 2007 y por vencimiento del término de liquidación de la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta en liquidación, quedarán automáticamente suprimidos todos los cargos existentes y terminarán las relaciones laborales de acuerdo con el respectivo régimen legal aplicable, entre ellos el cargo MÉDICO, Código 2085, Grado 18, con intensidad horaria de 5 horas, que usted viene desempeñando, razón por la cual usted cesa el cumplimiento de las funciones propias de dicho cargo y queda desvinculado a partir del 26 de julio de 2008, que será entendido como su último día laborado.

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

Con la supresión del cargo y conforme con lo señalado en el Decreto No. 2866 de julio 27 de 2007, usted tendrá derecho al pago de la liquidación de prestaciones sociales e indemnización a que haya lugar, en los términos y plazos allí señalados.” (fl. 39)

Y a través de Oficio de 7 de septiembre de 2009 se le informó a la actora:

“En virtud de los Decretos No. 2866 de 2007, Decreto 2710 de 2008, Decreto No. 217 de 2009, Decreto No. 581 de 2009, Decreto No. 1928 de 2009 y Decreto 3263 de 2009 y por vencimiento del término de liquidación de la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta en liquidación, quedará automáticamente suprimido el cargo MÉDICO, Código 2085, Grado 18, con intensidad horaria de 5 horas, que usted viene desempeñando, razón por la cual usted cesa el cumplimiento de las funciones propias de dicho cargo y queda desvinculado a partir del 15 de septiembre de 2008, que será entendido como su último día laborado.

En virtud de la supresión del cargo y conforme con lo señalado en el Decreto No. 2866 de julio 27 de 2007, usted tendrá derecho al pago de la liquidación de prestaciones sociales e indemnización a que haya lugar, en los términos y plazos allí señalados.” (fl. 38)

Tal como se establece en el acápite de hechos, específicamente en los numerales 5.4 y 5.5 el retiro de la demandante se concretó con el Oficio de 7 de septiembre de 2009, es decir a partir del 15 de septiembre de 2008.

Mediante Decreto Ley 1750 de 2003 se adelantó la escisión del Instituto de Seguros Sociales y se crearon unas empresas sociales del Estado, entre ellas la E.S.E Policarpa Salavarrieta.

En el artículo 16 dispuso que los servidores de dichas empresas sociales del Estado serían empleados públicos, excepto los que sin ser directivos desempeñaron funciones de mantenimiento de la planta física hospitalaria y de servicios generales, quienes serían trabajadores oficiales; y en el artículo 17 dispuso la incorporación automática sin solución de continuidad.

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

En el artículo 18 señaló que el régimen salarial y prestacional sería el establecido para los empleados públicos de la rama ejecutiva, pero que en todo caso se respetarían los derechos adquiridos.

En relación con éste último punto la Corte Constitucional en sentencia C-314 de 2004, en ejercicio del control de constitucionalidad de la norma en comento, manifestó lo siguiente:

“En la sentencia correspondiente (C-110 de 1994) la Corte explicó los alcances de la norma laboral y señaló que la restricción impuesta a los sindicatos de empleados públicos consistente en la imposibilidad de presentar pliegos de peticiones destinados a celebrar convenciones colectivas de trabajo no era contraria a la Carta Política, pues en dicha prohibición residía una garantía invaluable para la preservación de los intereses públicos: la integridad y continuidad del servicio. Dijo así la providencia en cita:

La restricción consagrada en la norma para los sindicatos de empleados públicos, sobre presentación de pliegos de peticiones y celebración de convenciones colectivas, tiene sustento en el artículo 55 de la Constitución, que garantiza el derecho de negociación colectiva para regular relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley. La que se considera es una de tales excepciones, establecida en norma con fuerza material legislativa.

Obviamente, si los empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas, tampoco pueden declarar ni hacer huelga, lo cual resulta apenas lógico si se tiene en cuenta el vínculo legal y reglamentario existente entre ellos y el Estado. Si pudieran entrar en huelga paralizarían la función pública correspondiente y atentarían contra el interés colectivo, que debe prevalecer según el artículo 1º de la Constitución. La continuidad en el ejercicio de sus funciones resulta esencial para el funcionamiento del Estado. Únicamente bajo esa perspectiva puede garantizarse el logro de los fines estatales a que se refiere el artículo 2º de la Carta. (Sentencia C-110 de 1994 M.P. José Gregorio Hernández Galindo)

En relación con la facultad que tienen los trabajadores oficiales de negociar colectivamente sus condiciones laborales, la misma Corporación hizo las siguientes precisiones:

“Por su parte, para los trabajadores oficiales se encuentra la referencia que se hace al régimen de prestaciones sociales mínimas que debe expedir el legislador y que aparece mencionada en el numeral 19 literal f) del artículo 150 de la Carta Política como una de las leyes marco, lo cual da idea y fundamento para afirmar que bajo esta categoría, los servidores públicos pueden negociar las cláusulas económicas de su vinculación a la administración y que las prestaciones sociales pueden aumentarse convencionalmente en el contrato, así sea por virtud del conflicto colectivo y de la negociación o de la huelga, salvo en materia de servicios públicos esenciales. Sentencia C-484/95, M.P. Doctor Fabio Morón Díaz).

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

De lo dicho se deduce entonces que los servidores públicos adscritos a las empresas sociales del Estado que adquirieron la categoría de empleados públicos y perdieron la de trabajadores oficiales, perdieron con ella el derecho a presentar pliegos de peticiones y a negociar convenciones colectivas de trabajo.

En relación con el desconocimiento del artículo 18 de los derechos adquiridos, la misma providencia señaló:

“El carácter restrictivo de la expresión acusada no proviene únicamente de los dos criterios vistos. Al definir los derechos adquiridos como aquellos que han ingresado al patrimonio del servidor o que han sido causados, el legislador deja por fuera de dicha definición los derechos obtenidos mediante convenciones colectivas de trabajo celebradas por los trabajadores oficiales cuyo régimen fue transformado por el de empleados públicos.

Para analizar dicho punto valga recordar que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo, una convención colectiva es aquella celebrada entre uno o varios patronos o asociaciones patronales y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia, esto es, para establecer el régimen salarial y la regulación de primas, auxilios, horarios, permisos, vacaciones, jubilación, incentivos, vivienda, licencias, becas, indemnizaciones, etc.

Al ser el acto regente de los contratos laborales ejecutados durante su vigencia, la convención colectiva de trabajo es considerada por la jurisprudencia como una verdadera fuente de derechos y obligaciones. Pese a las diferencias que pudieran suscitarse respecto de su naturaleza jurídica, el acuerdo básico al que ha llegado la jurisprudencia es que la convención colectiva de trabajo es ley para las partes, pues entraña la creación de un subsistema jurídico de cobertura restringida al cual deben someterse trabajadores y empleador en el desarrollo de su relación laboral.

De la definición legal se deduce que la convención colectiva es un acuerdo bilateral celebrado entre una o varias asociaciones profesionales de trabajadores y uno o varios patronos para regular las condiciones que regirán los contratos de trabajo, usualmente, buscando mejorar el catálogo de derechos y garantías mínimas que las normas jurídicas le reconocen a todos los trabajadores^[19]. De ahí que la convención colectiva tenga un carácter esencialmente normativo, tal como la ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia.

Ella contiene una serie de disposiciones instituidas para regular las relaciones de trabajo en la empresa. Así, en la convención colectiva se establecen en forma general y abstracta las estipulaciones que rigen las condiciones de los contratos de trabajo, las obligaciones concretas del patrono frente a cada uno de sus trabajadores, como también, las obligaciones que el patrono en forma común adquiere frente a la generalidad de los trabajadores. (Sentencia SU-1185 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil)

Ya que la convención colectiva de trabajo es un sistema jurídico que rige contratos de trabajo determinados, es posible afirmar que, en lo que respecta a los trabajadores cobijados por ella, aquella es fuente de derechos adquiridos por lo menos durante el tiempo en que dicha convención conserva su vigencia. Por lo mismo, dado que la

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

definición prevista en el artículo 18 del Decreto 1750 de 2003 deja por fuera los derechos derivados de las convenciones colectivas de trabajo por el tiempo en que fueron pactadas, aquella resulta restrictiva del ámbito de protección de tales derechos de conformidad con el contexto constitucional y, por tanto, debe ser retirada del ordenamiento jurídico.

De conformidad con lo dicho, esta Corporación estima que la expresión “Se tendrán como derechos adquiridos en materia prestacional las situaciones jurídicas consolidadas, es decir, aquellas prestaciones sociales causadas, así como las que hayan ingresado al patrimonio del servidor, las cuales no podrán ser afectadas”, es inconstitucional por restringir el ámbito constitucional de protección de los derechos adquiridos, el cual, como se vio, trasciende la simple definición contenida en el artículo 18.”

De acuerdo con las anteriores precisiones, acogidas por la sentencia C-349 de 2004 de la misma corporación, se concluye que el cambio de la naturaleza de la vinculación de trabajador oficial a empleado público implicó la pérdida del derecho a presentar pliegos de peticiones y a negociar convenciones colectivas de trabajo; sin embargo, deben respetarse los derechos salariales y prestacionales adquiridos, entendidos como aquellos que han ingresado al patrimonio del servidor.

En esas condiciones, no puede deducirse en el presente caso, que la demandante tenga un derecho adquirido frente a la aplicación tanto del Decreto 2351 de 1965 como del artículo 18 de la Convención Colectiva para su desvinculación, toda vez que no nos encontramos frente a un derecho salarial o prestacional que haya ingresado al patrimonio de la señora Wilma Esperanza Pérez Corredor.

En el mismo orden de ideas, obra a folios 439 a 493 copia de la Convención Colectiva celebrada entre el Instituto de seguros Sociales y el Sindicato Nacional de Trabajadores del Instituto de Seguros Sociales 1996-1999, en la que se distinguen los beneficiarios de dicho instrumento en los siguientes términos:

“Serán beneficiarios de la presente convención colectiva de trabajo los **trabajadores oficiales** vinculados a la planta de personal del Instituto de Seguros Sociales, de acuerdo con lo establecido en las normas legales vigentes y los que por futuras modificaciones de estas normas asuman tal categoría...”

Siendo así, dada la mutación de la relación laboral de la actora, puesto que pasó a ser empleada pública, ya no se encuentra dentro de la hipótesis descritas para

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

efectos de establecer los beneficiarios de la convención colectiva, puesto que es claro que está dirigida a los trabajadores oficiales, y para el momento de la supresión del cargo era empleado público.

En relación con las convenciones colectivas, es preciso señalar que de acuerdo con el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas. En el mismo sentido los empleados públicos no pueden ser favorecidos por los beneficios pactados en las Convenciones Colectivas, bajo la premisa de que ello supone la existencia de un contrato de trabajo, circunstancia que se encuentra regulada por un régimen legal distinto al aplicable a los empleados públicos, y cualquier manifestación que haga extensivos tales acuerdos a los empleados que ostenten aquella calidad, se tendrán como cláusulas ineficaces.

Lo anterior encuentra su fundamento en el tipo de vinculación laboral de los empleados públicos (legal y reglamentaria), que restringe la posibilidad de afectar la facultad de las autoridades de fijar unilateralmente las condiciones del empleo.⁵

Es preciso señalar que la Corte Constitucional mediante sentencia C-377 de 1998, examinó la exequibilidad de la Ley 411 de 1998, y consideró ajustado a la Constitución Política el hecho de que existiera una diferencia entre trabajadores oficiales y empleados públicos, en lo relacionado con el ejercicio del derecho de negociación colectiva, concediendo a los primeros el goce pleno del derecho, y restringiéndolo para los segundos, en razón a que no se puede afectar la facultad de las autoridades (Congreso, Presidente en el plano nacional, asambleas, concejos, gobernadores y a los alcaldes en los distintos órdenes territoriales), de fijar autónomamente las condiciones del empleo.

⁵ Corte constitucional, Sentencia C-201 de 2002

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

En relación con el retiro de los empleados de las empresas creadas en virtud de la escisión del Instituto de Seguros Sociales es preciso tener en cuenta que el artículo 19 del mismo Decreto 1750 de 2003, dispone:

“Artículo 19. Permanencia. Los servidores del Instituto de Seguros Sociales incorporados como empleados públicos a la planta de personal de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto tendrán derecho de acceder a la carrera administrativa a través del proceso de selección que previa convocatoria se adelante para proveer el empleo. Mientras permanezcan en provisionalidad solo podrán ser retirados del cargo por las causales señaladas en el artículo 37 de la Ley 443 de 1998 y demás normas que la modifiquen o adicionen, o por supresión del cargo.”

Dado el cambio de naturaleza de la vinculación, las causales de retiro que se deben atender para los empleados de las nuevas Empresas Sociales del Estado serían las dispuestas para los demás empleados públicos, esto es, las contenidas en la Ley 443 de 1998.

Teniendo en cuenta que el artículo 37 de la mencionada Ley no contempla la supresión de cargos como causal de retiro, la Corte Constitucional consideró que en ese caso debía otorgarse una indemnización a quien estuviere desempeñando el cargo en provisionalidad.⁶

En cumplimiento de lo anterior el Decreto 2866 de 2007 que suprimió la E.S.E. Policarpa Salavarrieta, estableció en el artículo 14 la tabla de indemnización a que tienen derecho los servidores públicos incorporados automáticamente a la planta de personal de la entidad, como empleados públicos, cuyos empleos sean suprimidos como consecuencia de la liquidación de la entidad, y en cumplimiento del mismo se estableció el monto de la indemnización a favor de la actora.

⁶ Sentencia C-349 de 2004.

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

Así las cosas, no está llamado a prosperar el cargo de los derechos adquiridos por la actora con la convención colectiva, toda vez que éstos se tienen como tales hasta que estuvo consolidada la garantía convencional.

7.4 De los cargos por haberse presentado la desvinculación del cargo sin motivación

Señala la demanda que la señora Wilma Esperanza Pérez Corredor fue retirada del servicio a través de acto administrativo inmotivado desde los puntos de vista material y sustancial, aun cuando se consagra la facultad discrecional en relación con los empleos de libre nombramiento y remoción.

El artículo 125 de la Constitución Política consagra como regla general, para la vinculación de servidores públicos, el sistema de carrera “cuya finalidad es la de preservar la eficiencia y eficacia de la función pública, así como garantizar a los trabajadores del Estado la estabilidad en sus cargos y la posibilidad de promoción y ascenso, previo el lleno de las condiciones y requisitos que para el efecto exija la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes”.

Sin perjuicio de esta regla general de carrera administrativa, la misma Carta señala unas excepciones, como son los empleos de elección popular, **los de libre nombramiento y remoción**, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Siendo entonces competencia del legislador expedir las normas que regirán el sistema de carrera en las entidades del Estado (art. 150-23 C.P.), respetando las excepciones ya señaladas.

De conformidad con lo anterior, la Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha fijado unos parámetros o criterios que han de ser observados por la ley para determinar cuándo un cargo es de libre nombramiento y remoción:

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

“(…) como base para determinar cuándo un empleo puede ser de libre nombramiento y remoción, hay que señalar en primer término que tenga fundamento legal; pero además, dicha facultad del legislador no puede contradecir la esencia misma del **sistema de carrera**, es decir, la ley no está legitimada para producir el efecto de que la regla general se convierta en excepción. En segundo lugar, debe haber un principio de razón suficiente que justifique al legislador para establecer excepciones a la carrera administrativa, de manera que la facultad concedida al nominador no obedezca a una potestad infundada. Y, por último, no hay que olvidar que por su misma naturaleza, los empleos que son de libre nombramiento y remoción son aquellos que la Constitución establece y aquellos que determine la ley, (art. 125), siempre y cuando la función misma, en su desarrollo esencial, **exija una confianza plena y total**, o implique una decisión política. En estos casos el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación”.⁷

Siguiendo esta línea jurisprudencial, en la Sentencia C-514 de 1994, esa Corporación señaló que un cargo de libre nombramiento y remoción tiene que reunir las siguientes características: **(i)** de un lado, hacer referencia a funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional y, **(ii)** de otro, referirse a cargos en los cuales **es necesaria la confianza** de los servidores que tienen esa clase de responsabilidades. Al respecto se dijo:

“Siendo la regla general la de la pertenencia a la carrera, según los mandatos constitucionales, las excepciones que la ley consagre solamente encuentran sustento en la medida en que, por la naturaleza misma de la función que se desempeña, se haga necesario dar al cargo respectivo un trato en cuya virtud el nominador pueda disponer libremente de la plaza, nombrando, confirmando o removiendo a su titular por fuera de las normas propias del sistema de carrera. Estos cargos, de libre nombramiento y remoción, no pueden ser otros que los creados de manera específica, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades.” En este último caso no se habla de la confianza inherente al cumplimiento de toda función pública, que constituye precisamente uno de los objetivos de la carrera pues el trabajador que es nombrado o ascendido por méritos va aquilatando el grado de fe institucional en su gestión, **sino de la confianza inherente al manejo de asuntos pertenecientes al exclusivo ámbito de la reserva y el cuidado que requiere cierto tipo de funciones, en especial aquellas en cuya virtud se toman las decisiones de mayor trascendencia para el ente de que se trata.** Piénsese, por ejemplo, en el Secretario Privado del Presidente de la República o en un Ministro del Despacho.

Desde luego, quedan excluidas del régimen de libre nombramiento y remoción las puras funciones administrativas, ejecutivas o subalternas, en las que no se ejerce una

⁷ Sentencia C-195 de 1994 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

función de dirección política ni resulta ser fundamental el *intuitu personae*". Resaltado y subrayado fuera de texto

Con posterioridad, en Sentencia T-132 de 2007 se recordó que en los cargos de libre nombramiento y remoción la confianza representa uno de los aspectos centrales, para la vinculación del servidor:

"Ha manifestado la Corte Constitucional que al "tratarse de personas que ejercen funciones de confianza, dirección o manejo, la permanencia en sus cargos depende, en principio, de la discrecionalidad del nominador." **Este tipo de empleos suponen la existencia de estrechos lazos de confianza** de modo que "el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación."

De esta manera, es claro que la confianza es un criterio subjetivo relevante no solo para establecer si un cargo es de libre nombramiento o remoción, especialmente en aquellos empleos de cualquier nivel jerárquico que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, sino también para determinar el ingreso y la permanencia en el cargo del respectivo servidor público.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, **la facultad discrecional que tiene la administración para desvincular funcionarios de libre nombramiento y remoción no es sinónimo de arbitrariedad ni indica que pueden adoptarse decisiones sin fundamento alguno, toda vez que dicha potestad exige, de un lado, que la decisión responda a los fines de la norma que otorga la facultad y, del otro, la proporcionalidad entre los hechos respecto de los cuales se pronuncia la administración y la consecuencia jurídica que se genera.**

En este caso la desvinculación de la demandante se dio porque simple y llanamente se liquidó la Empresa Social del Estado donde laboraba, situación que conllevó a motivar el acto administrativo demandado no más que con razones de este tipo, de ahí que no puede la parte actora venir a alegar falta de motivación cuando existía

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

una razón de peso para que se produjera su desvinculación, la cual se trataba ni más ni menos que de la supresión y liquidación de la ESE Policarpa Salavarrieta entidad donde laboraba.

Por las anteriores razones el cargo no prospera.

7.5 De la supuesta exigencia de reubicación a los empleados retirados de la ESE Policarpa Salavarrieta

Señala la parte demandante que tratándose de un cargo de carrera administrativa y habiéndose creado una entidad en remplazo de la suprimida, se impone la necesidad de incorporar a los funcionarios retirados en la Nueva EPS, en el Ministerio de Protección Social o en cualquiera de sus entidades adscritas o vinculadas.

El oficio de 24 de noviembre de 2015 obrante a folio 427 acredita que la señora WILMA ESPERANZA PÉREZ CORREDOR, prestó sus servicios en el Instituto de Seguros Sociales hasta el 25 de junio de 2003, toda vez que a partir del 26 de junio de 2003 fue incorporada en la ESE Policarpa Salavarrieta de conformidad con el Decreto 1750 de 2003.

Asimismo se encuentra probado en la certificación de 3 de abril de 2017 vista a folio 529 que la señora WILMA ESPERANZA PÉREZ CORREDOR, estuvo vinculada a la extinta E.S.E. Policarpa Salavarrieta durante el periodo comprendido entre el 26 de junio de 2003 y el 15 de septiembre de 2009.

Y mediante certificaciones obrantes a folios 430 y 431, se constata que la demandante no es ni ha sido trabajadora de la Nueva EPS.

Y es que es lógico porque la Nueva EPS no fue la entidad que como lo quiere hacer ver la demandante remplazó a la ESE Policarpa Salavarrieta para ser reubicados sus

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

empleados, aquella fue autorizada mediante Resolución 371 de 2008 por la Superintendencia Nacional de Salud para que funcionara asumiendo simplemente la afiliación de los usuarios del Instituto de Seguros Sociales ISS desde el 1° de agosto de 2008.

Tal como lo adujo la Jefe de la Oficina Asesora de la Superintendencia Nacional de Salud⁸, la nueva EPS S.A. no es una extensión jurídica del Instituto de Seguros Sociales, pues si bien es cierto que la Nueva EPS es una entidad totalmente diferente de la EPS del Instituto de Seguros Sociales, en lo referente a la prestación de servicios de salud se hizo una ficción jurídica, en aplicación del Decreto 055 de 2007, para que la diferencia existente entre la Entidad Promotora Liquidada y la Entidad Promotora Receptora no afectara la atención en salud de los usuarios.

Así las cosas, el hecho de que se hubiera suprimido y liquidado la ESE Policarpa Salavarrieta, es razón suficiente para que se predique, respecto del caso concreto y particular, la existencia de una justa causa que permite la desvinculación del empleado público, sin que dicha entidad tenga la obligación de reubicarlo.

7.6 Cargos por presunto desconocimiento a la especial protección que el Estado otorga a la mujer cabeza de familia

Respeto a la condición de madre cabeza de familia que alega la demandante le fue desconocida, no se encuentra en el proceso que pueda ser sujeto de protección especial que justifique la estabilidad laboral reforzada por encontrarse en un grupo protegido de manera reforzada por la misma constitución, tanto en el artículo 13 como en el artículo 43. Esto por cuanto no se demuestra que ella sea la responsable de un núcleo familiar.

⁸ Folios 425 y 426

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

Para que pueda alegarse y justificarse una protección especial que crea la ley y la jurisprudencia para las personas que hacen parte de grupos poblacionales que ameritan una especial protección, como son las madres cabeza de familia, los adultos mayores, niños, indigentes, presos en condiciones de hacinamiento, personas con diversa identidad sexual, negritudes, entre otros, se hace necesario demostrar que existe una amenaza a sus derechos, y que dicha amenaza injustificada se hace manifiesta en razón a detentar dicha calidad y en razón a su calidad de persona, con lo que se puede ver posiblemente truncado su proyecto de vida.

Para el caso, la protección que se predica para las mujeres cabeza de familia con personas que se encuentran bajo su responsabilidad, debe comprobar que dicha dependencia tenga alcances económicos y afectivos, como consecuencia de la estrechez que se genera del vínculo familiar. Igualmente debe comprobar que las personas que hacen parte del mismo núcleo familiar no cuenten con la posibilidad de realizar una actividad económica que permita aliviar las cargas que debe asumir toda persona para garantizar su proyecto de vida.

Así lo ha entendido la Corte Constitucional, al señalar los requisitos que deben acompañar a una mujer que alega ser madre cabeza de familia, y ser merecedora de una especial protección:

"De la misma forma conviene aclarar que la condición de madre cabeza de familia no depende de una formalidad jurídica sino de las circunstancias materiales que la configuran. Así, por ejemplo, en la Sentencia C-034 de 1999, MP. Alfredo Beltrán Sierra, la Corte sostuvo que el estado civil de la mujer es irrelevante a la hora de determinar si es o no cabeza de familia porque lo esencial son las cuestiones materiales. Con la misma óptica esta Corporación ha precisado que la declaración ante notario a que hace referencia el parágrafo del artículo 2 de la Ley 82 de 1993 no es exigencia indispensable para efectos probatorios, toda vez que la condición de madre cabeza de familia no depende de dicha formalidad sino de los presupuestos fácticos.

Por otra parte, la Sala advierte que las acciones afirmativas genéricas autorizadas para las mujeres en el artículo 13 de la Constitución se diferencian de la "especial protección" que el Estado debe brindar a las madres cabeza de familia, cuyo fundamento es el artículo 43 de la Carta, pues estas últimas plantean un vínculo de conexidad directa con la protección de los hijos menores de edad o discapacitados, donde es razonable suponer que la ayuda ofrecida redundará en beneficio de toda la

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

familia y no de uno de sus miembros en particular. De hecho, los objetivos de fondo en ocasiones se dirigen también a fortalecer la familia como institución básica de la sociedad."⁸

Son las condiciones fácticas de cada caso las que determinarán si realmente una mujer puede llegar a ser calificada como merecedora de la protección que se predica para las madres cabeza de familia, pues son solamente éstas las que han debido asumir de forma exclusiva el cuidado del grupo familiar que las acompaña.

La parte actora asegura que la ESE Policarpa Salavarrieta le desconoció la especial protección que el Estado le otorga a la mujer cabeza de familia al desvincularla.

Revisado el expediente dirá la Sala que no existe prueba alguna que justifique o demuestre que hay personas que dependen económicamente de la señora Wilma Esperanza Pérez Corredor. No se encuentra acreditado que la demandante deba responder por un núcleo familiar de personas que no tienen la capacidad de definir su opción de vida, es más en el interrogatorio de parte nada se dijo al respecto.

En el caso concreto no se verifica de los hechos relatados una situación de manifiesta desprotección al alegar su condición de madre cabeza de familia, ni que su núcleo familiar dependa, económica o afectivamente, de forma exclusivamente de ella, pues estas son las condiciones que se exigen para que proceda la protección especial de madre cabeza de familia, y le resultase aplicable la estabilidad laboral reforzada, con el fin de hacer extensible la protección que le correspondería como madre cabeza de familia, a los menores o personas en condición de discapacidad que se puedan encontrar a su cargo.

Por esto, se puede comprobar que para el caso el cargo propuesto carece de todo sentido y fundamento, pues no se configura la vulneración o desconocimiento del precedente de la Corte Constitucional, tal como lo sostiene la parte demandante.

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

7.7 cargos por presunta desviación de poder

Además de lo expuesto en precedencia, afirma la actora que el procedimiento de transformación de las entidades y posterior liquidación, se adelantó como efecto de la actuación abiertamente irregular relacionada con el procedimiento antidemocrático del Gobierno Nacional; que la ESE Policarpa Salavarrieta en Liquidación pretende dar por terminada la vinculación laboral de un inmenso número de personas desconociendo derechos laborales, salariales y prestacionales, sin que exista fundamento legal que lo justifique, decisión que atenta en contra de los derechos colectivos derivados de la convención colectiva del trabajo vigente.

La desviación de poder se presenta cuando el fin que persigue un funcionario en ejercicio de sus competencias, es diferente al que pretende la ley con la atribución de estas. La jurisprudencia⁹, la ha definido como aquella que se presenta cuando, una autoridad administrativa, facultada para el efecto, profiere un acto con observancia a los requisitos de forma pero con un objeto distinto al previsto en el ordenamiento jurídico.

Sobre la carga de la prueba en esta materia, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, con ponencia del doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en sentencia proferida el 14 de agosto de 2014 dentro del proceso radicado bajo el número 11001-03-25-000-2012-00208-00(0827-12) promovido por Aldemar Peña Mosquera contra la Procuraduría General de la Nación y TELECOM, explicó:

“(…) La desviación de poder es un vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la Administración, en la búsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe someterse. **Cuando se invoca, necesariamente la prueba ha de encontrarse en circunstancias anteriores a la**

⁹ Ver entre otras: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, radicado N° 25000-23-26-000-1998-02231-01(28036). Actor: Actor: SOCIEDAD TURISTICA LATINOAMERICANA S.A. DE C.V. SUCURSAL COLOMBIA Demandado: ECOSALUD S.A.; C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. 5 de marzo de 2015.



Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

determinación que se acusa, ya que se trata de establecer, precisamente, la intención del funcionario que expide el acto, que es previa a la toma de la decisión.

En relación con esta causal de nulidad, la Sala, en Sentencia de 26 de abril de 2012¹⁰, consideró:

“(…) La desviación de poder consiste en que determinada atribución de que está investida una autoridad, se ejerce no para obtener el fin que la Ley persigue y quiere, sino otro distinto. El acto por el cual el nominador retira del servicio a un funcionario reviste de presunción de legalidad, siendo deber del particular desvirtuarla, en el sentido de comprobar que con su retiro el nominador tuvo en cuenta intereses particulares y caprichosos y, que por tal razón se desmejoró el buen servicio; ya que quien afirme que en su expedición concurrieron razones distintas, está obligado a incorporar la prueba que así lo demuestre. En este sentido, se advierte que la aseveración del actor en torno a la supuesta desviación de poder, impone trascender la órbita de lo objetivo y formal del acto acusado, para trasladarse a la estrictamente subjetiva de las personas que llevan la representación de la Administración, lo que a su turno implica la demostración del vicio de nulidad, que debe aparecer acreditado fehacientemente; ello es, que la autoridad nominadora actuó con fines personales, a favor de terceros o influenciado por una causa adversa al cumplimiento efectivo de los deberes públicos, que el ordenamiento legal le obliga observar. En otras palabras, demostrar la causal de desviación de poder implica llevar al juzgador a la convicción plena de que la intención de quien profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con fines distintos a los previstos por la norma. Cuando se invoca este vicio, necesariamente, la prueba ha de encontrarse en circunstancias anteriores a la determinación que se acusa, pues se trata de establecer, precisamente, la intención del funcionario que expide el acto, que es previa a la toma de la decisión. (…)” (Negrillas fuera de texto).” (Resaltado fuera del texto)

Las supuestas razones de orden político, no pasaron de ser una afirmación de la demanda, carente de toda prueba al igual que lo relacionado con el supuesto desconocimiento por parte de la ESE Policarpa Salavarrieta de los derechos laborales, salariales y prestacionales de las personas desvinculadas.

La carga de la prueba en cuanto a la ilegalidad del acto de supresión, en armonía con el artículo 177 C.P.C., corresponde a quien la alega; los actos administrativos

¹⁰ Radicación número: 68001-23-31-000-2001-02484-02(2587-11) Actor: Antonio José Chacón Pinzón Demandado: E.S.E Hospital Universitario Ramón González Valencia En Liquidación. Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

gozan de presunción de legalidad, y de acuerdo con el artículo 176 ibídem., el hecho legalmente presumido (la legalidad del acto administrativo) se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice. De allí que, como lo ha precisado el Consejo de Estado, al tratar un tema de similares contornos "...Bajo estos supuestos la administración, si lo considera necesario, puede mantener las funciones y suprimir los empleos a los cuales estaban asignadas para conferirlos a otros empleos, si así lo requiere la más adecuada prestación del servicio. Le corresponde a quien impugna la determinación demostrar que con ella no se buscó mejorar el servicio sino afectar sin justificación los derechos de carrera de un determinado empleado..."¹¹.

No prospera el cargo

En conclusión considera la Sala que la actora no logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto y, en consecuencia, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

VII. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

En materia de costas, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A" en sentencia de 7 de abril de 2016, con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, dentro del proceso con Radicación: 13001-23-33-000-2013-00022-01 Número Interno: 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP - Caja Nacional de Previsión Social - Cajanal EICE, en Liquidación, (Hoy liquidada), precisó:

"...El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero Ponente Dr. Jesús María Lemos Bustamante, sentencia de 3 de mayo de 2007, Radicación número: 25000-23-25-000-2000-00008-01(2585-04)

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.
- b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP¹², previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia”.

En este caso se encuentra que las demandadas acudieron con la representación de abogados quienes actuaron contestando la demanda y en la presentación de alegaciones de fondo.

No queda duda que debe condenarse en costas a la demandante por concepto de gastos procesales y agencias en derecho, atendiendo el numeral 3.1.2. del Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura¹³. Los gastos procesales serán liquidados en su oportunidad por la Secretaría en los términos previstos en el artículo 366 y siguientes del Código General del Proceso y en materia de agencias en derecho se tasa el 3% del valor de las pretensiones.

¹² “ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)”

¹³ “Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho” CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO “Primera Instancia. Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia”.

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

En mérito de lo expuesto, la Sala de decisión No. 2 del Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO.- Declarar probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas denominadas “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”, “INEXISTENCIA DE LA FACULTAD Y DEL CONSECUENTE DEBER JURÍDICO DE ESTE MINISTERIO PARA RECONOCER Y PAGAR PRESTACIONES SOCIALES Y DERECHOS CONVENCIONALES, CASO EN ESTUDIO”, “INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DE NUEVA EPS S.A. POR HECHO DE TERCERO”, “LA NUEVA EPS NO PUEDE UTILIZAR RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD PARA FINES DIFERENTES A LOS QUE LA LEY LOS TIENE DESTINADOS” y “COBRO DE LO NO DEBIDO” y no probada la excepción de “NO COMPRENDER A TODOS LOS LITISCONSORTES NECESARIOS O FALTA DE INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO”.

SEGUNDO.- Negar las pretensiones de la demanda presentada por la señora Wilma Esperanza Pérez Corredor contra La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS, por las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO.- Condenar en costas a la parte demandante, cuya liquidación deberá efectuarse en los términos previstos en el artículo 366 y siguientes del Código General del Proceso.

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Wilma Esperanza Pérez Corredor
Demandado: La Nación - Ministerio de Protección Social - E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación - Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. - Sociedad FIDUPREVISORA S.A. y Nueva EPS
Expediente: 150012331002-2010-000902-00

CUARTO.- Como agencias en derecho, se fija el 3% del valor de las pretensiones a cargo de la demandante.

QUINTO.- En firme esta providencia, por secretaria comuníquese a las partes, y de ello déjese constancia.

SEXTO.- Cumplido lo anterior, archívese el expediente y déjese las anotaciones en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI".

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de decisión No. 2 de la fecha.

Notifíquese y cúmplase,



LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

Magistrado



CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ

Magistrada



JOSÉ ASCENSIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Magistrado

Las anteriores firmas hacen parte del proceso radicado No. 150012331002-2010-000902-00