

**República de Colombia**

**Rama Judicial del Poder Público**

**JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**

Medellín, diecisiete (17) de junio de dos mil veinte (2020)

|  |  |
| --- | --- |
| **ACCIÓN** | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO LABORAL  |
| **DEMANDANTE** | MAURICIO FERNANDO MENA HERNANDEZ  |
| **DEMANDADO** | ESE HOSPITAL DEL SUR “GABRIEL JARAMILLO PIEDRAHITA” DE ITAGÜÍ  |
| **RADICADO** | 05001 33 33 001 **2017**-**00287**-00 |
| **INSTANCIA** | Primera |
| **SENTENCIA N°** |  |
| **TEMAS Y SUBTEMAS** | **REESTRUCTURACIÓN DE ENTIDAD TERRITORIAL.** /–. **SUPRESIÓN DE CARGOS**. **REQUISITOS DEL ESTUDIO TÉCNICO. /SITUACIÓN DEL EMPLEO EN PROVISIONAL FRENTE A LAS REFORMAS DE LAS PLANTAS DE PERSONAL.**  |
| **DECISIÓN** | NIEGA SÚPLICAS DE LA DEMANDA |

**i. antecedentes**

**MAURICIO FERNANDO MENA HERNANDEZ** a través de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – LABORAL** instaura demanda en contra de la **ESE HOSPITAL DEL SUR GABRIEL JARAMILLO PIEDRAHITA DE ITAGÜÍ** con el fin de que se resuelvan las siguientes:

**1. PRETENSIONES**

“PRIMERO: Que se declare la Nulidad del Acuerdo No. 16 del 22 de noviembre de 2016, por medio del cual se modifica la planta de personal de la E.S.E. Hospital del Sur de Itagüí “Gabriel Jaramillo Piedrahita”, proferido por la Junta Directiva y notificado al señor MAURICIO FERNANDO MENA HERNANDEZ, en fecha 24 de noviembre de 2016; por tratarse del Acto General que determinó la supresión de cargos y la incorporación de funcionarios a la nueva planta.

SEGUNDO: Que como consecuencia de la anterior declaratoria, se ordenen además la nulidad del oficio con radicado No. 002378 del 23 de noviembre de 2016 (correspondencia interna) de la E.S.E. Hospital del Sur de Itagüí “Gabriel Jaramillo Piedrahita”, y firmado por el Gerente, Doctor Oscar Fernando Jiménez López, mediante el cual se le comunicó al señor MENA HERNANDEZ, la decisión tomada por la Junta Directiva de suprimir mediante Acuerdo No. 16 del 22 de noviembre de 2016, la planta de personal actual y establecer una nueva planta, para cumplir con las funciones y responsabilidades propias de la Entidad; acto administrativo que en su artículo 1° dispuso la supresión del empleo de MÉDICO, Código 211, Grado 10 y la nulidad de la Resolución No. 464 del 05 de diciembre de 2016, por medio de la cual se liquidan de manera definitiva las prestaciones sociales a mi poderdante.

TERCERA. A título de restablecimiento del derecho, SE ORDENE a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL DEL SUR DE ITAGUÍ “GABRIEL JARAMILLO PIEDRAHITA”, el reintegro de mi poderdante sin solución de continuidad a cargo de Médico General que venía desempeñando, o a otro de igual o superior categoría, de funciones y requisitos a fines para su ejercicio.

CUARTO. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, SE CONDENE a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL DEL SUR DE ITAGUÍ “GABRIEL JARAMILLO PIEDRAHITA”, a reconocer y pagar al actor, o a quien represente sus derechos, todas las sumas correspondientes a sueldos, primas, bonificaciones, vacaciones y demás emolumentos dejados de percibir, inherentes a su cargo, con efectividad a la fecha de notificación del acto administrativo, mediante el cual se suprimió el cargo de Medicó General que venía desempeñando, hasta cuando se reincorporado al servicio, incluyendo el valor de los aumentos que se hubieran decretado con posterioridad a su desvinculación.

QUINTA. La condena respectiva, devengará intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, según lo previsto en el artículo 192 del C.C.A.

SEXTA. Se disponga que para todos los efectos legales, no hubo solución de continuidad en la prestación de los servicios de mi poderdante, señor MAURICIO FERNANDO MENA HERNANDEZ, desde cuando fue desvinculado hasta cuando sea efectivamente reintegrado al cargo que venía desempeñando.

SEPTIMA. Que se CONDENE igualmente a la PARTE CONVOCADA a reconocer, liquidar y pagar las COSTAS del proceso, conforme a lo establecido en la Ley 446 de 1998, en concordancia con los criterios de aplicación del artículo 199 del Decreto 2282 de 1989, esto es, las tarifas establecidas para este tipo de procesos a cuota litis en lo atinente a las agencias en derecho y dentro de los lineamientos expuestos en la sentencia C-539 de julio 28 de 1999 de la Honorable Corte Constitucional.

(…)”

**2. HECHOS.**

Se narra en la demanda que el señor MAURICIO FERNANDO MENA HERNANDEZ estuvo vinculado laboralmente con la E.S.E. HOSPITAL DEL SUR GABRIEL JARAMILLO PIEDRAHITA desde el 17 de marzo de 2016 hasta el 23 de noviembre del 2016, siendo el último cargo desempeñado por el accionante el de Médico – Código 211- Grado 10 en provisionalidad, por el cual devengaba un salario de $ 4.190.110 mensuales en el año 2016.

Señala que por medio del Oficio No. 002378 del 23 de noviembre del 2016, la entidad convocada comunicó el retiro en el cargo anteriormente mencionado, dicha decisión debido a que mediante el Acuerdo No. 16 del 22 de noviembre de 2016 se suprimió este cargo, produciéndose asi el retiro del servicio.

Indica que el día 24 de noviembre de 2016, mientras se disponía para salir a cumplir turno nocturno en la institución, una empleada de la misma lo llamo y le informó que en la última reunión que había tenido la Junta Directiva del Hospital, habían decidido removerlo de su cargo, que por lo tanto no debía presentarse a trabajar, sin embargo el demandante hizo caso omiso a esta llamada y se dirigió al lugar de trabajo donde se le notifico el contenido del Acuerdo No. 16 del 22 de noviembre de 2016, indica que durante el tiempo laborado cumplió cabal y fielmente todas sus obligaciones, además de contar con todos los requisitos necesarios para desempeñar el cargo.

Manifiesta que mediante oficio radicado bajo el número 000122 del 25 de enero de 2017 y firmado por el Gerente de la entidad demandada fue citado para ser notificado del acto administrativo No. 464 del 05 de diciembre de 2016, a través del cual se le liquidaron de manera definitiva las prestaciones sociales.

**3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

Aduce que no obstante en los funcionarios que se encuentran desempeñando cargos de carrera administrativa en provisionalidad, existe una protección menor que la que tienen los funcionarios inscritos a ella, y que en virtud de esto gozan de una estabilidad relativa, cuando se presenta un proceso de restructuración en la entidad en la que prestan sus servicios, estos ostentan unos derechos, en cuanto a ocupar los cargos vacantes que queden luego de haber ubicado a las personas inscritas en carrera administrativa.

Explica que de acuerdo a la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, cuando se declara insubsistente a una persona que ocupa un cargo en provisionalidad, el acto administrativo debe ser motivado, toda vez que esto garantiza el debido proceso y el derecho de defensa del funcionario, indicando de manera clara, detallada y precisa las razones por las cuales se prescindió de sus servicios.

Manifiesta que con el acervo probatorio que se allegará al proceso, se demostrará que el acto administrativo demandado, por medio del cual se suprimió el empleo que venía desempeñando el actor, adolece de un vicio de nulidad absoluta, toda vez que se da en él una falsa motivación, por cuanto el cargo del actor no fue realmente suprimido, ni llenado la vacante por un funcionario inscrito en carrera administrativa, por el contrario para ese cargo se hizo vinculación a través de contrato sindical. Por lo anterior este vicio tiene vocación de prosperidad.

Adicionalmente se debe tener en cuenta que al accionante se le informo que su desvinculación se debía a la supresión del cargo y no por la reintegración a la nueva planta de empleos, por lo que la presunción de legalidad de los actos queda desvirtuada.

Expone que el acto administrativo por medio del cual se desvinculo al actor debió haber traído la posibilidad de interponer los recursos que obliga la ley, lo anterior teniendo en cuenta que el Acuerdo No. 16 es un acto general que no admite recursos y así se está vulnerando el derecho de defensa y contradicción del poderdante.

Arguye que los actos administrativos demandados desconocen y violan la Constitución Política (artículos 1, 25, 29, 53 y 209), las normativas de carrera administrativa Ley 909 de 2004 y

Decretos Reglamentarios como el Decreto 1083 de 2015 y el Decreto 1227 de 2005.

Por ultimo trae a colación Jurisprudencia de la Corte Constitucional relacionada con la desvinculación de personas nombradas en provisionalidad en empleos de carrera administrativa.

**4. POSICIÓN DE LA DEMANDADA.**

Se opone a las pretensiones de la demanda, indica cuales hechos son ciertos, cuales no y cuales lo son parcialmente, trayendo los siguientes argumentos de defensa y excepciones:

**- Expedición legal de los actos**. Indica que todos los actos administrativos, tanto el acuerdo como el comunicado que se fundamentó en el estudio técnico y suprimió el cargo, fueron expedidos en uso de las facultades legales conferidas en el Acuerdo 16 del 22 de noviembre de 2016. Esto indica que el estudio técnico se realizó bajo los parámetros legales y la metodología adecuada, en concordancia con el Decreto 1227 de 2005, Titulo VII, artículo 97. Así las cosas, como la ESE Hospital del Sur “Gabriel Jaramillo Piedrahita” actuó aplicando materialmente en la institución cada uno de los requisitos legales para realizar el estudio técnico, se constituyó en una causal legal para terminar el vínculo, el retiro del cargo “por supresión” según el artículo 41, literal L) de la Ley 909 de 2004. En consecuencia, se opone a las pretensiones de la demanda porque los actos administrativos fueron expedidos de forma legal, conforme a derecho y en uso de las facultades de retiro que permite el orden jurídico.

**- Cobro de lo no debido**. Señala que hay cobro de lo no debido, porque la ESE Hospital del Sur “Gabriel Jaramillo Piedrahita” actuó conforme a derecho, expidió actos administrativos en uso de facultades legales y después de realizar el estudio técnico que arrojó como resultado la supresión del cargo de la parte actora, aplicó una causal legal de retiro que fue la del artículo 41 literal L) de la Ley 909 de 2004, esto es, la supresión. Así las cosas, indica que como la entidad actuó legalmente en la expedición de los actos administrativos demandados y la parte demandante no desvirtuó la presunción de legalidad de los mismos, demostrando las causales de nulidad que aduce contra ellos, estamos en presencia de un cobro de lo no debido, porque no se puede cobrar lo que no se debe, toda vez que si se actuó según la ley no hay lugar al pago de salarios dejados de percibir, prestaciones sociales, pagos a la seguridad social y reintegro, conforme a las pretensiones de la parte actora.

**- Inexistencia de la obligación**. Indica que no le asiste obligación a la ESE Hospital del Sur “Gabriel Jaramillo Piedrahita” para el pago de las prestaciones, salarios ni al reintegro del actor, porque se actuó en uso de facultades legales y el estudio se realizó conforme a la ley, al igual que todo el proceso de supresión fue llevado a cabo con las garantías del debido proceso.

**- Presunción de legalidad del acto administrativo.** Aduce que los actos administrativos demandados gozan de la presunción de legalidad del acto administrativo en los términos del artículo 88 de la Ley 1437 de 2011, pues la ESE Hospital del Sur “Gabriel Jaramillo Piedrahita” dio cumplimiento a la normativa de los artículos 95 y siguientes del Decreto 1227 de 2005, lo que se refleja en la motivación del acto administrativo el cual se soportó en el estudio técnico que cumplió con todos los requisitos exigidos por la ley, es decir, el acto administrativo se sustentó en el estudio técnico que demostró la necesidad de la supresión del cargo. De lo anterior se concluye que las pretensiones deben ser negadas por la inexistencia de incursión en causales de nulidad que afecten su validez y legalidad.

**5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.**

**5.1. Parte demandante.** Solicita que se declare la nulidad de los actos administrativos demandados, indicando que los mismos adolecen de falsa motivación argumentando que el cargo del actor no fue realmente suprimido, ni llenado por una persona que se encuentre inscrita en carrera administrativa, por el contrario se realizó vinculación a través de contrato sindical.

Relaciona los mismos argumentos expuestos en el concepto de violación de la demanda en cuanto a que no se permitió interponer los recursos de ley vulnerándose su derecho de defensa y contradicción.

Aduce que no obstante en los funcionarios que se encuentran desempeñando cargos de carrera administrativa en provisionalidad, existe una protección menor que la que tienen los funcionarios inscritos a ella, y que en virtud de esto gozan de una estabilidad relativa, cuando se presenta un proceso de restructuración en la entidad en la que prestan sus servicios, estos ostentan unos derechos, en cuanto a ocupar los cargos vacantes que queden luego de haber ubicado a las personas inscritas en carrera administrativa.

Explica que de acuerdo a la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, cuando se declara insubsistente a una persona que ocupa un cargo en provisionalidad, el acto administrativo debe ser motivado, toda vez que esto garantiza el debido proceso y el derecho de defensa del funcionario, indicando de manera clara, detallada y precisa las razones por las cuales se prescindió de sus servicios.

Frente a los hechos probados afirma que si bien el retiro del actor está sustentado en un aparente estudio técnico, lo que realmente sucedió es que se hizo una supresión de empleos para luego hacer una tercerización de los profesionales con relación a los mismos cargos que había suprimido, esto se encuentra sustentado en el contrato colectivo laboral aportado (PS-010-2017) suscrito entre la entidad demandante y el Sindicato de Trabajo del Sector Salud, el cual tenía por objeto la prestación de los servicios de profesionales de la salud a través de los afiliados participes adherentes al sindicato en la ejecución de los procesos y procedimientos de atención de área de urgencias y hospitalización, con plena autonomía laboral, técnica y administrativa. Aduce que este contrato tuvo un valor de 110.657.550, con una duración de cuatro meses y se le hizo un otrosí por valor de 33.000.000, esta adición se justificó en que: “Que como consecuencia del estudio de reestructuración de la planta de personal de la E.S.E. Hospital del Sur Gabriel Jaramillo Piedrahita, se implementaron unas modificaciones a la planta de personal mediante el acuerdo No. 16 del 22 de noviembre del año 2016, debido a la categorización por tercer año consecutivo como un Hospital de ALTO RIESGO, por parte de la Superintendencia de Salud, lo cual evidencio dentro de los análisis financieros unos elevadísimos costos generados por la planta de personal del Hospital debido al factor prestacional que para el sector público es un promedio entre el 75% y el 79%. De lo anterior se deriva la necesidad de contratar los turnos que se generen para cubrir las noches, fines de semana y vacaciones, por las horas que garanticen la prestación de servicios de personal médico.” Afirma entonces que si es cierto que se suprimieron los cargos médicos, como el que desempeñaba el actor, para de manera inmediata vincular personal para cumplir estas funciones.

**5.2. Parte demandada:** Reitera lo dicho en la contestación a la demanda, indicando que los actos administrativos gozan en su integridad de la presunción de legalidad propia de los mismos y que en ninguna instancia de este proceso se logró desvirtuar dicha presunción; por el contrario, se constató que las razones fácticas y jurídicas que sirvieron de sustento a dichos actos administrativos, son ajustadas a la realidad de la entidad y se constituyen en motivación suficiente y verídica para retirar del cargo al demandante, sin vulnerar en ninguna medida principios constitucionales o legales. Por eso concluye que no le asiste razón alguna a la parte actora en las pretensiones que persigue con esta Litis.

Indica que la decisión de supresión del cargo no fue arbitraria ni carente de motivación, pues se basó en Resoluciones emitidas por el Ministerio de Salud y Protección Social que categorizaron a la ESE en un Riesgo financiero y fiscal alto, lo que obligó a la adopción de un plan de saneamiento financiero y fiscal, realizado propendiendo por seguir manteniendo como norte la prestación del servicio público de salud a la comunidad más vulnerable, que son las personas de más bajos recursos en el municipio de Itagüí como usuarios principales. Para ello se requería tener en cuenta políticas directivas para disminuir el gasto, analizando cada servicio prestado, y la necesidad de todo el personal que cumplía tales funciones, arrojando como resultado, que el Hospital podía continuar prestando el servicio público de salud, con igual cobertura, y acceso, disminuyendo la planta de cargos, y destinando este rubro a la adquisición de medicamentos y elementos indispensables para la atención de los pacientes. Indicando que el retiro del demandante del cargo no ocasionó una parálisis en la prestación del servicio de salud, inversamente, el mismo contribuyó para garantizar la continuidad del mismo, puesto que con la reducción de gastos, se permitió seguir respondiendo a los objetivos consagrados en el artículo 4 del Decreto 1876 de 1994, y a brindar acceso, continuidad y calidad en los servicios de salud.

Agrega que el carácter del nombramiento que ostentaba el demandante era en provisionalidad, por tanto su retiro podía efectuarse sin tantas solemnidades como si fuese un empleado de carrera, pero aun así el acto administrativo que lo retiró del cargo fue motivado y acorde a situaciones jurídicas y fácticas reales. Así, señala que acorde con las necesidades del servicio de salud, se realizó la contratación del actor, pero en el momento en que es insostenible la carga prestacional para la ESE Hospital del Sur, se hizo necesario prescindir de sus servicios, no sin antes evaluar detenidamente la situación del demandante y realizar el retiro conforme lo indica la Constitución y la ley.

Aduce que el estudio técnico se ajusta a los estándares mínimos indicados por la ley y las diferentes guías adoptadas por el Departamento Administrativo de la Función Pública, toda vez que dentro del mismo se efectúa un análisis de la entidad, se establecen normas y directrices que modifican la estructura y la planta de personal de la ESE, la misión, la visión y objeto social de la entidad, la planta de personal actual para ese momento y la propuesta, el mapa de procesos, las funciones generales y las situaciones que precipitaron cambios en la entidad, los riesgos a los que se estaba expuesta conforme al análisis financiero, costos y cargas de trabajo, midiendo cantidad y tiempo asignado a cada funcionario y determinando cuales eran absolutamente necesarios; esto conforme a las metodologías de diseño organizacional y ocupacional indicadas por la ley. Por lo anterior, solicita se nieguen las súplicas de la demanda.

**6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.**

El delegado del Ministerio Publico no rinde concepto en el presente caso.

Como no se observan causales de nulidad que impidan abordar la decisión, se hará el pronunciamiento conforme con las siguientes,

**II. CONSIDERACIONES**

**1. PRESUPUESTOS PROCESALES**

Revisando los presupuestos procesales, para el caso concreto, se cumplen cada uno de ellos:

**- Competencia:** El Despacho es competente para conocer del medio de control, en virtud de lo establecido en el numeral 2º artículo 155 y en el numeral 3 artículo 156 del CPACA.

**- Legitimación:** No existe duda pues ambas partes acuden en ejercicio del derecho de postulación; encontrándose legitimado por ACTIVA el demandante al considerarse afectado con el acto administrativo atacado y por PASIVA, la entidad accionada pues es quien expide la actuación.

**- Requisitos y Trámite:** La demanda reúne los requisitos de los artículos 161 y S.s. del CPACA. Y se impartió el trámite regulado en el Título IV, artículos 168 y siguientes del CPACA.

**- Nulidades:** No avizora el Despacho nulidad alguna que deba declarase en este momento procesal.

**- Agotamiento de los recursos.** Se encuentran debidamente agotados, conforme lo establecen los artículos 74 y S.s. y 161 del CPACA., pues en el caso concreto el acto administrativo atacado no concede recurso alguno, quedando agotada la vía gubernativa.

**2. EXCEPCIONES.**

Las excepciones propuestas se resolverán con el fondo del asunto considerando la íntima relación que guardan con el mismo, tal como se manifestó en la audiencia inicial.

**3. PROBLEMA JURÍDICO.**

Se contrae a establecer si por incurrir en la violación de las normas citadas y configurar las causales invocadas hay lugar a declarar la nulidad parcial del Acuerdo No. 16 del 22 de noviembre de 2016 y la nulidad del oficio 002378 del 23 de noviembre de 2016 o si por el contrario dichos actos se ajustan a la legalidad.

Derivado del eventual éxito de esta pretensión declarativa deberá el despacho pronunciarse sobre las pretensiones resarcitorias.

**4. MARCO JURÍDICO QUE RIGE EL CONFLICTO.**

**4.1. De la Función pública y la clasificación de los empleos públicos en Colombia.**

La Constitución Política trato sobre la Función Pública en todo el Capítulo 2º, esto es, de los artículos 122 a 131, cambiando claramente la forma en que los empleados públicos se vinculan con la actividad estatal, en razón a que se estipulo en el artículo 125 el principio de carrera administrativa aplicable a los servidores públicos, siendo esencial a dicho principio el concurso de méritos, y se consagró igualmente en la mencionada norma la forma de retiro de estos servidores.

Así pues, el artículo 125 dispuso:

*“Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.*

*Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.*

*El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.*

*El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.*

*En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.”*

Adicionalmente en el artículo 209 se prescribe, que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de las funciones; con lo que estos principios se les otorgo un rango constitucional, puesto que hasta el momento solo encontraban consagración legal.

El Consejo de Estado en Sentencia de Unificación del 4 de agosto de 2010, con ponencia del doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren[[1]](#footnote-1), realiza un recuento normativo de las normas producidas con posterioridad a la constitución, relacionadas con el empleo público.

Del recuento normativo que realiza el Consejo de Estado referente a las normas expedidas relacionadas con el ingreso al servicio público, se concluye lo siguiente: (a) los empleos en los órganos y entidades del Estado son generalmente de carrera, los cuales se proveen a través del sistema de concurso público, excepto los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determina la ley. De igual forma, **el retiro del servicio público** sucede por la calificación no satisfactoria en el desempeño del cargo, por violación del régimen disciplinario **y por las demás causales previstas en la ley**; (b) mientras se surten las etapas de un concurso de méritos, puede acudirse a los nombramientos provisionales; y finalmente (c) en nuestro ordenamiento jurídico existen sistemas especiales y específicos de carrera, los cuales encuentran diferencias fundamentalmente en que en los primeros se puede aplicar en forma supletoria las normas que gobiernan el sistema general de carrera, sin embargo en los segundos no, salvo que en forma expresa, así se disponga.

Por su parte, el artículo 5º de la Ley 909 de 2004[[2]](#footnote-2), dispone la forma de clasificación de los empleos públicos, disposición que permite establecer que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, provistos mediante el sistema de concurso público, excepto los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determina la ley y en tal sentido, se tiene que, en principio, los cargos de carrera deben ser provistos mediante un proceso de selección denominado concurso de méritos, y sólo cuando se presenta una vacancia -temporal o definitiva- en el cargo, se autoriza el nombramiento en provisionalidad, mientras se surten las etapas del concurso de méritos.

**4.2. De la terminación del empleado provisional.**

Existen tres clases de nombramientos, estos son: ***i) el ordinario, ii) en período de prueba, y iii) en provisional[[3]](#footnote-3).***

Así pues, los empleos de libre nombramiento son nombrados ordinariamente[[4]](#footnote-4); el período de prueba es una de las etapas de la provisión de empleos por el sistema de concurso de méritos[[5]](#footnote-5); y los nombramientos tendrán carácter provisional, cuando se trate de aprovisionar temporalmente empleos de carrera con personal no seleccionado de acuerdo con la reglamentación de la respectiva carrera[[6]](#footnote-6).

Frente a la terminación del vínculo de un empleado con nombramiento en provisionalidad antes de la expedición de la Ley 909 de 2004, se tenía que dado que el empleado en provisionalidad, no había ingresado al servicio público por concurso de méritos, no adquiría el fuero de estabilidad de las personas que ingresaban por mérito a los empleos de carrera administrativa luego de culminar satisfactoriamente las diferentes etapas del concurso, por lo que analógicamente se entendían como que ingresaron al servicio por nombramiento ordinario, de lo que surge que su retiro del servicio procedía discrecionalmente, y no reglado, es decir, sin necesidad de motivación, pues se decía que el retiro estaba precedido de razones objetivas plenamente justificadas en el interés general y en esta medida el acto se presumía inspirado en razones del buen servicio.

A pesar de lo anterior, con la expedición de la Ley 909 de 2004, esta situación fue modificado, en este sentido, se entendió que el acto de desvinculación del servidor público provisional debía ser motivada, pues del parágrafo del artículo 41[[7]](#footnote-7), se dedujo que la pauta respecto del retiro de *“los empleos de carrera”* es la facultad reglada, esto es, la terminación del empleo debe estar de acuerdo con las causales consagradas en la Constitución y la ley, y mediante acto motivado, explicándose que cuando el legislador hace alusión a los empleos, ha de entenderse que está haciendo referencia al cargo, y no a quien lo desempeña, puesto que se aplica el artículo independientemente de que el empleado sea o no de carrera, es decir, tanto para empleados en carrera como para empleados vinculados en provisionalidad, sólo advirtiendo que el cargo que se trata sea uno de los que corresponden a la carrera administrativa.

Posteriormente, el Decreto 1227 de 2005 reglamentario de la Ley 909 de 2004, introdujo de manera expresa en el artículo 10, la motivación para la dar por finalizado un nombramiento en provisionalidad, pero solo cuando esa terminación se haga antes de cumplirse el término de duración. Se prescribió en este aspecto, lo siguiente: *“[…] antes de cumplirse el término de duración (…) del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlo por terminado” (subraya y negrilla del despacho).*

De acuerdo a estas normas se tiene que el nombramiento en provisionalidad es excepcional y procede cuando no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos para ser nombrados en encargo y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada y sólo se podrá declarar insubsistente el nombramiento, antes de cumplirse el término de duración, mediante acto motivado.

En este sentido, la Ley 909 de 2004 y su Decreto Reglamentario 1227 de 2005, le dieron plenos efectos a los términos de duración de los nombramientos en provisionalidad, al indicar que éstos no pueden ser superiores a seis (6) meses de duración, termino dentro del cual, se deberá convocar el empleo a concurso, autorizando la prórroga de los nombramientos provisionales hasta cuando dicha convocatoria pueda ser realizada, de tal manera que, sólo mediante acto motivado, el nominador podrá darlos por terminados, antes del vencimiento del término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional.

De acuerdo al artículo 8 del Decreto 1227 de 2005, la Comisión Nacional del Servicio Civil, debe resolver las solicitudes de autorización para encargos o nombramientos provisionales o su prórroga, dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de la solicitud, si en este término la Comisión no se pronuncia, con el fin de garantizar la prestación del servicio, el nombramiento o encargo se entenderán prorrogados o la entidad solicitante podrá proceder a proveer el empleo, según sea el caso.

En síntesis, se tiene entonces que la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1227 de 2005 implantaron la obligación de motivación del acto de desvinculación de un empleado nombrado en provisionalidad, situación que modifica de forma sustancial el régimen anterior (Ley 443 de 1998 y sus decretos reglamentarios) e incide de manera favorable en las condiciones laborales de los empleados provisionales, pues, de la discrecionalidad se avanza hacia la separación del servicio por causas justificadas.

Sobre el particular el Consejo de Estado en 23 de septiembre de 2010[[8]](#footnote-8), reiterada en sentencia del 21 de marzo de 2013[[9]](#footnote-9), reseñó lo siguiente:

*(…)*

***La motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, aún respecto de aquellos cuyo nombramiento se haya producido en vigencia de la Ley 443 de 1998, y su desvinculación ocurra luego de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se justifica en atención a que, de acuerdo con el parágrafo 2º del artículo 41 de la citada Ley 909 de 2004 (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los empleos de carrera (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser MOTIVADO[[10]](#footnote-10), de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en empleos de libre nombramiento y remoción, la cual se efectuará mediante acto no motivado*** *(inciso segundo parágrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004).*

*Así las cosas, de acuerdo con lo previsto en los artículos 13, 123 y 125 de la Constitución Política, 3º y 41 de la Ley 909 de 2005 y 10 del decreto 1227 del mismo año, el retiro del servicio de los empleados que ocupen en la actualidad cargos de carrera en provisionalidad, debe ser justificado mediante la expedición de un acto administrativo motivado, y para ello, la administración no debe considerar la fecha en la que se produjo la vinculación a través del nombramiento en provisionalidad, esto es, si fue o no con anterioridad a la vigencia de la nueva normatividad de carrera administrativa, pues ello implicaría un tratamiento desigual en detrimento incluso del derecho al debido proceso (en el aspecto del derecho a la defensa) respecto de aquellos cuyos nombramientos de produjeron en vigencia de la Ley 443 de 1998.*

*La motivación del acto de retiro del servicio frente a servidores que estén desempeñando en provisionalidad empleos[[11]](#footnote-11) de carrera administrativa, y que de manera expresa exige el legislador, luego de entrada en vigencia la Ley 909 de 2004, obedece a razones de índole constitucional que ya la Corte había precisado, y se traduce en la obligación para la administración de prodigar un trato igual a quienes desempeñan un empleo de carrera, el que funcionalmente considerado determina su propio régimen, que para los efectos de los empleados provisionales hace parte de sus garantías laborales, entre ellas la estabilidad relativa, en la medida en que su retiro del servicio se produce bajo una competencia reglada del nominador, por causales expresamente previstas (art. 41 Ley 909 de 2004, art. 10 Dec. 1227 de 2005), y que justifican la decisión que debe producirse mediante acto motivado. (Negrillas del Despacho).*

De acuerdo a la jurisprudencia, se ha entendido que la discrecionalidad para remover empleados solamente aplica respecto de aquellos de libre nombramiento y remoción (inciso segundo parágrafo segundo artículo 41 Ley 909 de 2004), y frente a los empleados nombrados en provisionalidad, estos están cobijados por las exigencias de la motivación en el acto de desvinculación y la misma debe obedecer a una de las causales de retiro contempladas en la Constitución o la ley.

Por lo anterior, la desvinculación del servicio de las personas que se encuentren nombradas en provisionalidad ocupando un empleo de carrera, se produce mediante la declaratoria de insubsistencia del nombramiento y conforme a la regulación contemplada en la ley.

**4.3. Situación del empleo en provisionalidad frente a las reformas en las plantas de personal.**

Reiterando lo dicho en precedencia, el nombramiento en provisionalidad se da cuando el empleo se encuentra en vacancia y por razones del servicio debe ser proveído, mientras se pueda ocupar por el sistema legalmente previsto para ello, esto es, concurso de méritos.

La Jurisprudencia ha entendido que los empleados nombrados en provisionalidad no gozan de un fuero de estabilidad asimilable a los empleados de carrera, sin embargo no pueden asemejarse a la condición de los empleados de libre nombramiento y remoción; por lo que, si bien el nombramiento en provisionalidad puede ser declarado insubsistente, basado en necesidades del servicio, dicho acto debe tener motivación. Lo anterior ha permitido afirmar que los empleados públicos vinculados de manera provisional tienen estabilidad relativa y, ello, aunque no los equipara a empleados inscritos en carrera, tampoco los coloca en el rango de empleados de libre nombramiento y remoción.

Frente a la estabilidad de un empleado público, se opone la necesidad del Estado de adelantar procesos de restructuración a fin de cumplir sus fines esenciales, para lo cual debe acoger las medidas necesarias que permitan efectivizar la prestación del servicio, casi siempre representado en una reducción del aparato estatal, por lo cual se le faculta para realizar supresiones de cargos.

Bajo esta figura el cargo de carrera puede ser eliminado para cumplir con los fines esenciales del Estado y así hacer prevalecer el interés general sobre el particular, no obstante, entendiendo que la carrera administrativa implica unas prerrogativas a favor del empleado, la Ley contempla un resarcimiento del perjuicio, verificado en la posibilidad de ser reincorporado a la planta de personal en un cargo equivalente, o recibir una indemnización. En este sentido, se estableció el derecho de opción, consistente en que el empleado de carrera a quien se le suprima el cargo como consecuencia de la restructuración de la planta de personal de la entidad, podrá optar por ser incorporado a empleos iguales o equivalentes o a recibir una indemnización.

Empero, los servidores públicos provisionales no puede acogerse a las mismas garantías con que cuenta el empleado en carrera, pues su nombramiento en provisionalidad no puede ser equivalente al nombramiento en carrera, en razón a esto, si el acto administrativo que desvincula un empleado provisional se quiere conforme al ordenamiento jurídico, deberá cumplir con los requisitos que han sido previamente establecidos por la Ley y la Jurisprudencia y, concretamente si se trata de su terminación por supresión del empleo, causal de retiro que se encuentra en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, es claro que esta se constituye en una razón justa de retiro del servicio, siempre y cuando el proceso realizado por la entidad pública para llevar a cabo la supresión del empleo, cumpla con los normas que regulan esta situación.

**4.4. Normativa que regula las modificaciones y restructuraciones de las plantas de cargos.**

De acuerdo a lo estipulado en el artículo 125 Superior, el trabajo es considerado un derecho fundamental, y su estabilidad corresponde a uno de los principios mínimos que debe contener el Estatuto del Trabajo, el cual debe ser expedido por el Congreso de la Republica como lo prescribe el artículo 53 ibídem, sin embargo de acuerdo a la reiterada Jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, la supresión de cargos de carrera administrativa puede considerarse como violatorio de los artículos mencionados.

Por lo que, teniendo presente lo dispuesto en el artículo 209 Constitucional, los entes y órganos públicos están facultados para ajustar su funcionamiento a las necesidades del servicio, situación que legitima la posibilidad de crear, modificar, reorganizar y suprimir los cargos de su planta de personal, esto cuando las necesidades públicas o las restricciones económicas lo impongan, por lo que se concluye que la restricción de cargos está autorizado constitucionalmente.

En cuanto a la supresión de cargos la Corte Constitucional en Sentencia C-095 de 1996[[12]](#footnote-12), se puede producir por diversas circunstancias, dentro de las cuales se encuentran: (i) fusión o liquidación de la respectiva entidad pública, reestructuración de la entidad, modificación de la planta de personal, reclasificación de empleos; (ii) por políticas de modernización del Estado en aras de hacer más eficaz la prestación del servicio; (iii) para controlar el gasto público, entre otras, pero en todo caso, debe fundamentarse esta medida en criterios de razonabilidad, proporcionalidad y prevalencia del interés general, sin dejar de lado la protección de los derechos del trabajador, tal como lo ha sostenido la guardiana de Carta Política desde tiempo atrás.

A su vez, el artículo 46 de la Ley 909 de 2004 modificado por el artículo 228 del Decreto 19 de 2012, dispuso sobre las reformas a las plantas de personal:

*“****REFORMAS DE PLANTAS DE PERSONAL.*** *<Artículo modificado por el artículo 228 del Decreto 19 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Las reformas de plantas de personal de empleos de las entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, deberán motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren, elaborados por las respectivas entidades bajo las directrices del Departamento Administrativo de la Función Pública y de la Escuela Superior de Administración Pública - ESAP-.*

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

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

La anterior disposición fue reglamentada por el Decreto 1227 de 2005 que en sus artículos 95 a 97, prescribe:

*“****ARTÍCULO 95****. Las reformas de las plantas de empleos de las entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial deberán motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren.*

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

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

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

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

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

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

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

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

*96.7. Introducción de cambios tecnológicos.*

*96.8. Culminación o cumplimiento de planes, programas o proyectos cuando los perfiles de los empleos involucrados para su ejecución no se ajusten al desarrollo de nuevos planes, programas o proyectos o a las funciones de la entidad.*

*96.9. Racionalización del gasto público.*

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

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

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

***ARTÍCULO 97.*** *Los estudios que soporten las modificaciones de las plantas de empleos deberán basarse en metodologías de diseño organizacional y ocupacional que contemplen, como mínimo, los siguientes aspectos:*

*97.1. Análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo.*

*97.2. Evaluación de la prestación de los servicios.*

*97.3. Evaluación de las funciones, los perfiles y las cargas de trabajo de los empleos.”*

Por su parte, el Decreto 785 del año 2005 determino el sistema de nomenclatura y clasificación de funciones y requisitos generales de los empleados de las entidades territoriales reguladas por la Ley 909 con su respectiva modificación.

Este Decreto, fue reglamentado por el Decreto 2484 de 2014, que prescribió los factores que deben tenerse en cuenta para determinar los requisitos específicos de los empleos en los respectivos manuales de funciones y de competencias, otorgándole en su artículo 9º a las entidades territoriales, 6 meses para que ajustaran dichos manuales.

Ahora bien, en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 5º de la Ley 1551 de 2012, dentro del marco de los principios de coordinación, complementariedad, sostenibilidad, economía y buen gobierno, los municipios contarán con el apoyo de la Escuela Superior de Administración Pública - ESAP - en la identificación de necesidades y en la determinación de buenas prácticas administrativas, la ESAP apoyará al gobierno en la adecuada gestión de, promoción, difusión, desarrollo e implementación de las políticas públicas de buen gobierno y competitividad en los entes territoriales y en relación a los municipios de 5 y 6 categoría contarán con el acompañamiento gratuito de la ESAP en la elaboración de los estudios y análisis a los que se refiere el artículo 46 de la Ley 909, cuando los municipios así lo requieran.

En desarrollo de esa potestad otorgada a la ESAP, el Departamento Administrativo de la Función Pública emitió la Guía de rediseño institucional para entidades públicas en el orden territorial – Versión 1 del 1 de noviembre de 2015.

De acuerdo con todo lo expuesto, la supresión de un cargo de carrera administrativa puede ocurrir por diferentes razones, como por ejemplo, la fusión o liquidación de una entidad pública, su reestructuración, la modificación de su planta de personal, la reclasificación de los empleos; el traslado de funciones de una entidad a otra; o simplemente por políticas de modernización del Estado, con el fin de hacer más eficaz la prestación del servicio público; lo que trae consigo las consecuencias jurídicas que de ello se derivan, como son la opción de ser incorporado a un empleo equivalente o ser indemnizado en los términos y condiciones que establezca el Gobierno Nacional.

Lo anterior debe cumplir la exigencia previa de la reforma a las plantas de personal, es decir, la elaboración de un estudio técnico, como presupuesto que compromete la legalidad del proceso de reestructuración administrativa, ya que de no observarse los actos administrativos que le siguen estarían viciados de nulidad por expedición irregular lo que generaría la nulidad de los mismos. Así, el estudio técnico se constituye en una herramienta que le permite al operador jurídico, establecer que las razones que motivaron la supresión de cargos, efectivamente se fundaron en necesidades del servicio o en modernización de la administración, y no en un interés ajeno a estos fines.

**5. PRUEBA RECOPILADA.-**

* Acuerdo No 16 del 22 de Noviembre de 2016 “*Por medio del cual se modifica la planta de personal de la ESE Hospital del Sur Gabriel Jaramillo Piedrahita del Municipio de Itagüí*”. (Fls 28-33 y 225-227)
* Oficio Radicado No. 002378 del 23 de noviembre de 2016 por medio del cual se comunica al señor MAURICIO FERNANDO MENA HERNANDEZ, que la Junta Directiva de la ESE Hospital del Sur, mediante Acuerdo N° 16 del 22 de noviembre de 2016, suprimió la planta de personal actual y se estableció una nueva para cumplir con las funciones y responsabilidades propias de la entidad, Acto Administrativo que en su artículo 1° suprimió el empleo de MEDICO, Código 211, Grado 10, que el actor desempeñaba en la Institución, por lo que fue retirado del servicio. Con su respectiva notificación personal en la que se afirma que el señor MAURICIO FERNANDO decidió no firmar, por lo que se hace con testigo. (Fls 34-35 y 228-229)
* Citación para notificación acto administrativo mediante el cual se liquidan de manera definitiva las prestaciones sociales del señor MAURICIO FERNANDO MENA HERNANDEZ (Fls 36)
* Resolución No. 464 del 05 de diciembre de 2016 “Por medio de la cual se liquidan de manera definitiva prestaciones sociales.” del señor MAURICIO FERNANDO MENA HERNANDEZ, con su constancia de notificación del 31 de enero de 2017 y su liquidación. (Fls 37-39 y 230-232)
* Petición presentada por el señor MAURICIO FERNANDO MENA HERNANDEZ solicitando el oagio de la liquidación de los meses laborados además el pago de los intereses moratorios, radicada el 31 de enero de 2017. (Fls 41)
* Recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución No. 464 del 05 de diciembre de 2016. (Fls 42)
* Resolución No. 126 del 16 de marzo de 2016, “Por medio del cual se hace un nombramiento en provisionalidad” al señor MAURICIO FERNANDO MENA HERNANDEZ en el cargo de MEDICO GENERAL, Código 211, Grado 10, con un salario de $4.190.110 (Fls 43)
* Acta de Posesión del 17 de marzo de 2016 del señor MAURICIO FERNANDO MENA HERNANDEZ en el cargo de MEDICO GENERAL, Código 211, Grado 10. (Fls 44).
* Informe final contrato de prestación de servicio No. PS 066 de 2016, celebrado entre la ESE Hospital del Sur Gabriel Jaramillo Piedrahita de Itagüí, en calidad de contratante y Ana Clara de los Ríos Rentería, contratista. (Fls 45-92 y 177-224)
* Acuerdo No 2 del 26 de abril de 2016 “*Por medio del cual se modifica la planta de personal de la empresa social del estado Sur Gabriel Jaramillo Piedrahita de Itagüí y se dictan otras disposiciones*”. *(*fls 93-95 y 98-102)
* Acuerdo No. 011 del 03 de agosto de 1999 “Por medio del cual se transforma una empresa municipal y se expide su estatuto básico” de la ESE Hospital del Sur. (Fls 104-116)
* Petición del 14 de marzo de 2017 dirigida a la ESE Hospital del Sur, solicitando documentación e información por parte del señor MAURICIO FERNANDO MENA HERNANDEZ. (Fls 117).
* Contrato PS-010-2017 suscrito entre la ESE Hospital del Sur como Contratante y el Sindicato de Trabajadores del Sector Salud “SINTRASAN” con el objeto de prestar servicios de profesionales de la salud a través de los afiliados participes adherentes al Sindicato en la ejecución de los procesos y procedimientos de atención del área de urgencias y hospitalización, con una vigencia de 4 meses y un valor de $110.657.550. (Fls 118-120).
* Registro Civil de Matrimonio del Señor MAURICIO FERNANDO MENA HERNANDEZ y la señora KAREN SOFIA QUIROZ JIMENEZ. (Fls 233)
* Certificado de Existencia y Representación de la ESE Hospital del Sur (Fls 234)
* Respuesta a exhorto 542 del 6 de junio de 2018, dirigido a la ESE Hospital del Sur donde se solicita copia del contrato colectivo laboral PS-010-2017 con sus respectivos soportes legales, dentro de la cual reposa los siguientes documentos (Fls 266-332):
* Certificación de fecha 06 de julio de 2018, en la que se indica que a esa fecha la ESE Hospital del Sur no tiene ningún tipo de contratación con SINTRASAN.
* Contrato PS-010-2017 suscrito entre la ESE Hospital del Sur como Contratante y el Sindicato de Trabajadores del Sector Salud “SINTRASAN”
* Designación de Intervención y Supervisión del contrato PS-010-2017.
* Estudios previos del contrato.
* Certificado de Existencia del Sindicato de Trabajadores del Sector Salud “SINTRASAN”
* Acta de inicio del contrato del 02 de enero de 2017.
* Acta de liquidación y terminación del contrato realizada el 10 de julio de 2017.
* Auto de aprobación de garantía única a contrato de prestación de servicios PS-010-2017.
* Certificados de disponibilidad presupuestal No. 053.
* Oferta mercantil realizada por el Sindicato de Trabajadores del Sector Salud “SINTRASAN” a la ESE Hospital del Sur.
* Otrosí adición presupuestal del contrato PS-010-2017, por valor de $33.000.000.
* Respuesta a Exhorto 543 del 6 de julio de 2018, dirigido al Sindicato de Trabajadores del Sector Salud “SINTRASAN”, donde se solicita los contratos de trabajo suscritos con los afiliados y participes del contrato celebrado con la ESE Hospital del Sur, dentro de la cual se observan las copias de dichos convenios de ejecución. (Fls 341-417)
* En audiencia de pruebas realizada el 29 de marzo de 2019 se recibió el testimonio de la señora MARTHA NELLY CARDONA CASTRILLON, en esta diligencia adujo que es auxiliar de enfermería, que conoció al demandante cuando estaba trabajando en marzo de 2016, puesto que eran compañeros de trabajo en la ESE Hospital del Sur, indica que el señor MENA HERNANDEZ se desempeñaba como médico general y trabajaba en el área de urgencias, bajo el sistema de turnos, a veces en horario diurno y nocturno.

Manifiesta que el 23 de noviembre de 2016 en virtud de la restructuración fueron retirados del servicio y además que a partir del día siguiente ya se encontraban empleados tercerizados de cooperativas realizando las actividades que desempeñaban el personal desvinculado.

Indica que la razón de la desvinculación fue que no había dineros para realizar el pago de los empleados, sin embargo al día siguiente ya había médicos y auxiliares trabajando a través de cooperativas, manifiesta que se les comunico la restructuración y que se habían suprimido los cargos, además que solo salieron los provisionales y los empleados en propiedad permanecieron en el Hospital.

Expresa que no tuvieron conocimiento del estudio técnico, que solo fue la junta directiva quien lo manejo, además que por estos hechos está demandando a la ESE Hospital del Sur.

Adicionalmente señala que el acuerdo por medio del cual suprimieron los cargos nunca se los notificaron, y que el demandante estuvo vinculado entre el mes de marzo y noviembre de 2016.

Sobre las razones por las que sabe que se contrataron otros médicos, arguye que ha sido paciente del hospital y ha visto otros médicos distintos en semana por las noches y los fines de semana.

Esgrime que el demandante tiene condiciones de una persona normal y que no sabe si está trabajando o no y que el personal tercerizado es vinculado a través de la cooperativa ASCOLSA y que a los médicos a través de otra entidad. Afirma que hubo una reunión en la que socializaron el tema de la reestructuración pero ella no pudo asistir porque estaba de turno.

**6. CASO CONCRETO.**

Se encuentra demostrado que el señor MAURICIO FERNANDO MENA HERNANDEZ presto sus serivios en la entidad demandada desde el 17 de marzo de 2016 hasta el 23 de noviembre de la misma anualidad, nombrado en provisionalidad como médico, nivel profesional, código 211, grado 10. (fls 34 y 44)

Su desvinculación se dio a través del oficio Nº 002378 del 23 de noviembre de 2016 (fl. 34-35), mediante el cual se le informa que la Junta Directiva de la ESE Hospital del Sur, por medio del Acuerdo Nº 16 del 22 de noviembre de 2016 (fl. 29-33), suprimió la planta de personal actual y estableció una nueva para cumplir con las funciones y responsabilidades propias de la entidad, acto administrativo que en su artículo 1º dispuso la supresión, entre otros, del empleo médico, código 211, grado 10, que el actor desempeñaba en la Institución, situación que produce el retiro del servicio en virtud de lo consagrado en el literal L) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, el cual produjo efectos a partir de la notificación del contenido del acuerdo en mención.

El oficio No. 002378 del 23 de noviembre de 2016 fue notificado el 24 siguiente, como consta en el certificado visible a folio 35, así como el contenido del Acuerdo Nº 16 del 22 de noviembre de 2016, por medio del cual se modifica la planta de cargos de personal de la ESE Hospital del Sur “Gabriel Jaramillo Piedrahita”, advirtiéndose que *“…contra ella proceden los recursos de la vía gubernativa.”*.

El demandante a través de la presente demanda, pretende la nulidad del Acuerdo Nº 16 del 22 de noviembre de 2016 y la nulidad del oficio Nº 002378 del 23 de noviembre de 2016, que dicho acto sufre de falsa motivación por cuanto el cargo del actor no fue realmente suprimido, ni llenado la vacante por un funcionario inscrito en carrera administrativa, por el contrario para ese cargo se hizo vinculación a través de contrato sindical. Por lo anterior este vicio tiene vocación de prosperidad, teniendo en cuenta además que la razón del retiro fue supresión del cargo y no reintegración a la nueva planta de empleos.

Analizado el material probatorio existente en el proceso de cara a las razones de ilegalidad que refiere la parte demandante respecto de los actos acusados, se evidencia que en el estudio técnico – informe final – contrato de prestación de servicios Nº PS -066 de 2016, la aprobación de la realización del estudio de reestructuración de la entidad se hizo mediante el Acta No 7 del 14 de junio de 2016, como resultado del análisis de la situación financiera de la ESE Hospital del Sur “Gabriel Jaramillo Piedrahita”, debido a la Resolución Nº 2184 de 2016, donde se clasificó por tercer año consecutivo a la institución en alto riesgo. De allí se concluye que la justificación que origino la necesidad de llevar a cabo un estudio técnico para reestructurar la entidad, en razón a la calificación de riesgo alto que atravesaba en esos momentos.

La resolución citada en el párrafo anterior “*Por la cual se efectúa la categorización del riesgo de las Empresas Sociales del Estado del Estado del nivel territorial para la vigencia 2016 y se dictan otras disposiciones”* [[13]](#footnote-13), determina que la ESE Hospital del Sur “Gabriel Jaramillo Piedrahita”, para el año 2016 se encontraba en riesgo alto, teniendo en cuenta sus condiciones de mercado, de equilibrio y viabilidad financiera, a partir de sus indicadores financieros sin perjuicio de la evaluación por indicadores de salud, de acuerdo a la clasificación expedida por el Ministerio de la Protección Social, indicándose en dicha resolución que las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial, categorizadas en riesgo medio o alto por dicho Ministerio, debían someterse a un Programa de Saneamiento Fiscal y Financiero.

Para que la entidad demandada fuera categorizada en este nivel de riesgo, se tuvo en cuenta, su información presupuestal y financiera, lo cual es indicativo para esta Agencia Judicial que al ser clasificada en riesgo alto en la Resolución No. 2184 de 2016, la E.S.E Hospital del Sur “Gabriel Jaramillo Piedrahita” atravesaba una crisis financiera que exigía someterse al programa de saneamiento fiscal y financiero de conformidad con lo dispuesto en el artículo 81[[14]](#footnote-14) de la Ley 1438 de 2011 y el artículo 8[[15]](#footnote-15) de la Ley 1608 de 2013.

En virtud de lo anterior, y como parte del programa de Saneamiento Fiscal y Financiero, la entidad se vio en la necesidad de reformar su planta de personal, no sin antes realizar un estudio técnico que, tras un análisis de las necesidades del servicio y en aras de salir de la situación de riesgo alto financiero establecida en la Resolución Nº 2481 de 2016, permitiera la modernización institucional, la optimización del recurso humano y el equilibrio financiero.

En el Estudio técnico Nº PS -066 de 2016 de reestructuración de la entidad, el cual fue realizado por la Administradora Pública Ana Clara de los Ríos Rentería, se puede determinar que abarca un análisis del contexto general de la ESE Hospital “Gabriel Jaramillo Piedrahita”, un análisis interno de la estructura organizacional, sistemas de gestión, opciones prioritarias, tecnologías de la información, servicios en página web para la comunidad, mesa de ayuda como apoyo a los procesos, descripción de la planta de personal, situaciones de la planta de empleos actual, consideraciones respecto a los derechos tutelables ante la supresión del cargo, escala salarial, manual de funciones y competencias laborales, condición actual de los servicios, comportamiento de los servicios, la situación financiera enfocada en los ingresos y la contratación, seguidamente se hizo el estudio de cargas de trabajo y finalmente se concluyó con la propuesta de estructura y planta de empleos, estructura orgánica, planta de empleos y propuesta de planta administrativa y misional. (fls. 177-232).

Respecto de la situación financiera de la entidad, específicamente en el análisis de gastos de personal, se señaló:

*“(…)*

***Gastos de personal****:*

*Estos gastos registran un comportamiento con altibajos, es decir, muestra un incremento en el año 2014 con respecto al año 2013 y en el año 2015 disminuye con respecto al año anterior, situación que en términos prácticos no sería normal, debido a os incrementos salariales y prestacionales a los que cada año por ley deben aplicarse y por ende conservar la tendencia de crecimiento en los términos aplicados.*

*Una revisión sobre la participación porcentual de los gastos de personal sobre los gastos de funcionamiento registra que los gastos de personal representan en los compromisos para el 2014 un 64.76% y en el año 2015 participa con un 68.25% situación que no es coherente si lo miramos desde el punto de vista de disminución de los ingresos y de la producción de servicios. Tal situación disminuye la capacidad de la empresa en la operación y suministro de los insumos como medicamentos y otros que son esenciales en la prestación de los servicios de salud.*

En este informe se muestra el gasto del personal hasta septiembre de 2016, de la siguiente manera:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| ***Concepto*** | ***Personas*** | ***Sueldos*** |  ***%*** |
| *ADMINISTRATIVOS* | *56* | *$195.481.732* | *37* |
| *DE OPERACIÓN* | *94* | *$329.760.045* | *63* |
| *TOTAL* | *150* | *$525.241.777* | *100* |

*“La planta de cargos actual, genera para la institución un gasto mensual con la seguridad social, sin incluir el factor prestacional un promedio mes de $525.241.777, para 150 funcionarios activos en la nómina.*

***Gasto de personal – Tercerización y Contratación directa con corte a sep. /2016***

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ***Concepto***  | ***Valor por Tercero*** | ***Valor Global*** |
| *Valor Nómina promedio mensual* |  | *$421.667.053* |
| *Valor P. Seguridad Social* |  | *$103.574.724* |
| *Valor P. Contratación Directa* |  | *$19.118.000* |
| *Mantenimiento biomédico* | *$2.300.000* |  |
| *Conductor*  | *$4.500.000* |  |
| *Asesora Financiera* | *$4.500.000* |  |
| *Apoyo administrativo* | *$2.000.000* |  |
| *Mantenimiento Hospitalario* | *$3.800.000* |  |
| *Revisor Fiscal* | *$2.018.000* |  |
| **Valor promedio contratista terceros** $241.290.881 |
| *ASCOLSA* | *$76.000.000* |  |
| *EUROVIC* | *$24.174.434* |  |
| *BIOSPORT* | *$120.000.000* |  |
| *ENRIQUE PRADA* | *$21.116.447* |  |
|  **TOTAL GASTO PERSONAL** | $785.650.658 |

*El presente cuadro detalla los valores que se causan mensualmente en recurso humano el cual incluye tanto la mano de obra vinculada en planta de cargos de la ESE, como también la contratada y tercerizada con el fin de garantizar el funcionamiento de los diferentes servicios de la ESE.”*

En cuanto al estado de resultados en un comparativo de las vigencias anteriores desde el año 2013 y el estado de resultados del año 2016, se indicó en el análisis de gastos, lo siguiente:

*“Según la información registrada en el estado de resultados es evidente el deterioro de las finanzas de la institución, donde muestra superávit a junio de 2013 y pérdidas a partir de los años siguientes inclusive a junio de 2016 con un déficit de $2.220.547.000 situación que de no ejercer ningún control terminaría a 31 de diciembre con un déficit de $4.441.094.000, razón por la cual se hace necesario definir un estudio que garantice el punto de equilibrio financiero en la Empresa.”*

Posteriormente se realizó un análisis de las cargas de trabajo utilizando el método de estándares subjetivos según la metodología establecida por el Departamento Administrativo de la Función Pública, sus resultados fueron:

*“Los resultados de la medición de cargas laborales arrojan un requerimiento de 101 empleos para la ejecución de los procesos, que se refleja principalmente en los procesos misionales debido a la disminución en la producción de servicios que ha venido presentando la ESE desde el año 2012, situación que no fue tenida en cuenta en el año 2013 con el aumento de 51 empleos en el proceso misional. Situación que se repite en el 2014 con tres empleos, 2015 con 9 y 2016 con 28. Ver información de producción de los servicios de consultas de medicina urgentes, general electiva y consultas de valoración odontológica.*

|  |  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| ***Servicios*** | ***2010*** | ***2011*** | ***2012*** | ***2013*** | ***2014*** | ***2015*** | ***2016 a Junio*** | ***Variación 2012-2015*** |
| ***Consultas de medicina general urgentes*** | *33.449* | *30.050* | *30.846* | *27.034* | *23.881* | *22.627* | *11.200* | *-36%* |
| ***Consulta de medicina general electivas*** | *95.920* | *80.854* | *68.188* | *70.395* | *40.685* | *30.642* | *18.266* | *-123%* |
| ***Total, consultas odontológicas realizadas*** | *8.884* | *7.796* | *7.561* | *6.665* | *6.540* | *6.091* | *2.473* | *-24%* |
| ***Laboratorio clínico*** | *125.081* | *122.283* | *128.218* | *146.980* | *97.709* | *97.954* | *43.613* | *-31%* |

 *(…)*

*El detalle de la propuesta de planta de empleos se describe por dependencias teniendo en cuenta los siguientes elementos:*

*- Análisis de los resultados de las cargas de trabajo de los diferentes procesos.*

*- La verificación de las necesidades de personal a partir de la programación del personal requerido para garantizar la atención en las tres sedes de la ESE diferentes servicios y horarios; esto para el área misional.*

*- La revisión de los resultados en el área administrativa con el equipo de modernización se confrontó la información de los cambios asociados a actividades realizadas funciones, competencia y niveles de empleos con el fin de fortalecer el soporte que se brinda a los procesos misionales.*

*- La Resolución Nº 2184 de 2016, donde se clasificó por tercer año consecutivo a la institución en alto riesgo.*

*Es así como se generaron los cambios que fueron avalados por el equipo de modernización de la entidad.”*

Finalmente, se realizó la propuesta de planta administrativa y misional, de la siguiente forma:

*“La propuesta de empleos para la entidad incluye 39 empleos de tipo administrativo y 62 empleos para el área misionales.*

*(…)*

*Teniendo en cuenta los resultados de las cargas laborales, la situación financiera de la entidad y las competencias de los cargos se proponen los siguientes cambios.*

*El Empleo de Gerente de Empresa Social del Estado, se mantiene como se encuentra actualmente.*

*Para los empleos de subdirector Científico y Subdirector Administrativo, se propone cambiar las denominaciones de las dependencias en la estructura organizacional por Subgerencia Científica y Subgerencia Administrativa y Financiera que dependerán de la Gerencia.*

*Lo anterior para guardar coherencia con las denominaciones de la estructura organizacional propuesta y la nomenclatura de los empleos de acuerdo al Decreto 785 de 2005.*

*Los cargos serán de libre nombramiento y remoción por corresponden al nivel Directivo que comprende los empleos a los cuales corresponden funciones de dirección general, formulación de políticas institucionales, y de adopción de planes, programas y proyectos.*

*En la actualidad existen cuatro empleos de Asesor, en Atención al Usuario, Asesor de salud ocupacional, Asesor de auditoria médica y Asesor Jurídico, los cuales se suprimen debido a que realizan labores correspondientes al nivel de empleo asesor, el cual agrupa funciones que consisten en asistir, aconsejar y asesorar directamente a los empleados públicos de alta Dirección*

*Igualmente se propone suprimir el empleo de profesional universitario en asuntos de comunicaciones y el Profesional Contador, en razón de la situación financiera de la entidad, se sugiere fortalecer las actividades a través de contratación para actividades específicas que demanden menos costos.*

*Los empleos de Jefe de oficina, Tesorero General y conductor no presentan cambios.*

*En el nivel profesional se mantienen siete (7) empleos de profesional Universitario para el área administrativa.*

*Los empleos del Nivel Técnico son 19 actualmente, se propone suprimir 5 cargos de Técnico operativo, donde las funciones en relación con activos fijos se distribuirán en los empleos con funciones relacionadas con registros contables y Tesorería, las funciones de calidad, quedan en el cargo de Profesional Universitario actualmente encargado de ese tema, las de sistemas, serán asumidas por el Profesional Universitario y el técnico que quede en el proceso y las funciones de costos, serán asumidas por Presupuesto, por lo anterior, los empleos del Nivel Técnico pasan de 19 a 14 empleos.*

*Para los empleos del nivel asistencial en la denominación de Auxiliar Administrativo por cargas de trabajo se obtuvo un requerimiento menor al actualmente y en razón de la situación financiera de la entidad y el ajuste en los cuadros de turno se propone pasar de 21 empleos a 12.*

*En consecuencia, la planta actual de cargos administrativos está conformada por 56 empleos se propone mantenerla con 38.*

*Los empleos actuales corresponden a 105, por resultados de cargas laborales se proponen 62 empleos.*

*Por lo tanto se propone la supresión de 64 empleos correspondientes a las denominaciones de empleo: Área Administrativa y Asistencial y la creación de 3 empleos de la denominación Área Administrativa, requeridos para garantizar el normal funcionamiento de los procesos de la institución.*

*(…)*

***La planta actual de empleos de la entidad se encuentra conformada por 161 cargos donde corresponden al área administrativa 56 empleos y 105 al área misional.***

***De acuerdo con la propuesta de empleos queda conformada por 39 empleos administrativos y 62 misionales para un total de 101 empleos.***

*(…)*

***El costo de la planta actual de 161 empleos es de $407.075.390 y el valor de la propuesta de 100 empleos es de $267.009.564, lo que representa una disminución de $140.065.826, respecto al salario mensual; ya que este valor se toma sin el factor prestacional.” (Subrayas propias)***

De acuerdo a lo anterior, se observa claramente, los motivos que dieron lugar a la modificación de la planta de cargos y la consecuente desaparición del empleo que venía ocupando el actor dentro de la entidad demandada, en razón de ello, esta Judicatura considera que el estudio técnico se encuentra conforme a los lineamientos prescritos en las normas mencionados en precedencia y las guías adoptadas por el Departamento Administrativo de la Función Pública. Adicionalmente, para esta Agencia Judicial las conclusiones son claras, por cuanto las medidas tomadas son razonadas y proporcionadas, con el objetivo de sobreponerse a la crisis financiera que sufría la ESE Hospital del Sur “Gabriel Jaramillo Piedrahita” y que de no enmendarse generarían la inviabilidad financiera de la misma.

Aunado a lo anterior del material probatorio allegado al expediente, se puede concluir que la entidad accionada fue clasificada en riesgo alto financiero, situación que de acuerdo a las normas que regulan la materia, obliga a esta entidad a someterse a un programa de saneamiento fiscal, y con este fin, se contrató la realización de un estudio técnico, el cual se hizo conforme a la normatividad vigente y evidenció los problemas financieros que tenía la entidad, en la medida en que al estudiarse las cargas de trabajo y el personal disponible se evidencio un exceso de personal administrativo y asistencial en comparación con las actividades requeridas, dada la disminución en la producción de servicios propios de la Empresa Social del Estado, que se venía presentando desde el año 2012.

Sumado a lo anterior, se vislumbra en el informe técnico que fueron varios los cargos suprimidos, pues la planta de personal pasó de tener 161 cargos por valor de $407.075.390 a tener 100 cargos por valor de $267.009.564, reduciendo así con la reforma, el costo en la planta de personal en $140.065.826 mensualmente. Así pues, el cargo del actor no fue el único suprimido, sino que fueron una cantidad razonada de acuerdo al estudio técnico elaborado, en el cual no se observan tintes de arbitrariedad, así como tampoco de ilegalidad.

En contra vía, se observa un estudio que incluyó todos los parámetros exigidos por la ley, estos son: el Análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo, la evaluación de la prestación de los servicios y la evaluación de las funciones, los perfiles y las cargas de trabajo de los empleos, es decir, se observa que el estudio técnicono solo incluyó el análisis de la estructura de la entidad, su planta de personal, cargas de trabajo, situación financiera y demás, sino que realizó también un análisis del personal de planta para establecer quienes eran empleados de carrera, quienes gozaban de estabilidad laboral reforzada, por pertenecer al retén social, por ser personas próximas a pensionarse, por ser madres o padres cabeza de familia sin alternativa económica, por estado de embarazo, por discapacidad, así como también se analizó la situación de los empleados públicos amparados con fuero sindical, análisis que, vale la pena mencionar, es coherente con nuestra Constitución Política, en la medida en que propende por la protección de aquellos servidores que por sus condiciones son sujetos de especial protección constitucional, ante la posible desvinculación del empleo público que desempeñan, por efecto de los procesos de reestructuración.

Sin embargo, el señor MAURICIO FERNANDO MENA HERNANDEZ no acredito tener una condición que lo encuadrara en un supuesto de sujeto de especial protección frente a la reestructuración de la demandada, adicionando a esto que su nombramiento en la Institución era en provisionalidad y no en carrera administrativa, contexto que le hubiera permitido acceder a otro tipo de derechos consagrados legalmente, por tratarse de personas que accedieron al cargo luego de haber aprobado un concurso de méritos.

En este orden de ideas, se trae a colación la Sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, Radicado No. 76001-23-31-000-1998-1834-01 No. Interno 4972-01, M.P. TARSICIO CÁCERES TORO, en la cual se prescribe:

“… el empleado nombrado en provisionalidad ostenta una posición *diferente a la del vinculado y escalafonado en la carrera, por no haber accedido al cargo mediante concurso, y a la del designado por la vía de libre nombramiento y remoción, por cuanto el cargo que ejerce provisionalmente es de carrera. El hecho de que haya sido nombrado hasta que pueda hacerse la designación mediante el respectivo concurso de méritos, no le otorga estabilidad hasta cuando sea reemplazado mediante concurso, ni el nominador pierde la facultad de removerlo. La estabilidad sólo existe para el personal de carrera. Además, el derecho a la estabilidad laboral no comporta la obligación de la administración de mantener a un funcionario indefinida e incondicionalmente en el empleo…”.*

Bajo esta situación acontecida en la entidad demandada, esto es, la disminución de gastos de personal, de ajuste fiscal y de búsqueda de la viabilidad financiera, el actor era uno de los primeros llamados a la desvinculación por supresión de cargos, pues, no tenía ninguna calidad que le diera derecho a una incorporación directa en la nueva planta de personal, en razón a su nombramiento en provisionalidad.

Además la Administración, por razones de interés general ligadas a la eficacia y eficiencia de la función pública, de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente, puede suprimir determinados cargos en la medida en que se contribuya al cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho, así lo indico el Consejo de Estado[[16]](#footnote-16):

*“… cuando existan motivos de interés general que justifiquen la supresión de cargos en una entidad pública es legítimo que el Estado lo haga sin que puedan oponérsele los derechos de carrera de los funcionarios ya que éstos deberán ceder ante el interés general.”*

Es claro entonces que el demandante no gozaba de estabilidad relativa alguna y tampoco demostró que alguno de los que se mantuvieron vinculados en los cargos de médico existentes después de la reestructuración, tuvieran derechos inferiores, para acreditar con esto un derecho preferencial, lo que permitía que su cargo fuera suprimido, y en razón ello, darse el retiro del servicio, pues la supresión es una causal legal de retiro de los servidores públicos, que justifica su existencia en la necesidad de ajustar las plantas de personal de las entidades públicas a los requerimientos del servicio, para hacer más eficiente la función que las entidades deben cumplir.

Ahora, frente al vicio de falsa motivación argumento principal de la demanda, sustentado en el argumento que los empleos suprimidos fueron reemplazados por personas que entraron a través de contratos sindicales, se debe indicar que, de acuerdo a la jurisprudencia del Máximo Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, para que prospera este vicio: *"es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) O bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente”[[17]](#footnote-17)*

En este sentido, como se expuso ampliamente en precedencia la entidad demandada justifico su decisión de reestructuración en su situación de déficit fiscal que venía de tres años atrás, hecho que se encuentra debidamente acreditado en el proceso, y que debido a ello como medida de saneamiento fiscal se vio en la obligación de suprimir unos cargos que representarían un alivio económico para la Institución, por lo que los hechos que la administración adujo para motivar los actos demandados estuvieron acreditados y respecto de la segunda posibilidad, dentro del plenario no se encuentra sustento alguno de que la entidad haya omitido tener en cuenta alguna situación que haya influenciado en una decisión diferente, por lo que este vicio no está llamado a prosperar.

Sin embargo vislumbra este Despacho que los argumentos alegados por la parte demandante, podrían configurar una supuesta desviación de poder, vicio que de acuerdo a la Jurisprudencia del Consejo de Estado se presenta cuando: *“ i) el acto o contrato administrativo es ajeno a cualquier interés público –venganza personal, motivación política, interés de un tercero o del propio funcionario; y, ii) el acto o contrato es adoptado en desarrollo de un interés público, pero que no es aquel para el cual le fue conferida competencia a quien lo expide o celebra; categoría a la que se aproxima igualmente la desviación de procedimiento en la que la administración disimula el contenido real de un acto, bajo una falsa apariencia, recurriendo a un procedimiento reservado por la ley a otros fines, con el fin de eludir ciertas formalidades o de suprimir ciertas garantías.”[[18]](#footnote-18)*

Por lo que para desvirtuar la presunción de legalidad del acto bajo esta causal de nulidad, teniendo en cuenta además que corresponde a las partes probar los supuestos de hechos de las normas que consagran los efectos jurídicos que persiguen, la carga probatoria tiene una dificultad, puesto que el acto externamente aparenta legalidad, y en razón a esto, el material probatorio obrante en el proceso, de acuerdo al Tribunal de Cierre de nuestra Jurisdicción no debe dejar la más mínima duda “*de que al expedir el acto controvertido el agente de la administración que lo produjo no buscó obtener un fin obvio y normal determinado al efecto, sino que por el contrario, se valió de aquella modalidad administrativa para que obtuviera como resultado una situación en todo diversa a la que explícitamente busca la Ley.”[[19]](#footnote-19)*

En conclusión, para que esta causal se configure, no se puede especular en cuanto a los motivos oscuros que oculta la actuación administrativa, en razón a que es deber de quien lo alega, demostrar esta situación.

Si bien es cierto dentro del plenario se acredito que la E.S.E Hospital del Sur “Gabriel Jaramillo Piedrahita” suscribió el Contrato PS-010-2017 como Contratante con el Sindicato de Trabajadores del Sector Salud “SINTRASAN” como contratista, con el objeto de prestar servicios de profesionales de la salud a través de los afiliados participes adherentes al Sindicato en la ejecución de los procesos y procedimientos de atención del área de urgencias y hospitalización, con una vigencia de 4 meses, entre el mes de enero y abril de 2017, meses siguientes a la reestructuración (noviembre de 2016), por un valor de $110.657.550, además que dicho Sindicato aporto al proceso documentos en los que se evidencia que médicos generales adscritos al mismo, fungieron en pro de la ejecución de este contrato en la Institución demandada, lo anterior no es razón suficiente para acreditar este vicio por las razones que pasan a explicarse.

No existe certeza sobre que el verdadero motivo que tuvo la entidad demandada para realizar la reestructuración de su planta de cargos y posterior supresión de los mismo, fue que posteriormente iba a realizar la contratación del personal desvinculado con otras personas a través de contratos sindicales, puesto que en primer lugar este tipo de contratación lo realizaba la entidad desde tiempo antes de empezar el proceso de reestructuración y supresión como se evidencia en el estudio técnico mencionado en párrafos anteriores, donde se ve que la Empresa Social del Estado dentro de los costos de su nómina tenía como pasivos contratos realizados con la Asociación Sindical “ASCOLSA” y someramente se alcanza a determinar que dichos contratos buscaban también prestar funciones permanentes de la entidad, y en segundo lugar por cuanto el contrato que se allego solo tuvo una vigencia de cuatro meses, sin vocación de permanencia en el tiempo, sin que se adviertan otras pruebas que permitan dilucidar que esta situación se prolongó en el tiempo y así determinar que el personal médico que fue desvinculado fue reemplazado de forma permanente a través de esta forma de contratación.

Aunado si se observa el valor del contrato con su adición tiene un total de $143.657.550 para un periodo de 4 meses de ejecución y el ahorro mensual de la entidad demandada por la reestructuración y supresión de cargos de acuerdo al informe técnico fue de $140.065.826, lo que redunda en la finalidad de superar la crisis financiera que atravesaba la entidad y sanear en alguna medida sus pasivos.

De acuerdo con lo anterior, no está demostrado el elemento subjetivo relativo a probar que la finalidad implícita del acto concebida por el autor, es diversa a la que en efecto se consagro y además que es contraria al ordenamiento jurídico, esto es, que el autor actuó con la finalidad de ocultar el verdadero motivo del acto.

No obsta decir que en la presente providencia no le es dable a esta agencia judicial analizar la legalidad o no de este tipo de contratación a través de contratos sindicales, puesto que no está dentro del objeto del litigio

Se itera que el estudio técnico soportó y fundamentó suficientemente la necesidad de supresión de algunos cargos de la planta de personal de la ESE Hospital del Sur “Gabriel Jaramillo Piedrahita”, dada la crisis financiera que atravesaba la entidad y la disminución en la producción de servicios médicos, odontológicos y en el laboratorio clínico que se venía presentando desde el año 2012.

En otras palabras, se puede constatar que la reestructuración de la planta de personal y la supresión de algunos cargos estuvo precedida por un estudio técnico que lo justificó, y que estuvo cimentado en las necesidades del servicio y en razones que propendían la viabilidad financiera de la entidad, dentro de claros criterios de razonabilidad, proporcionalidad y prevalencia del interés general, con el análisis de aspectos, tales como: los procesos técnico-misionales y de apoyo, la evaluación de la prestación de los servicios y, la evaluación de las funciones asignadas, los perfiles y las cargas de trabajo de los empleados, además que se hizo una revisión de la estructura y de la planta actual donde se analizaron los perfiles de los empleos, los cargos existentes y los cargos que desaparecían.

Así pues, en este caso, el Despacho encuentra que no existe prueba suficiente, que permita determinar una intención oculta o manifiestamente contraria a lo anunciado en los actos administrativos acusados, como motivación, la cual fue la necesidad de ajustar los gastos de funcionamiento del ente territorial debido a que fue clasificada en alto riesgo, además de haber tomado las recomendaciones realizadas en el estudio técnico efectuado al interior de la entidad.

Ahora bien y para finalizar, en relación a la indebida notificación del acto, pues acusa la parte demandante que no se le entregó copia del Acuerdo Nº 16 del 22 de noviembre de 2016, y no se le informaron los recursos que procedían, para esta Agencia Judicial no es de recibo este motivo de censura pues, de acuerdo con el documento que se encuentra a folio 37, es claro para el Despacho que se notificó en debida forma al demandante, el oficio Nº 002378 del 23 de noviembre de 2016, por medio del cual se le comunica al actor la supresión de su cargo; y el el Acuerdo Nº 16 del 22 de noviembre de la misma anualidad, por medio de la cual se modifica la planta de cargos del personal de la ESE Hospital del Sur “Gabriel Jaramillo Piedrahita”, y en dicha acta de notificación se deja constancia de la procedencia de los recursos de ley, además se encuentra una constancia en la que se afirma que el actor no quiso firmar, por lo que la notificación se realizó con testigo, situación que no fue desvirtuada dentro del transcurso del proceso.

Así las cosas, concluye el Despacho que el demandante no logró desvirtuar en el presente caso la presunción de legalidad de los actos demandados, pues no logró probar que hubo falsa motivación, ni que la intención de la entidad demandada al proferir los actos cuestionados se alejó de la finalidad del buen servicio ni se usara para fines distintos a los previstos en la norma, razón por la cual se impone para el Despacho negar las súplicas de la demanda.

**7 - COSTAS.**

El artículo 188 de la ley 1437 de 2011 reguló el tema de costas en el procedimiento administrativo, para lo cual dispuso:

“Artículo 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”

Ahora bien, de un análisis simple de la norma anteriormente transcrita se podría concluir que la condena en costas en materia contenciosa administrativa debe imponerse de forma objetiva, en asuntos donde se estudie asuntos de interés particular, sin embargo, cuando la disposición normativa utiliza el término “dispondrá” lo que está queriendo decir es que el juzgador está obligado a pronunciarse sobre si es o no procedente condenar en costas a la parte vencida en el proceso, en este sentido el máximo órgano constitucional se ha pronunciado de la siguiente manera:

“Si bien una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la errónea interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma objetiva, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular, lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión “dispondrá”, lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales.”[[20]](#footnote-20)

Así entonces, en el caso sub examine se evidencia que no se trata de un asunto de interés público, por el contrario, las pretensiones buscan que se le reconozca a el demandante un derecho netamente de carácter particular, en este orden de ideas deberá entonces disponerse sobre las costas en esta primera instancia, conforme a la normativa vigente sobre la materia, esto es, el artículo 365 de Código General de Proceso dispone en su numeral primero lo siguiente: “Se condenara en costas a la parte vencida en el proceso, (…)” a su vez el numeral octavo prescribe: “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”

Analizando el expediente no obra prueba ni siquiera sumaria, donde se evidencia que se causaron costas a favor de la parte demandada, además aunado a todo el cuerpo principialistico que rige el derecho laboral administrativo, y que se refiere al principio Pro-Operario, que no tiene otro significado, sino que debe interpretarse la norma en el sentido que más favorezca al trabajador, en este caso la parte accionante en su legítimo derecho de acudir a las instancias jurisdiccionales para solicitar lo que creía que debía reconocérsele sin actuar de mala fe en ninguna etapa procesal, no habría lugar entonces de condenar en costas a el demandante, puesto que no existe causa ni objetiva, ni subjetiva para reconocerlas y atendiendo el precedente transcrito este Despacho se aparta de su propio precedente en condenas sobre asuntos laborales Administrativos, para predicar que el carácter de las costas no siempre es objetivo.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**FALLA**

**PRIMERO.**  **NIÉGANSE** las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO.** NO CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante.

**TERCERO.** **NOTIFÍQUESE** por Secretaría la presente sentencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, advirtiendo que conforme al Acuerdo PCSJA20-11549 07/05/2020 “Por medio del cual se prorroga la suspensión de términos se amplían sus excepciones y se adaptan otras medidas por motivos de salubridad pública y fuerza mayor”; los términos para su control o impugnación seguirán suspendidas hasta tanto el Consejo Superior de la Judicatura los disponga.

**CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE**

**OMAIRA ARBOLEDA RODRIGUEZ**

**JUEZ**

1. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, con ponencia del doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Expediente 15001-23-31-000-2001-00354 01 (0319-08). [↑](#footnote-ref-1)
2. “ARTÍCULO 5o. CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

1. Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.

2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:

a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices ….

(…)

b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos ….

(…)

c) Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado;

d) Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos.

e) Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales;

f) Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los Directores de Departamento Administrativo, de los gerentes, tanto en los departamentos, distritos especiales, Distrito Capital y distritos y municipios de categoría especial y primera.”. [↑](#footnote-ref-2)
3. Decreto Ley 2400 de 1968. [↑](#footnote-ref-3)
4. Decreto 1950 de 1973, Art. 26 por medio del cual se reglamenta el Decreto Ley 2400 de 1968. [↑](#footnote-ref-4)
5. Artículo 27 ibídem. [↑](#footnote-ref-5)
6. Decreto Ley 2400 de 1968, art. 5º. [↑](#footnote-ref-6)
7. PARÁGRAFO 2o. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la [Constitución Política](http://www.dmsjuridica.com/contitucion_politica/contitucion_politica.htm) y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.” [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia del 23 de septiembre de 2010, Radicación número: 25000-23-25-000-2005-01341-02(0883-08), Actor: María Stella Albornoz Miranda, Demandado: Instituto Colombiano de Desarrollo Rural - INCODER [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez, sentencia del 21 de marzo de 2013, Radicación número: 05001-23-31-000-2002-04388-01(2105-11), Actor: Elvia Teresita Chacon Suarez, Demandado: Hospital Municipal de San Roque E.S.E. [↑](#footnote-ref-9)
10. De conformidad con el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005 la provisionalidad puede darse por terminada antes de cumplirse el término de duración que se contempla en la misma disposición, mediante resolución motivada. [↑](#footnote-ref-10)
11. La función pública está integrada con criterio objetivo por funciones y no subjetivamente por personas. [↑](#footnote-ref-11)
12. Corte Constitucional. Sentencia C-095 de marzo 7 de 1996. M. P. Dr. Carlos Gaviria Díaz. [↑](#footnote-ref-12)
13. <https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Resoluci%C3%B3n%202184%20de%202016.pdf> [↑](#footnote-ref-13)
14. ***ARTICULO 81*** *Una vez comunicada la información de determinación del riesgo por parte del Ministerio de la Protección Social, dentro de los siguientes sesenta (60) días calendario, las Empresas Sociales del Estado categorizadas en riesgo medio o alto, deberán someterse a un programa de saneamiento fiscal y financiero, con el acompañamiento de la dirección departamental o distrital de salud en las condiciones que determine el Ministerio de la Protección Social.*

***PARÁGRAFO.****Cuando una Empresa Social del Estado no adopte el programa de saneamiento fiscal y financiero en los términos y condiciones previstos, será causal de intervención por parte de la Superintendencia Nacional de Salud.* [↑](#footnote-ref-14)
15. ***ARTÍCULO 8o****. PROGRAMAS DE SANEAMIENTO Y FORTALECIMIENTO DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO. Se entiende por Programa de Saneamiento Fiscal y Financiero de Empresas Sociales del Estado, un programa integral, institucional, financiero y administrativo que cubre la Empresa Social del Estado, que tiene por objeto restablecer su solidez económica y financiera de estas Empresas, con el propósito de asegurar la continuidad en la prestación del servicio público de salud.*

*El Programa de Saneamiento Fiscal y Financiero deberá contener medidas de reorganización administrativa, racionalización del gasto, restructuración de la deuda, saneamiento de pasivos y fortalecimiento de los ingresos de las Empresas Sociales del Estado; que permitan su adecuada operación, con el fin de garantizar el acceso, oportunidad, continuidad y calidad en la prestación de los servicios de salud a la población usuaria.*

*Las Empresas Sociales del Estado que de acuerdo con las evaluaciones realizadas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, incumplan el programa de saneamiento fiscal y financiero, deberán iniciar ante este mismo Ministerio, la promoción de acuerdo de reestructuración de pasivos cuando del análisis de la situación de la Empresa Social del Estado se identifique la capacidad de generar ingresos suficientes para el pago de sus compromisos corrientes y el pago de sus acreencias. La nominación y promoción de los acuerdos de reestructuración de pasivos adelantados por las Empresas Sociales del Estado, estarán a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.*

*Los recursos que destine la Nación o los que en la presente ley se posibilitan para el saneamiento fiscal y financiero y la reorganización de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, se enmarcarán en lo aquí definido.*

***PARÁGRAFO****. Los parámetros generales de contenidos, seguimiento y evaluación de los programas a que hace referencia este artículo se determinarán por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con concepto del Ministerio de Salud y Protección Social. Estos parámetros deberán contener aspectos financieros, administrativos, institucionales y jurídicos.*

*En todo caso, la viabilidad, monitoreo, seguimiento y evaluación de los planes de desempeño estará a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.* [↑](#footnote-ref-15)
16. Sección Segunda, Subsección ‘B’, Consejero Ponente Dr. Jesús María Lemos Bustamante, en sentencia de 26 de julio de 2007, Exp. 3184- 05, actor Pedro José Serrato Pinto [↑](#footnote-ref-16)
17. Sentencia del 26 de julio de 2017. M.P. Milton Chaves García. Rad.: 22326. [↑](#footnote-ref-17)
18. Sentencia del 08 de febrero de 2018. M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Rad.:3812-2016. [↑](#footnote-ref-18)
19. Sentencia de 31 de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda C.P. Dra. Clara Forero de Castro. [↑](#footnote-ref-19)
20. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA, dieciséis (16) de abril de dos mil quince (2015), Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00446-01, Actor: C.I. CITITEX DE COLOMBIA S.A. HOY CITITEX UAP S.A, Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN [↑](#footnote-ref-20)