



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

Sogamoso, dieciséis (16) de noviembre de dos mil dieciséis (2016).

MEDIO DE CONTROL:	Nulidad y restablecimiento del derecho
DEMANDANTE:	Marlen Siaucho Lara
DEMANDADO:	E.S.E. Gámeza Municipio Saludable
RADICACIÓN:	15238-33-33-001-2013-00174-00

En razón de la creación del Circuito Judicial Administrativo de Sogamoso, ordenada por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura mediante Acuerdo No. PSAA15-10449 de 31 de diciembre de 2015, este despacho judicial decide avocar el conocimiento del proceso de la referencia y, en consecuencia, procede a resolver el fondo del asunto.

I. ANTECEDENTES

1.- La acción

Procede el despacho a dictar sentencia para resolver en primera instancia la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia, instaurada, mediante apoderada constituida al efecto, por la señora Marlen Siaucho Lara, mayor de edad, identificada con cédula de ciudadanía No. 46.373.321 expedida en Sogamoso, en contra de la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable.

2. Pretensiones¹

Por intermedio de apoderada judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora Marlen Siaucho Lara solicitó i) la

¹ Folio 3 vuelto.

inaplicación del Acuerdo No. 0011 de 2012, *“Por el cual se adopta la modernización institucional y modifica la planta de personal de la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable y se dictan otras disposiciones”*, en lo que le afecte a la demandante, y ii) la nulidad de la Resolución No. 129 del 28 de diciembre de 2012, *“por medio de la cual se termina una provisionalidad de un funcionario de la E.S.E. de Gámeza Municipio Saludable”*.

A título de restablecimiento del derecho pidió (i) que se le reintegre al cargo que ocupaba como Auxiliar del Área de la Salud de la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable, al momento de haber sido retirada del servicio, o en su defecto a uno de igual o superior jerarquía conforme la planta de personal lo permita; (ii) que se le reconozcan y paguen todos los salarios, prestaciones sociales, aportes al sistema de seguridad social integral y demás derechos laborales dejados de devengar desde el momento de su retiro del cargo hasta la fecha en que sea reintegrada; y (iii) que para todos los efectos se declare que no hubo solución de continuidad.

Por último, solicitó que se ordene dar cumplimiento a la sentencia conforme lo establecen los artículos 176 a 178, 187, 189, 192, 193 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

3. Fundamentos fácticos²

Los hechos que sustentan las anteriores pretensiones se resumen de la siguiente manera:

Manifestó la parte actora que la señora Marlen Siaucho Lara se vinculó laboralmente a la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable mediante la Resolución No. 0012 del 2 de enero de 2006, en el cargo de Auxiliar del Área de la Salud código 412 grado 05, nivel asistencial y su último sueldo fue de seiscientos setenta mil setecientos seis pesos m/c (\$666.706).

Señaló que sus principales funciones consistieron en mantener arreglado permanentemente el espacio de archivo de historias clínicas, pre consulta, urgencias y esterilización; realizar acciones de enfermería de baja complejidad; asignar citas de consulta médica general, odontología y enfermería, evaluando el

² Folios 3 vuelto a 5 vuelto.

tipo de atención de los pacientes y asignarlos al profesional que corresponda; informar oportunamente el profesional responsable sobre situaciones de emergencia y riesgo que observen en los pacientes que requieran atención especial; prestar primeros auxilios en casos de emergencias; registrar RIPS asignados alimentando el correspondiente sistema; realizar actividades de enfermería necesarias para dar comodidad y seguridad al paciente; colaborar con el médico durante el examen físico y ejecutar tratamientos, aplicar inyecciones, canalizar, curaciones, de acuerdo a las indicaciones médicas; aplicar vacunas de acuerdo a las normas establecidas; anotar actividades realizadas en el registro diario de consultas externas para entregar informe mensual de las actividades de cada programa en el plazo establecido; diligenciamiento de tarjetas SICAPS; velar y cuidar por los equipos de su dependencia haciendo mantenimiento preventivo; realizar apoyo y transporte asistencial básico; ejercer las demás funciones establecidas por la ley y estatutos de la entidad.

Como experiencia laboral, refirió que la demandante desempeñó su práctica de Auxiliar de Enfermería en el Hospital San Rafael de Tunja, la cual culminó en el Hogar Geriátrico Cándido Quintero Duitama. Luego se vinculó como Auxiliar de Enfermería al Centro de Salud Gámeza Municipio Saludable. Y en el año 2006 se vinculó a la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable, desempeñándose en el cargo de Auxiliar de Enfermería, empleo que ejerció hasta el 31 de diciembre de 2012, fecha en la que fue separada del cargo.

De igual forma, afirmó que la señora Siaucho Lara cumplía todos los requisitos exigidos para el desempeño del cargo, tanto por su experiencia como por su preparación y capacitación, enlistando para el efecto algunos de los títulos obtenidos en su formación académica.

Indicó que mediante el Acuerdo No. 011 del 28 de diciembre de 2012, la Junta Directiva de la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable decidió acoger el estudio técnico de modernización institucional presentado por el Doctor Hugo Leonel Salazar Gómez, adoptando tanto el manual de funciones como la planta de personal sugerida, la cual quedó compuesta por cinco cargos, ejercidos por seis funcionarios. Es así como fueron suprimidos varios cargos, entre los cuales se encuentra el de Auxiliar de Enfermería (Auxiliar del Área de la Salud) código 412, grado 05, nivel asistencial, que venía ejerciendo la demandante.

Sostuvo que con base en las decisiones anotadas, se dispuso terminar el nombramiento en provisionalidad de la demandante mediante la Resolución No. 129 de 2012 y su retiro del cargo a partir del 31 de diciembre de ese mismo año; decisión que le fue notificada a la actora el día 28 de diciembre de 2012.

Aseguró que las razones expuestas por el estudio técnico para fundamentar la supresión de los cargos son insuficientes e infundadas, puesto que carecen de un sustento técnico y metodológico serio y debatible que arrojen resultados exactos y ajustados a la realidad de la entidad, lo que incide en la desmejora de la prestación del servicio de salud ofrecido por la demandada.

Resaltó que al cargo de Auxiliar del Área de la Salud que subsistió, se le adjudicaron las funciones de cinco puestos, entre ellas, las ejercidas por la demandante, lo cual, innegablemente representa la desmejora en la prestación del servicio de salud.

Precisó que actualmente las funciones inherentes al cargo de la demandante las viene desempeñando una persona vinculada a la entidad, sin lograr precisar su cargo y modalidad de contratación; sin embargo, considera probable que se haya contratado por medio de órdenes de prestación de servicios y cooperativas de trabajo asociado, formas de vinculación que son proscritas por la normatividad vigente.

Argumentó que el estudio técnico que fundamentó la supresión del cargo contiene serias irregularidades que lo hacen insuficiente y limitado, omitiéndose en el mismo el cumplimiento de algunos requisitos legales, lo que demuestra que la supresión del cargo de la actora no se fundó en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Empresa Social del Estado, sino en un interés particular.

Por último, destacó que el estudio técnico no fue debidamente suscrito por ninguna de las personas que conformaron el equipo de trabajo encargado de su elaboración, con lo cual se deduce que nadie se hace responsable del contenido, propuesta, conclusiones y efectos del mismo.

4.- Normas violadas y concepto de violación³

Como normas vulneradas se citaron los artículos 6, 25, 29 y 209 de la Constitución Política y los Decretos 1227 de 2005 y 19 de 2012.

En sentir de la parte actora, se violó flagrantemente el artículo 25 Constitucional, por cuanto se le negó la posibilidad de laborar a una persona que se halla capacitada, habilitada y con mejor derecho legal para ello.

Arguyó que el procedimiento de supresión debe estar sometido a normas superiores, de tal manera que se garantice el derecho fundamental al debido proceso desde el inicio del mismo hasta la producción del acto definitivo de desvinculación laboral y su notificación al administrado.

Explicó que el proceso de supresión se encuentra integrado por cuatro etapas: i) la entidad designa mediante acto administrativo motivado un comité interdisciplinario, encargado de realizar el estudio técnico de modernización; ii) elaborado el estudio técnico en los términos de ley, el nominador adopta las conclusiones de dicho estudio a través de acto administrativo; iii) conforme a las conclusiones del estudio técnico adoptado, el nominador emite los actos administrativos de supresión; y iv) se comunica o se notifica la decisión administrativa de supresión a los administrados directamente afectados.

Conforme a lo anterior, aseveró que el debido proceso se materializa en los siguientes momentos: 1º) La entidad debe dar aviso general o comunicar a sus empleados el inicio del proceso de modernización y la conformación del comité técnico, a fin de que estos puedan efectuar reparos sobre la idoneidad o formación profesional de los integrantes, así como solicitar aclaraciones y explicaciones sobre el alcance general del proceso. 2º) Una vez iniciadas las labores y trabajos técnicos, se debe elaborar un expediente en el que consten todas las actuaciones surtidas en el proceso de supresión, para que pueda ser consultado por los empleados y por el público en general. 3º) Los trabajos de recopilación y análisis de la información – organización estructural y hojas de vida de los empleados–, deben reposar en actas incorporadas en el expediente administrativo, para que los empleados puedan, entre otras cosas, pedir pruebas y allegar información. 4º) Una vez se ha elaborado el

³ Folios 5 vuelto a 12.

estudio técnico, el empleador está facultado para controvertir las conclusiones arrojadas por el mismo y para determinar si las adopta o no mediante un acto administrativo. 5º) Comunicado o notificado el acto administrativo de supresión, el empleado puede impugnarlo mediante los recursos de la vía gubernativa.

Alegó que en este caso el procedimiento administrativo de modernización adelantado violentó la garantía del debido proceso, ya que no se ajustó a los parámetros legales antes relacionados, por cuanto la Empresa Social del Estado enjuiciada no comunicó de la iniciación del mismo a sus empleados, tampoco informó de la conformación del comité interdisciplinario para el efecto, las actuaciones adelantadas no constaron en un expediente administrativo, y si lo hubo, este no estuvo a disposición de los trabajadores.

Sostuvo que los empleados no tuvieron la oportunidad de pronunciarse sobre la idoneidad y formación profesional de los integrantes del comité interdisciplinario, sobre los trabajos adelantados por este, sobre las conclusiones arrojadas por el estudio técnico, y en general, sobre todos los aspectos relacionados con el procedimiento de modernización.

Después de citar los Decretos 1567 de 1998, 1227 de 2005, 19 de 2012, la Ley 909 del 2004 y jurisprudencia del Consejo de Estado, refirió que el acápite de hechos del estudio técnico carece del cumplimiento de los presupuestos legales para su validez y sus conclusiones no se ajustan a la realidad fáctica.

Afirmó que el estudio de modernización institucional de la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable, incumplió con lo preceptuado en los artículos 97 y 228 de los Decretos 1227 de 2005 y 19 de 2012, respectivamente, por cuanto el análisis de los procesos técnico – misionales y de apoyo, la evaluación de la prestación de los servicios y la valoración de las funciones, los perfiles y las cargas de trabajo de los empleos, no se basan en metodologías de diseño organizacional y ocupacional verificables.

Advirtió que el examen realizado por el estudio técnico se limita a una ligera explicación de los aspectos generales de la metodología, para deducir a partir de allí algunas observaciones; indicó que no se expusieron, en forma específica, las variables fácticas y legales que le permitieron llegar a dichas conclusiones, pues varias de las preguntas planteadas en el estudio se respondieron escuetamente con un "sí" o un "no".

Reseñó que a partir de los resultados del estudio puede deducirse que todos los procedimientos se mantienen, sin embargo, respecto a algunos de ellos se señaló que pueden ser contratados con terceros, observación que es contraria a los resultados anotados y que además incentiva figuras jurídicas proscriptas por la ley.

Narró que en el estudio técnico no se estableció cuales procedimientos se debían llevar a cabo y cuáles no, y en caso de ser necesarios, como podían ejercerse más eficientemente; señaló que dicho estudio no pudo definir la estructura interna de la E.S.E. y tampoco acercarse a la identificación de lo que debía ser la planta de personal requerida.

Respecto al ítem *“productos y/o servicios”*, indicó que en el estudio técnico únicamente se transcribieron los servicios y productos ofrecidos por la Empresa Social del Estado enjuiciada, sin efectuar distinción entre los de orden interno y externo, no se estableció cuáles eran necesarios para el cumplimiento de los objetivos y funciones de la Institución y tampoco se evaluó el comportamiento de la demanda y cobertura de cada servicio prestado por la E.S.E.

Frente al examen de *“usuarios y clientes”*, después de señalar algunos de los elementos que debe contener su estudio, mencionó que en el procedimiento realizado por la entidad no se efectuó el análisis y evaluación de efectividad de los servicios, así como tampoco su grado de satisfacción.

Con relación al *“análisis de procesos técnico – misionales”* y a la *“evaluación de la prestación del servicio”* dijo que se debieron establecer las necesidades de la organización respecto a los recursos humanos, así mismo, referenció que las modificaciones efectuadas a los estatutos internos y a la planta de personal se sustentaron en un análisis deficiente de procesos técnico – misionales.

En lo relativo a la *“evaluación de las funciones, los perfiles y las cargas de trabajo de los empleos”* explicó que únicamente se transcribieron las funciones inherentes a cada cargo, sin que se tabulara y analizara la información a través de instrumentos plenamente verificables, por lo que las conclusiones arrojadas carecen de respaldo técnico, fáctico y legal.

De igual forma, afirmó que en el estudio técnico no se realizó la evaluación de todos los empleos, hasta el punto que se olvidó transcribir las funciones del cargo de Auxiliar Administrativo.

Sobre la "evaluación de cargas" precisó que aunque se indicó que se acogería la metodología reseñada en los lineamientos orientados por el Departamento Administrativo de la Función Pública, no se acreditó el desarrollo técnico ni fáctico de dicha metodología.

Aseguró que la falta de metodologías verificables, así como de instrumentos de organización, clasificación y análisis de las variables atinentes a la evaluación de funciones, perfiles y cargas de trabajo deriva en conclusiones apresuradas y en el menoscabo en la calidad de la prestación del servicio de salud.

Expuso que las funciones ejercidas por la demandante son de carácter permanente y esencial para el cumplimiento de las metas misionales e institucionales de la E.S.E., y advirtió que en la actualidad las funciones que venía desempeñando la actora son ejercidas, al parecer, por una persona incorporada por medio del contrato de prestación de servicios.

Invocó como causales de nulidad de los actos acusados, las que se mencionan a continuación:

Falsa motivación: Señaló que el estudio técnico con fundamento en el cual se llevó a cabo la modificación institucional de la E.S.E Gámeza Municipio Saludable y, por consiguiente, la supresión del cargo de la demandante, desconoció el cumplimiento de algunos requisitos legales para su validez, por lo que su contenido, alcance y resultados fue limitado, insuficiente y contrario a la realidad fáctica de la entidad. Del mismo modo, la modernización de la entidad demandada no se sustentó en la necesidad del servicio, sino que obedeció a un interés político.

Expedición irregular por contrariar normas de rango constitucional y legal: Adujo que el proceso de desvinculación de la actora fue ilegal, por cuanto el estudio técnico realizado vulneró preceptos normativos que lo hacen ineficaz.

Desviación de poder: Argumentó que el acto administrativo supresor del cargo de la demandante no propendió por el mejoramiento de la prestación del servicio,

puesto que los cargos que conforman hoy en día la planta de personal no son suficientes para atender eficientemente los servicios de salud prestados por la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable.

Alegó que la señora Marlen Siaucho Lara se encuentra cualificada para desempeñar el cargo que venía ejerciendo y que su experiencia y rendimiento laboral no han sido cuestionados.

Por último, indicó que las funciones ejercidas por el Auxiliar del Área de la Salud no pueden tercerizarse, como quiera que ostentan el carácter de misionales.

5.- Razones de la defensa⁴

El apoderado de la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable se opuso a las pretensiones de la demanda, exponiendo los siguientes argumentos:

Indicó que no se vulneraron los artículos 6 y 25 de la Constitución Política, por cuanto la actuación de la demandada se ajustó al cumplimiento de la normatividad vigente y la misma buscó procurar la prestación eficiente y oportuna del servicio de salud, así como garantizar tanto la continuidad del servicio como la sostenibilidad administrativa y financiera de la entidad.

Señaló que la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable dio cumplimiento a los preceptos constitucionales consagrados en los artículos 29 y 209 de la Carta Política, toda vez que el proceso de modernización siempre fue público y transparente y a los funcionarios se les garantizó el derecho a la igualdad, así como la posibilidad de participar dentro del mismo, sin ningún tipo de limitación.

Refirió que, contrario a lo señalado en la demanda, la actora conoció del procedimiento de modernización, hasta el punto que resolvió unos cuestionamientos relacionados con la carga de trabajo, sin que mostrara interés alguno en conocer y participar en dicho proceso.

Explicó que en el trámite de modernización institucional se elabora un estudio técnico, en el cual se analiza si la institución está dando cumplimiento a sus

⁴ Folios 250 a 265.

funciones, objetivos generales y a su misión, para a partir de allí realizar un diagnóstico y así verificar si se hace necesario reformar o mejorar uno o varios elementos de la entidad.

Con relación a los momentos del procedimiento de modernización en los que se evidencia la garantía del debido proceso enunciados por la parte actora, aclaró que en este caso la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable puso de presente a los empleados quiénes integrarían el comité técnico, sin que estos manifestaran reparo alguno. De igual forma, dijo que el expediente contentivo del estudio técnico estuvo a disposición de los interesados, oportunidad en la cual la demandante pudo pedir pruebas o aportar información, e inclusive, agotar los recursos en sede administrativa.

Adujó que la entidad demandada no quebrantó lo preceptuado por el Decreto 1227 de 2005, primero, por cuanto el acto que dio por terminado el nombramiento en provisionalidad fue motivado en debida forma; segundo, porque las plantas de personal pueden ser reformadas por razones de modernización justificadas en estudios técnicos; y tercero, porque el estudio técnico básicamente se fundamentó en la necesidad de racionalizar el gasto público, en concordancia con la realidad financiera de la entidad; el cual, a su vez, cumplió con los requisitos establecidos.

Respecto a las falencias del estudio técnico alegadas por la parte actora, afirmó que para la estructuración de cada uno de sus acápite se dio cumplimiento a lo preceptuado por la *"Guía de Modernización de las Entidades Públicas"*, determinada por el Departamento Administrativo de la Función Pública, sin que la demandante haya analizado los soportes y anexos del informe.

Expuso que las conclusiones derivadas del estudio técnico no son limitadas, subjetivas, ni carentes de sustento factico y legal, pues dicho informe fue adelantado por una persona capacitada, con alta experiencia en la materia y sustentado en la normatividad vigente y en las directrices preceptuadas por el Departamento Administrativo de la Función Pública.

Precisó que la cantidad de funcionarios en una entidad prestadora de salud, no garantiza la calidad en la prestación de los servicios, por el contrario, cuando la planta de personal desborda en cantidad y costos las finanzas de la entidad, se puede generar un detrimento patrimonial y una desmejora en la calidad del servicio,

como ocurrió en el presente caso. Por lo tanto, en atención a la prevalencia del interés general, no puede mantenerse una planta de personal sobreestimada que pueda desembocar en una liquidación de la Empresa Social del Estado.

Frente a las causales de nulidad invocadas por la accionante, argumentó que los presupuestos facticos que sustentan el acto administrativo que dio por terminado su nombramiento en provisionalidad obedecen a la realidad, toda vez que la supresión del cargo se dio en virtud al proceso de modernización institucional. Respecto a la persecución política esgrimida en la demanda, adujo que no hay queja ni evidencia de la misma. Por último, estimó que no se ha desvirtuado la presunción de legalidad del acto administrativo, pues no se determinó en forma clara las normas violadas ni se demostró cuáles fueron los supuestos motivos ajenos que incidieron en la supresión de cargos.

Propuso como excepciones las siguientes:

Ineptitud sustantiva de la demanda: por cuanto, en su concepto, el medio de control idóneo para atacar el Acuerdo No. 011 de 2012 era el de simple nulidad y no procedía solicitar la inaplicación del mismo.

Carencia de razón legal y fáctica para demandar: toda vez que a la demandante no le asistía razón legal para demandar, en la medida en que la resolución que ordenó su retiro del cargo fue motivada y obedece a razones expuestas en el estudio técnico de modernización.

6.- Alegatos de conclusión

6.1.- Parte demandante⁵

La parte actora alegó que el estudio técnico de modernización institucional de la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable no cumple con los lineamientos para los procesos técnico-misionales y de apoyo, pues no se basa en metodologías de diseño organizacional y ocupacional verificables, ni se da garantía al debido proceso.

⁵ Folios 328 a 332.

Sostuvo que la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable vulneró preceptos constitucionales y el precedente jurisprudencial, como quiera que tercerizó un empleo de carácter misional, aun cuando ello se encuentra expresamente prohibido.

Finalmente, adujo que la supresión del empleo ejercido por la demandante en la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable causó la desmejora en la prestación del servicio de salud.

6.2.- E.S.E. Gámeza Municipio Saludable

La entidad demandada guardó silencio.

II.- CONSIDERACIONES

1. Problema Jurídico

El despacho deberá determinar la legalidad del Acuerdo No. 0011 del 28 de diciembre de 2012, expedido por la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado Gámeza Municipio Saludable, así como de la Resolución No. 129 de la misma fecha, proferida por la Gerente de la misma entidad; en orden a establecer si la actora tiene derecho a ser reintegrada al cargo de Auxiliar Área de la Salud código 412 grado 05, porque, a su juicio, la actuación administrativa que determinó la supresión del cargo y su retiro del servicio está afectada de nulidad por la configuración de las causales relacionadas con falsa motivación, expedición irregular y desviación de poder.

2. Marco jurídico y jurisprudencial relativo a la supresión de cargos por reforma a las plantas de personal

El Consejo de Estado ha señalado que, en sentido amplio, la supresión de empleos puede entenderse como la desaparición o reducción de puestos de trabajo en los que los servidores públicos ejercen y desarrollan determinadas y precisas funciones. Al respecto, esa Corporación en sentencia de fecha 27 de agosto de 2015 explicó:

"La supresión de cargos de carrera en la Administración Pública suele presentarse por varias circunstancias, bien por fusión o liquidación de la entidad pública respectiva, por reestructuración de la misma, por modificación de la planta de personal, por reclasificación de los empleos o bien por políticas de modernización del Estado con el fin de hacer más eficaz la prestación del servicio público para el control del gasto público.

El proceso previo a la decisión de suprimir los cargos al interior de una entidad debe ser detallado y riguroso, como garantía de los derechos de ese personal que ante la prevalencia del interés general queda cesante.

Significa, que el proceso de reestructuración de las plantas de personal en la rama administrativa, se encuentra compuesto por una serie de etapas que son necesarias para su prosperidad y que comienzan con la elaboración del estudio técnico, luego, la propuesta de modificación de la planta de personal, el concepto técnico favorable y el concepto de viabilidad presupuestal"⁶.

En relación con la supresión de un cargo de carrera administrativa, el artículo 44 de la Ley 909 de 2004⁷ prevé que esta puede ocurrir por diferentes razones, por ejemplo, como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades públicas, organismos o dependencias; por el traslado de funciones de una entidad a otra; por modificación de la planta de personal; 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 ella 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.

En ese mismo sentido, el artículo 87 del Decreto 1227 de 2005⁸ señala:

*"Artículo 87. Los empleados de carrera a quienes se les supriman los cargos de los cuales sean titulares como consecuencia de la supresión o fusión de entidades o dependencias o del traslado de funciones de una entidad a otra o de modificación de planta, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta y, de no ser posible, a optar por ser reincorporados o a percibir la indemnización de que trata el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, conforme a las reglas previstas en el decreto-ley que regula el procedimiento que debe surtir ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones.
(...)"*

En cuanto a los estudios técnicos, tanto el artículo 46 de la Ley 909 de 2004 como los artículos 95 y 97 del Decreto 1227 de 2005, establecen que cuando de la modificación de cualquier planta de personal se trate, la misma debe estar precedida

⁶ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección "B". Sentencia del 27 de agosto de 2015. Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Radicación número: 25000-23-25-000-2001-09336-02(2779-14).

⁷ "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones".

⁸ "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998".

por estudio técnico que la justifique, que debe fundamentarse en las necesidades del servicio o en razones que propendan por la modernización de la administración, 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.

En efecto, el artículo 46 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 228 del Decreto 019 de 2012, con relación a la reforma de las plantas de personal dispone:

"Artículo 46. Reformas de planta de personal. 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".

De igual forma, el artículo 95 del Decreto 1227 de 2005, sobre el mismo tema, prevé:

"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".

A su turno, el artículo 96 *ibidem*, en cuanto a las razones en las cuales se fundamenta o justifica la modificación de las plantas de personal, establece:

"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 provisionales⁹.

Y en relación con el contenido del estudio técnico el artículo 97 de la misma norma señala:

“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 Consejo de Estado¹⁰ sobre el tema ha concluido que: i) la elaboración de un estudio técnico es el sustento de la reforma a las plantas de personal, que compromete la legalidad del proceso de reestructuración administrativa y su inobservancia genera, como consecuencia, la nulidad de los actos que le siguen; ii) el estudio puede ser elaborado por la respectiva entidad, la Escuela Superior de Administración Pública, firmas especializadas en la materia o profesionales en administración pública u otras profesiones idóneas, debidamente acreditados; iii) el estudio debe contener alguno o varios de los siguientes aspectos: análisis de los procesos técnico misionales y de apoyo, evaluación de la prestación de los servicios y evaluación de las funciones, perfiles y las cargas de trabajo de los

⁹ Se subraya.

¹⁰ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección "A". Sentencia del 22 de abril de 2015. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Radicación número: 05001-23-31-000-2003-03040-01(0471-14).

empleos; iv) debe fundamentarse en instrumentos metodológicos plenamente verificables y v) los empleados inscritos en carrera administrativa gozan de tratamiento preferencial, pues su condición les da la opción de ser reincorporados en forma prioritaria por la entidad a la que prestan sus servicios, pero ello no constituye un imperativo absoluto, pues en caso de no ser posible la incorporación, el empleado tiene derecho a una indemnización.

3. De lo probado en el proceso

3.1. Cuestión previa: de la tacha de testigos

En la audiencia inicial llevada a cabo el día 9 de septiembre de 2015 la apoderada de la parte demandante tachó de sospechosas las declaraciones rendidas por Hugo Leonel Salazar Gómez, Leidy Paola Morales González y José Samuel Medina Alfonso, por considerar que las mismas carecen de objetividad e imparcialidad en cuanto estas personas tienen un vínculo con la entidad enjuiciada¹¹.

Sobre el particular, sea lo primero señalar que la tacha es un cuestionamiento que se realiza respecto del testigo, bien por sus relaciones afectivas o convencionales con las partes, de modo que se evite que su declaración pueda estar influenciada por elementos ajenos a su percepción, lo que lo torna en "sospechoso"¹².

Según lo establece el artículo 211 del Código General del Proceso:

"Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.

La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso".

De igual forma la doctrina ha enseñado que, además de los fundamentos de la tacha previstos en la norma citada, se encuentran los siguientes: (i) la inhabilidad del testigo, (ii) las relaciones afectivas o comerciales con las partes, (iii) la preparación previa al interrogatorio, (iv) la conducta del testigo durante el interrogatorio, (v) el

¹¹ Folios 324 a 327 del cuaderno principal.

¹² NISIMBLAT, Nattan. *Derecho Probatorio. Introducción a los medios de prueba en particular. Principios y técnicas de oralidad*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá, 2014. Pág. 285.

seguimiento de libretos, (vi) la inconsonancia entre las calidades del testigo y su lenguaje, y (vii) la incongruencia entre los hechos narrados¹³.

En cuanto a la declaración del señor Hugo Leonel Salazar Gómez, indicó la apoderada de la parte actora que como quiera que él fue quien realizó el estudio técnico que sirvió de soporte para la reestructuración de la planta de personal de la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable, tal circunstancia implica que su dicho adolezca de objetividad e imparcialidad.

Al respecto, debe señalarse que si bien la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable otrora contrató los servicios del señor Hugo Leonel Salazar Gómez para que coordinara el estudio técnico de modernización de dicha entidad, de tal vínculo contractual no se infiere la existencia de dependencia laboral entre uno y otro contratista, que pueda afectar la objetividad del testigo. Por el contrario, considera el despacho que la declaración del señor Salazar Gómez constituye un testimonio técnico, que en virtud de su conocimiento profesional ayudará a esclarecer algunos aspectos específicos en cuanto al desarrollo del proceso de reestructuración de la E.S.E.

En otras palabras, la relación contractual que existió entre el señor Hugo Leonel Salazar Gómez y la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable no configura *per se* la tacha por sospecha, por cuanto quien conoció y tiene mejor visión de lo ocurrido en el proceso de modernización de la planta de personal de la entidad es precisamente el profesional que elaboró y/o coordinó el estudio técnico. Sin embargo, corresponde al despacho valorar este testimonio con mayor severidad, comparando su declaración con los demás medios de prueba aportados al plenario, a fin de darle credibilidad a lo expuesto por el testigo.

No ocurre lo mismo respecto de los testigos Leidy Paola Morales González y José Samuel Medina Alfonso, quienes fungen, en su orden, como Tesorera de la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable y como Presidente de su Junta Directiva, lo que indudablemente permite concluir que tienen interés directo en el proceso y, por ende, que su declaración no fue objetiva o imparcial, pues es obvio que al existir una relación laboral o económica con la entidad demandada, los declarantes intenten defender los intereses de la misma. En consecuencia, al estar acreditada

¹³ *Ibíd.*, p. 288.

la tacha por sospecha de estos testigos, sus declaraciones no serán tenidas en cuenta para resolver la controversia jurídica que acá se suscita.

3.2. De las pruebas aportadas al proceso

Por medio del Acuerdo No. 003 del 10 de marzo de 2003, la Unidad Administrativa Especial Centro de Salud de Gámeza Municipio Saludable se transformó en una Empresa Social del Estado¹⁴.

La señora Marlen Siaucho Lara fue nombrada en provisionalidad en el cargo de Auxiliar de Enfermería de la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable a través de la Resolución No. 012 del 1º de febrero de 2006¹⁵, tomando posesión en esa misma fecha¹⁶.

La actora laboró en la entidad enjuiciada desde el día 2 de enero de 2006 hasta el 31 de diciembre de 2012, desempeñando las funciones que a continuación se enlistan: mantener arreglado permanentemente el espacio de archivo de historias clínicas, pre consulta, urgencias y esterilización; realizar acciones de enfermería de baja complejidad; asignar citas de consulta médica general, odontología y enfermería, evaluando el tipo de atención de los pacientes y asignarlos al profesional que corresponda; informar oportunamente el profesional responsable sobre situaciones de emergencia y riesgo que observen en los pacientes que requieran atención especial; prestar primeros auxilios en casos de emergencias; registrar RIPS asignados alimentando el correspondiente sistema; realizar actividades de enfermería necesarias para dar comodidad y seguridad al paciente; colaborar con el médico durante el examen físico y ejecutar tratamientos, aplicar inyecciones, canalizar, curaciones, de acuerdo a las indicaciones médicas; aplicar vacunas de acuerdo a las normas establecidas; anotar actividades realizadas en el registro diario de consultas externas para entregar informe mensual de las actividades de cada programa en el plazo establecido; diligenciamiento de tarjetas SICAPS; velar y cuidar por los equipos de su dependencia haciendo mantenimiento preventivo; realizar apoyo y transporte asistencial básico; ejercer las demás funciones establecidas por la ley y estatutos de la entidad¹⁷.

¹⁴ Folios 16 a 28 del cuaderno principal.

¹⁵ Folio 38 del cuaderno principal.

¹⁶ Folio 39 del cuaderno principal.

¹⁷ Folio 40 del cuaderno principal.

Conforme a los documentos que reposan en su hoja de vida, se infiere que la señora Siaucho Lara tiene formación técnica como Auxiliar de Enfermería¹⁸.

Mediante el Acuerdo No. 005 del 3 de octubre de 2012, la Junta Directiva de la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable le concedió facultades a la Gerente por un término de seis (6) meses, *"para adelantar todo lo referente a la parte precontractual, contractual y post contractual para la realización de los estudios necesarios y acordes a la normatividad vigente para la Modernización Institucional"* de la entidad¹⁹.

El día 18 de octubre de 2012, en las instalaciones de la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable, se socializó con el personal que prestaba su servicios en esa entidad la metodología a utilizar en la realización del estudio técnico de modernización institucional, indicando quiénes conformarían el Comité Técnico Interdisciplinario de tal proceso²⁰.

Mediante Acuerdo No. 011 del 28 de diciembre de 2012, la Junta Directiva de la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable adoptó el estudio técnico de modernización institucional presentado por el Administrador Público Hugo Leonel Salazar Gómez y modificó la planta de personal de dicha Empresa Social del Estado²¹. Para el efecto, según se lee en este acto administrativo, la entidad elaboró los estudios de que tratan los artículos 44, 45 y 46 de la Ley 909 de 2004, 86 y siguientes del Decreto 1227 de 2005, el Decreto 785 de 2005 y el Decreto 19 de 2012. Se identificó la problemática funcional administrativa y de finanzas de la entidad, y se propusieron alternativas de modernización institucional, optando por aquellas variables que permitan cuantificar el desempeño y capacidad de los funcionarios; estudio que se adelantó siguiendo las orientaciones establecidas por la guía metodológica elaborada por el Departamento Administrativo para la Función Pública.

Con motivo de dicha modificación, se suprimieron de la planta de personal de la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable: un (1) cargo de enfermero, dos (2) cargos de auxiliar administrativo, cinco (5) cargos de auxiliar área de salud, un (1) cargo de celador y un (1) cargo de conductor.

¹⁸ Folios 41 a 130 cuaderno principal.

¹⁹ Folios 251 y 252 del anexo 1.

²⁰ Folios 249 y 250 del anexo 1.

²¹ Folios 31 a 34 del cuaderno principal.

A través de la Resolución No. 129 del 28 de diciembre de 2012, la Gerente de la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable dio por terminado el nombramiento en provisionalidad hecho a la señora Marlen Siaucho Lara, como Auxiliar Área de la Salud código 412 grado 05; acto administrativo que le fue notificado en esa misma fecha²².

A folios 10 a 238 del cuaderno anexo No. 1 reposa el estudio técnico de modernización institucional de la Empresa Social del Estado Gámeza Municipio Saludable, elaborado por un equipo interdisciplinario conformado por: Magda Lizzeth Rodríguez López, en su calidad de Gerente; Carmen Luz Martínez Barraza, Enfermera Jefe; Leidy Paola Morales González, Técnico Administrativo; el coordinador del equipo de trabajo Hugo Leonel Salazar Gómez, profesional especializado, y el interventor Manuel Ricardo Mesa Trujillo.

Los documentos atrás referidos también se pueden hallar en el cuaderno anexo No. 1, que contiene el expediente administrativo con los antecedentes de la actuación objeto del proceso, aportado por la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable junto con la contestación de la demanda; en donde además se encuentran las siguientes pruebas:

A folios 265 y 266 obra oficio expedido por el Coordinador del Grupo de Administración y Economía Pública del Departamento Administrativo de la Función Pública y dirigido a la Gerencia de la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable, por medio del cual se absolvió algunas inquietudes respecto a adelantar el proceso de reorganización administrativa, en donde se indicó que el mismo debía realizarse teniendo en cuenta la "*Guía de modernización de entidades públicas*" y que de acuerdo a la sentencia C-372 de 1999, las entidades del orden territorial, como es el caso de la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable, no están obligadas a remitir al DAFP, para su aprobación o concepto, las propuestas de reorganización institucional con los respectivos estudios técnicos.

A folios 289 a 309 reposa la Resolución No. 1877 del 30 de mayo de 2013, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, por medio de la cual se efectúa la categorización del riesgo de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial para la vigencia 2013, en la cual la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable aparece

²² Folios 35 a 37 del cuaderno principal.

catalogada con riesgo bajo.

A folios 346 a 414 se encuentra la hoja de vida del señor Hugo Leonel Salazar Gómez, coordinador del estudio técnico de modernización institucional de la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable, en la que se indica que es Administrador Público y Tecnólogo en Administración Pública y cuenta con estudios de Especialización en Gerencia en Salud Pública.

Las pruebas decretadas en la audiencia inicial²³ fueron recaudadas en el proceso así:

El Secretario de Salud de Boyacá certificó los servicios habilitados por la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable, aclarando que los mismos corresponden a un nivel de complejidad bajo²⁴.

Mediante certificado de fecha 11 de julio de 2014, la Gerente de la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable relacionó las personas que prestan el servicio de salud en esa entidad²⁵.

A folio 309 se encuentra un oficio suscrito por el Subdirector de Prestación de Servicios del Ministerio de Salud y Protección Social, en el que informa que esa cartera no ha expedido norma que determine los empleos que en las Empresas Sociales del Estado se consideran misionales. No obstante, trajo a colación el artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, el cual fue declarado exequible de forma condicionada por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-171 de 2012, en el entendido que la potestad de contratación otorgada por ese artículo a las Empresas Sociales del Estado para operar mediante terceros, solo podrá llevarse a cabo siempre y cuando no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, cuando estas funciones no puedan desarrollarse por parte de personal de planta de la entidad o cuando se requieran conocimientos especializados.

A su turno, la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante el oficio visible a folio 409, explicó que el empleo misional es aquel cuyo manual de funciones y competencias laborales contempla actividades o funciones directamente

²³ Folios 284 a 288 del cuaderno principal.

²⁴ Folios 293 a 296 del cuaderno principal.

²⁵ Folio 306 del cuaderno principal.

relacionadas con el cumplimiento de la razón de ser o propósito de la autoridad pública. Que para el caso de las Empresas Sociales del Estado, que prestan servicios de salud, podrían ser empleos misionales los correspondientes al personal médico, de enfermería y auxiliares de enfermería, distintos a los que ejercen funciones para el área administrativa, contable o financiera, los cuales son comunes en cualquier entidad pública. Empero, advirtió que no es posible certificar cuáles son los empleos misionales de todas las Empresas Sociales del Estado existentes en el territorio nacional de I, II, III y IV nivel, toda vez que no es competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil la administración del personal de dichas instituciones, pues esto le corresponde directamente al nominador de las respectivas entidades y a la entidad territorial, quien es la que adopta la estructura de la planta de personal para cada caso en particular.

De igual forma en el cuaderno anexo No. 2 se encuentran, entre otros, los siguientes documentos:

Copia de los contratos celebrados por la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable con personas naturales o jurídicas, para la prestación de servicios en el área de la salud de la institución.

Copia de las hojas de vida de las personas que prestan los servicios en el área de la salud en la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable.

Acuerdo No. 003 del 13 de octubre de 2005, *“por medio del cual se adopta el manual específico de funciones y de competencias laborales y el de procedimientos para los empleos de la planta de personal de la Empresa Social del Estado Gámeza Municipio Saludable”*²⁶.

Nuevo manual de funciones y de competencias laborales de la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable, adoptado con motivo del Acuerdo No. 0011 del 28 de diciembre de 2012, por el cual se efectuó la modernización institucional y modificación de la planta de personal de dicha entidad²⁷.

Oficio suscrito por la Gerente de la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable y dirigido a los funcionarios de tal entidad, por medio del cual los invita a la socialización y

²⁶ Folios 224 a 296 del anexo 2.

²⁷ Folios 297 a 335 del anexo 2.

conformación del comité interdisciplinario para adelantar el proceso de modernización institucional, el día 18 de octubre de 2012²⁸.

Constancia secretarial del 18 de octubre de 2012, en la que se hizo constar que se publicó en la cartelera de la entidad comunicación sobre la iniciación del proceso de modernización institucional de la E.S.E.²⁹.

Comunicación de la Gerente de la entidad enjuiciada de fecha 9 de octubre de 2012, por medio de la cual se informó a los trabajadores de la E.S.E. sobre la iniciación del proceso de modernización, indicando que los interesados en participar y conocer más, podían hacerse presentes en la Gerencia³⁰.

Actas elaboradas por el comité interdisciplinario, que soportan los avances del proceso de modernización de la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable³¹.

Finalmente, en la audiencia de pruebas celebrada el día 9 de septiembre de 2015 se recibieron los testimonios (i) de Hugo Leonel Salazar Gómez quien realizó el estudio técnico reestructuración de la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable; (ii) de Ana Oneida Acero Parra quien labora en Caprecom en el Municipio de Gámeza; y (iii) de Flor del Carmen García Cuta quien funge como representante de la Asociación de Usuarios de la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable³².

4. Caso concreto

De la lectura de la demanda se infiere que, en criterio de la parte actora, el estudio técnico que conllevó a la modificación institucional de la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable y que sirvió de base para la supresión del cargo que ocupaba la señora Marlen Siaucho Lara, omitió el cumplimiento de los presupuestos legales para su validez y su contenido y alcance es limitado e insuficiente, además, no refleja la realidad fáctica de la entidad. De igual manera considera que con esta reforma institucional no se buscó el mejoramiento del servicio público, sino que la misma estuvo sustentada en razones ajenas a tal fin.

²⁸ Folio 336 del anexo 2.

²⁹ Folio 337 del anexo 2.

³⁰ Folio 338 del anexo 2.

³¹ Folios 339 a 350 del anexo 2.

³² Folios 324 a 327 del cuaderno principal.

De cara al anterior planteamiento, se hace necesario abordar cada uno de los cuestionamientos efectuados por la parte actora, de la siguiente forma:

4.1. Del estudio técnico

Tal como se expuso en el marco jurídico de esta providencia, la supresión de empleos de carrera administrativa exige como requisito previo la elaboración de un estudio técnico, como sustento de la reestructuración administrativa y la modificación de las plantas de personal.

En ese orden de ideas, es necesario examinar el estudio técnico que realizó la entidad enjuiciada previo al proceso de supresión de empleos, en aras de comprobar si el mismo cumple con las disposiciones contenidas en la Ley 909 de 2004, reglamentada por el Decreto 1227 de 2005 y modificada por el Decreto 019 de 2012.

Al respecto, es del caso advertir que recientemente el Tribunal Administrativo de Boyacá emitió un pronunciamiento en un caso con idénticos presupuestos fácticos al que acá se estudia, en el que también se solicitaba la inaplicación del Acuerdo No. 0011 de 2012, “*Por el cual se adopta la modernización institucional y modifica la planta de personal de la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable y se dictan otras disposiciones*”, y la nulidad del acto administrativo que dio por terminado el nombramiento de la demandante³³.

Por la relevancia de los argumentos allí expuestos, esta instancia judicial considera apropiado reproducir *in extenso* el análisis efectuado por esa Corporación Judicial al estudio técnico adoptado por la Junta Directiva de la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable, así:

“Encuentra la Sala que el “ESTUDIO TÉCNICO DE MODERNIZACIÓN INSTITUCIONAL DE LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO CENTRO DE SALUD GÁMEZA MUNICIPIO SALUDABLE”, fue elaborado por el equipo de trabajo conformado así: - Magda Lizzeth Rodríguez López (Gerente), - Carmen Luz Martínez Barraza (Enfermera jefe), - Leidy Paola Morales González (Técnico administrativo) - Hugo Leonel Salazar Gómez (Coordinador del equipo de trabajo) y - Manuel Ricardo Mesa Trujillo (Interventor).

Del análisis efectuado al estudio técnico desde la misma introducción, se evidencia

³³ Tribunal Administrativo de Boyacá - Sala de Decisión No. 5. Sentencia del 19 de julio de 2016. M.P. Félix Alberto Rodríguez Riveros. Radicado: 15238-33-33-002-2013-00171-02. Demandante: Derly Samanta Bohórquez Cely. Demandado: E.S.E. Gámeza Municipio Saludable.

que el fin último era la modernización institucional de la E.S.E. GÁMEZA MUNICIPIO SALUDABLE, con el propósito de elevar la capacidad institucional y lograr mayor efectividad en su gestión y así establecer una estructura orgánica y una planta de personal capacitada para responder a las necesidades del servicio.

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

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

Encuentra la Sala que dentro del estudio existe un análisis externo (entorno político, entorno económico, entorno social, entorno tecnológico), un análisis financiero y un análisis interno de la E.S.E. GÁMEZA MUNICIPIO SALUDABLE.

En cuanto a las finanzas institucionales, dentro del estudio se consideró que: "Uno de los problemas estructurales que presenta la E.S.E. Gameza Municipio Saludable, es la poca importancia que le da a los procesos misionales o básicos y la jerarquía a los procesos de apoyo, generando desequilibrios entre la aplicación de las normas en materia de talento humano, de recursos y competencias; y demás normas sectoriales las cuales por si solas no generan el valor agregado, como la administración de los recursos del ingreso y la ejecución del gasto que normalmente se descargan en la Oficina de Apoyo Administrativo y/o Tesorería de la E.S.E. generando demora e ineficiencia e ineficacia en cada uno de los procesos o procedimientos ejecutados en este sitio de trabajo y que al final de la operación financiera; sus ingresos no alcanzan a cubrir las obligaciones salariales de una planta de personal establecida sin estudios previos económicos, técnicos y financieros que le garantizaran su sostenibilidad financiera" (fl. 186).

El análisis financiero, fue elaborado teniendo en cuenta el presupuesto de la E.S.E. para los años 2009 a 2012, por medio del cual se evaluó la evolución de las finanzas como fundamento para fijar las pautas que dieron lugar a la modernización, arrojando unos resultados de déficit para el año 2009 de -\$81.022.712, para el 2010 de -\$86.717.608, para el 2011 de -\$53.826.255 y para el 2012 de -\$102.137.370.

Como se dispuso en el marco normativo, conforme el artículo 97 del Decreto 1227 de 2005, los estudios que soportan las modificaciones de las plantas de personal deberán contener, como mínimo un análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo, evaluación de la prestación de los servicios y evaluación de las funciones, los perfiles y las cargas de trabajo de los empleos.

Encuentra la Sala que en el estudio técnico en el análisis interno se encuentra el numeral "5.4. Identificación del mapa de proceso y cadena de valor", en el que se identifica una problemática al interior de la entidad teniendo en cuenta que no existe claridad de las funciones que cada trabajador tiene a su cargo, pues no existe pleno conocimiento y por tanto aplicación del manual de funciones pues textualmente se indicó: "Al interior de la entidad no existe claridad de los procesos que desarrolla y los funcionarios no identifican si el proceso es estratégico, misional, de apoyo o de control y evaluación, simplemente los funcionarios ejecutan las funciones que tradicionalmente han desarrollado en sus puestos de trabajo".

A folios 220 se identifican los procesos que desarrolla la E.S.E. GAMEZA MUNICIPIO SALUDABLE, con el fin de dar cumplimiento a las funciones y competencias designadas constitucional y legalmente, indicando sus responsables, en donde se concluyó: "Aunque la comunidad desea que la E.S.E. realice consulta de urgencias en las noches y los fines de semana, esto es imposible debido a que no se cuenta con las mínimas condiciones, ni los recursos para garantizar una

atención de excelente calidad".

Más adelante se hizo una revisión en cuanto a la necesidad de los procesos, si los mismos deben ser ejecutados directamente por el E.S.E. o si un tercero los puede desarrollar y si esos procesos se están adelantando por varias dependencias de la entidad, o por otras entidades del sector. La conclusión de dicho análisis puede observarse en la tabla obrante a folio 225, en el que se concluyó que efectivamente todos los procesos son necesarios, deben ser ejecutados por la entidad, no se lleva a cabo en otras dependencias, y algunos procesos pueden ser contratados con terceros.

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

Ahora bien, en el numeral 5.7. del estudio técnico puede evidenciarse la evaluación de la prestación del servicio, el cual se realizó por medio de encuestas de satisfacción, realizadas a los usuarios sobre la prestación del servicio de la E.S.E. GAMEZA MUNICIPIO SALUDABLE, en las cuales se evidencia un significativo progreso para el primer semestre de 2012, respecto del último semestre de 2011, y en él se indica que: "el reto para la empresa es lograr la satisfacción al cien por ciento de sus usuarios, para lo cual se debe establecer planes de mejoramiento y diseñar estrategias que le permita alcanzar dicha meta" (fl. 233).

Del mismo modo, se encuentra que en el numeral 6 del estudio técnico se desarrolló lo concerniente a la evaluación de funciones, perfiles y cargas de trabajo de los empleos existentes en la E.S.E. GAMEZA MUNICIPIO SALUDABLE. En lo que atañe a los perfiles y hojas de vida, se analizó y valoró la formación académica y experiencia como puede observarse en el cuadro obrante a folio 257, y se indicó que esa valoración es un instrumento técnico para determinar qué funcionarios debían ser incorporados a la nueva planta de personal y cuales debían ser retirados del servicio.

En cuanto a las cargas de trabajo se analizó cada uno de los empleos de la planta de personal, y se indicó que era con el propósito de "determinar cuál es la planta mínima de personal, con la cual la entidad pueda cumplir eficiente y eficazmente sus cometidos institucionales" (fl. 261), concluyendo que para que la E.S.E. funcione normalmente requiere de una planta de personal conformada por 6 personas, cifra tentativa dice el estudio. Respecto de los cargos de auxiliar administrativo (que desempeñaba la demandante), dispuso que una vez delimitadas sus tareas y analizando el tiempo que necesitan para su ejecución, algunas de tipo administrativo pueden ser asignadas a la gerencia, y las tareas de asignación de citas y atención de usuarios las puede realizar el auxiliar de turno por cuanto la frecuencia de esta labor es baja.

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

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

A folio 276 se evidencia, en el numeral 7.4. del estudio técnico, los costos de la planta de personal anuales que tenía la E.S.E. antes del proceso de modernización, con un valor total de \$250.917.858.

Posteriormente en el numeral 8 se hace la propuesta de modernización institucional a la Junta directiva de la E.S.E., la cual, según el estudio, fue precedida de consultas hechas a la Comisión Nacional del Servicio Civil en lo que respecta a la carrera administrativa y al Departamento Administrativo de la Función Pública y se motivaba en necesidades del servicio y auto sostenibilidad económica y financiera.

En el numeral 8.2.1. se establecen los cargos a suprimir, dentro de los que se consagró el de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 05, el que desempeñaba la demandante, por considerar que este cargo no es necesario, y que las funciones serían reasignadas a la gerencia y al técnico administrativo (fl. 280).

Y a folios 281 a 283 aparece la planta de personal propuesta, dejando 1 cargo de gerente, 1 técnico administrativo, 2 profesionales de servicio social obligatorio, 1 auxiliar del área de la salud y 1 auxiliar de servicios generales. Y en el folio 283 se pueden observar los costos anuales de la planta de personal propuesta, señalando como valor total la suma de \$112.524.870., generándose una diferencia con respecto a los costos de la planta antes de la modernización de \$138.392.988.

Finalmente, en el numeral 9 del estudio, se aprecian unas conclusiones sobre la situación de la E.S.E. GAMEZA MUNICIPIO SALUDABLE antes de la modernización y unas recomendaciones para la implementación de las acciones correctivas que la empresa debe emprender en busca de su transformación hacia una organización moderna y óptima. Una de las conclusiones que a juicio de esta Sala fue determinante para la supresión de los empleos es la concerniente a que "los cargos del área de apoyo son mayores a los asignados al área misional", es decir, existían más cargos de tipo administrativo que profesionales en el área de salud que contribuyeran a la prestación de un mejor servicio³⁴.

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

Así, resulta claro que el estudio técnico cumplió lo ordenado por el artículo 97 del Decreto 1227 de 2005, ya que el mismo fue elaborado por un equipo interdisciplinario idóneo, organizado por la propia entidad; se basó en metodologías de diseño organizacional y ocupacional previstas y reglamentadas por el

³⁴ Subraya el Juzgado.

Departamento Administrativo de la Función Pública; y desarrolló, entre otros aspectos, lo concerniente al análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo, la evaluación de la prestación de los servicios y la evaluación de las funciones, los perfiles y las cargas de trabajo de los empleos.

Es así como de él se pudo concluir la necesidad de modificación de la planta de personal de la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable, con el propósito de adecuarla a la nueva estructura administrativa, dando cumplimiento a las disposiciones legales vigentes para el efecto, permitiendo su modernización y contribuyendo a lograr sus objetivos institucionales de manera eficaz y eficiente. Así mismo, permitió que la E.S.E. fuera auto sostenible financieramente y ello se reflejó en el mejoramiento de la prestación del servicio de salud.

Tampoco le asiste razón a la parte actora al señalar que con la supresión del cargo de la demandante se haya desmejorado el servicio de salud de la entidad, pues como se vio, el estudio técnico hizo un análisis de los cargos a suprimir, evaluando los perfiles y las hojas de vida de los empleados, para señalar qué funcionarios debían ser incorporados a la nueva planta de personal.

Además, como bien lo señaló el Tribunal Administrativo de Boyacá en sentencia de 13 de septiembre de 2016, el estudio técnico concluyó que el cargo de Auxiliar Área de la Salud no era necesario, *“teniendo en cuenta la frecuencia de uso de los servicios y la posibilidad de que el profesional realice las actividades propias de su servicio sin que exista la necesidad de contar con un auxiliar”*.³⁵

Ahora, en cuanto a la calidad de la persona encargada de realizar el estudio técnico, es del caso referir, tal como lo ha dicho el Consejo de Estado, que los estudios técnicos que sirvan de base a las reformas de plantas de personal deben ser *“elaborados por las respectivas entidades, la Escuela Superior de Administración Pública, firmas especializadas en la materia, o profesionales en administración pública u otras profesiones idóneas, debidamente acreditados, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional”*³⁶. De lo cual se colige que la ley y la jurisprudencia exigen un grado de idoneidad del profesional o los profesionales a

³⁵ Tribunal Administrativo de Boyacá - Sala de Decisión No. 2. Sentencia del 13 de septiembre de 2016. M.P. Luis Ernesto Arciniegas Triana. Radicado: 15238-33-33-002-2013-00175-02. Demandante: Leticia Naranjo Parra. Demandado: E.S.E. Gámeza Municipio Saludable.

³⁶ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección B. Sentencia del 10 de febrero de 2011. C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Radicación número: 68001-23-31-000-2002-01342-01(401-10).

quienes se les encomienda el desarrollo del estudio.

En el presente caso, como se ha venido mencionando, el Coordinador del equipo de trabajo encargado de elaborar el estudio técnico fue el señor Hugo Leonel Salazar Gómez, cuya hoja de vida reposa a folios 346 a 414 del cuaderno anexo No. 1, en la cual se evidencia que es Administrador Público y Tecnólogo en Administración Pública y cuenta con estudios de Especialización en Gerencia en Salud Pública, con amplia experiencia en el sector público y asesor de otros procesos de modernización institucional de entidades territoriales del Departamento de Boyacá; formación académica y experiencia que hacen concluir que este profesional es una persona idónea y capacitada para la elaboración del estudio técnico que dio origen al proceso de modernización de la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable.

Se entiende entonces que un estudio de tal magnitud requiere conocimientos profesionales especializados, de manera que el mismo debe ser controvertido también por personas con igual capacitación que conceptúen sobre la calidad, metodología e idoneidad del estudio objeto de reproche, pues el análisis de los estudios técnicos es un asunto de administración y gestión que no corresponde a la especialidad jurídica³⁷.

Así lo ha considerado el Tribunal Administrativo de Boyacá al tratar asuntos similares:

"En este orden de ideas, si el actor consideraba que el estudio no se hizo acorde con la metodología requerida, no bastaban sus conclusiones o criterios para aceptar que tal argumentación tenía vocación de prosperidad, pues estaba obligado a desvirtuar tal estudio, mediante prueba pericial sin estarse únicamente a su parecer.

Tampoco resulta válido que el recurrente ponga en entredicho los Estudios Técnicos, con la sola afirmación de que "la entidad demandada simplemente allegó un CD que contiene el supuesto estudio técnico", pues si dudaba de la existencia de este documento dentro del plenario o de su contenido, había debido demostrar lo contrario, o hacer ver con elementos probatorios, que su contenido no correspondía a la realidad, pues sabido es, que es deber del accionante llevar al juez los suficientes elementos de prueba que demuestren con certeza la existencia de los vicios alegados

(...)

Así entonces, las afirmaciones de falencias de los Estudios Técnicos que sirvieron de fundamento a la reestructuración de la planta de personal no pasaron de allí,

³⁷ Tribunal Administrativo de Boyacá - Sala de Decisión No. 2. Sentencia del 13 de septiembre de 2016. M.P. Luis Ernesto Arciniegas Triana. Radicado: 15238-33-33-002-2013-00175-02.

*ninguna prueba aportó para justificar tales asertos. Para la Sala no surge evidente la falta ni falsa motivación, ni la desviación de poder que se endilga a los actos acusados*³⁸.

En este punto es del caso recordar que con la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) y del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), se otorgó no solo la posibilidad, sino que es un deber de las partes³⁹, aportar dictámenes periciales emitidos por instituciones o profesionales especializados e idóneos⁴⁰, *“para verificar los hechos que interesen al proceso y que requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos”*⁴¹.

En consecuencia, si la parte actora consideraba que el estudio técnico que sirvió de base para la supresión de cargos de la planta de personal de la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable no era apto o no se acompañaba a los presupuestos legales, ha debido aportar con la demanda una experticia técnica que llevara al convencimiento del juez que, en efecto, dicho estudio era incompatible con la realidad fáctica de la entidad, lo que en este caso no ocurrió. Por el contrario, tal como lo dejó sentado el Tribunal Administrativo de Boyacá, el estudio técnico de modernización institucional de la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable reflejó un análisis detallado, completo y acorde a las disposiciones legales.

En esas condiciones, el despacho considera que el estudio técnico se ajustó a lo dispuesto por la Ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios, especialmente por el Decreto 1227 de 2005, pues se repite, se trata de un documento elaborado por un equipo interdisciplinario que trató los aspectos establecidos en el artículo 97 de

³⁸ Tribunal Administrativo de Boyacá - Despacho de Descongestión No. 6. Sentencia del 27 de junio de 2013. M.P. Javier Humberto Pereira Jáuregui. Radicado: 2005-2368-01. (Subrayado fuera de texto).

³⁹ *“El CGP reguló de manera diferente y novedosa la prueba pericial, porque la parte que pretenda valerse de un dictamen pericial deberá aportarlo en la respectiva oportunidad para pedir pruebas - arts. 226 y 227 del CGP-. Excepcionalmente el juez la decretará a petición de parte, si se trata del amparado pobre. También lo hará oficiosamente cuando lo considere necesario, en cuyo caso deberá acudir, preferiblemente, a instituciones especializadas públicas o privadas de reconocida trayectoria e idoneidad -art. 229 CGP-.*

Por su parte, el CPACA contempla un sistema mixto que autoriza tres vías de producción y obtención del dictamen: (i) la aportación del dictamen; (ii) solicitud de decreto del dictamen; (iii) el decreto de oficio.” (Tomado del texto denominado “Audiencia Inicial y Audiencia de Pruebas, Ley 1437 de 2011”. Autor Dr. William Hernández Gómez. XXI Encuentro de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, “Hablan las Regiones”, septiembre 30 y octubre 1 de 2015).

⁴⁰ Artículos 219 del CPACA y 227 del Código General del Proceso.

⁴¹ Artículo 226 del Código General del Proceso.

dicha norma, estos son, el análisis de los procesos técnico misionales, la evaluación de la carga de trabajo y la evaluación de los servicios, del cual se concluyó la necesidad de modificación de la planta de personal de la entidad, debido a la difícil situación económica que atravesaba.

4.2. De la vulneración al debido proceso en el trámite de reestructuración administrativa de la entidad demandada

Alegó la parte actora que en el procedimiento administrativo de modernización adelantado por la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable, orientado a la supresión de empleos, se vulneró la garantía del derecho al debido proceso de la demandante, como quiera la E.S.E. no avisó ni comunicó a sus empleados de la iniciación del proceso de modernización ni de la integración del Comité Interdisciplinario para el efecto. Por consiguiente, los empleados no contaron con la oportunidad procesal para ejercer el derecho de defensa y contradicción al interior del referido proceso de modernización. De igual forma, adujo que las actuaciones adelantadas en el proceso de modernización de la entidad no constaron en un expediente, y de existir, este no fue puesto a disposición de los empleados para su examen⁴².

Al respecto, el despacho considera que no le asiste razón a la demandante, pues una vez revisado el material probatorio aportado al proceso se encuentra un oficio suscrito por la Gerente de la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable, dirigido a los empleados de esa entidad, en el que los invita a la socialización y conformación del comité interdisciplinario para adelantar el proceso de modernización institucional⁴³. Sin embargo, no obra constancia ni prueba alguna que demuestre que la señora Marlen Siaucho Lara, ni los demás trabajadores de la entidad se hayan acercado a la Gerencia a pedir más información sobre el proceso de modernización que comenzaba.

Además, obra dentro del plenario constancia de fecha 18 de octubre de 2012, suscrita por la Secretaria de la entidad enjuiciada, en la cual se hizo constar que se había publicado en la cartelera de la ESE la comunicación dirigida a los funcionarios sobre la iniciación del proceso de modernización, la cual permaneció fijada desde el 9 al 17 de octubre de ese mismo año⁴⁴.

⁴² Folios 6 vuelto y 7.

⁴³ Folio 336 del anexo 2.

⁴⁴ Folio 337 del anexo 2.

De la socialización de la metodología y conformación del comité interdisciplinario llevada a cabo el 18 de octubre de 2012 se elevó un acta en la que se evidencia que a pesar de la importancia de esta reunión, la demandante no se hizo presente, desaprovechando entonces la oportunidad para oponerse a la metodología que se iba a adelantar dentro del proceso de modernización o para pronunciarse sobre la idoneidad de los miembros del comité⁴⁵.

Ahora, en cuanto a la manifestación relacionada con la inexistencia de un expediente del proceso de modernización o su falta de acceso a los empleados, se advierte que en el cuaderno anexo No. 2 se encuentran las hojas de vida de los integrantes del comité interdisciplinario, los oficios atrás referidos, así como las actas que soportan los avances del proceso, documentos que se supone estaban a disposición de los empleados y fueron socializados en las reuniones realizadas y, de no ser así, podían ser solicitados en ejercicio del derecho de petición, sin que se evidencie que la demandante hubiera hecho uso del mismo.

A partir de lo anterior se infiere que en este caso no se encuentra probada la supuesta vulneración al debido proceso por parte de la entidad demandada, al contrario, a partir del material probatorio se observa que el proceso de modernización de la institución fue desarrollado públicamente, sin que la actora hubiera realizado reparo alguno al respecto.

4.3. De las actividades misionales de las Empresas Sociales del Estado y la celebración de contratos de prestación de servicios con posterioridad a la supresión de cargos

Adujo la parte actora que las funciones inherentes al cargo que venía ocupando la señora Marlen Siaucho Lara, en la actualidad las cumple una persona vinculada a la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable, probablemente, mediante las llamadas órdenes de prestación de servicios y cooperativas de trabajo asociado, formas de vinculación proscritas por la normatividad vigente⁴⁶. De igual forma dijo que las funciones del Auxiliar Área de la Salud, aunque asistenciales, no pueden dejarse de ejecutar en razón a su importancia; en tal sentido dedujo que estas ostentan un carácter misional y, por tanto, su prestación no puede tercerizarse⁴⁷.

⁴⁵ Folios 339 y 340 del anexo 2.

⁴⁶ Folio 5.

⁴⁷ Folio 12.

Al respecto, en primera medida debe señalarse que, conforme a la Guía de Modernización Institucional en los Organismos y Entidades de la Administración Pública, la función misional de una Empresa Social del Estado prestadora del servicio de salud está ligada directamente con los servicios que presta, como los de medicina o de enfermería, los cuales, a su vez, pueden recibir soporte de los procesos de apoyo para su buen funcionamiento y operación⁴⁸.

En segundo lugar ha de advertirse que, de acuerdo con el Decreto 4588 de 2006 y la Ley 1233 de 2008, está prohibida la contratación de servicios misionales a través de cooperativas de trabajo asociado, impidiendo que se desnaturalice el contrato estatal y que las Cooperativas de Trabajo Asociado sean utilizadas como formas de intermediación laboral.

Y de conformidad con el artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, declarado exequible de manera condicionada mediante sentencia de la Corte Constitucional C-171 de 2012, "*Las Empresas Sociales del Estado podrán desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros, Empresas Sociales del Estado de mayor nivel de complejidad, entidades privadas o con operadores externos, previa verificación de las condiciones de habilitación conforme al sistema obligatorio de garantía en calidad*"; en el entendido que esta potestad de contratación para operar mediante terceros, solo podrá llevarse a cabo siempre y cuando no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, cuando estas funciones no puedan llevarse a cabo por parte del personal de planta de la Empresa Social del Estado o cuando requiera conocimientos especializados.

⁴⁸ "Existen cuatro clases de procesos:

5.4.1 Procesos estratégicos: Son aquellos que orientan, evalúan y hacen seguimiento a la gestión de la entidad, incluyen procesos relativos al establecimiento de políticas y estrategias, fijación de objetivos, provisión de comunicación y aseguramiento de la disponibilidad de recursos necesarios.

5.4.2 Procesos Misionales: Son aquellos que contribuyen directamente al cumplimiento de los objetivos y a la razón de ser de la organización; su objetivo fundamental es entregar los productos o servicios que el cliente o usuario requiere para satisfacer sus necesidades.

Estos procesos también se conocen como críticos o claves de la organización.

5.4.3 Procesos de apoyo: Son aquellos que dan soporte para el buen funcionamiento y operación de los procesos estratégicos y misionales de la organización.

5.4.4 Procesos de control y evaluación: Son aquellos que adelantan las mismas dependencias responsables del proceso o la oficina de control interno o quien haga sus veces, para verificar que los resultados y acciones previstas se cumplieron de conformidad con lo planeado".

Se colige entonces que a las instituciones de salud les está prohibido suprimir cargos de la planta de personal que tengan funciones misionales, para ser contratadas mediante cooperativas de trabajo asociado o mediante contratos de prestación de servicio.

Sobre el tema, de tiempo atrás el Consejo de Estado ha considerado que no es violatoria *per se* la posibilidad de sub-contratar servicios asignados antiguamente a empleados públicos, siempre y cuando la utilización de esta figura esté encaminada al desempeño de funciones transitorias o accidentales⁴⁹.

Posteriormente dicha Corporación avanzó en el desarrollo de esta tesis, al señalar que en casos de supresión de cargos cuyas funciones corresponden al giro ordinario de la actividad de la administración, estas labores no pueden ser atribuidas permanentemente a los contratistas⁵⁰.

De lo anterior se desprende que efectuada la supresión de cargos de la planta de personal, está permitida la contratación de terceros a través de contratos de prestación de servicios, siempre y cuando se trate de funciones transitorias o accidentales. Empero, para el ejercicio de funciones de carácter permanente, deberán crearse los empleos correspondientes y en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones.

Esto quiere decir que si la parte demandante, en un caso de supresión de cargos, alega que hubo tercerización en el proceso de modernización institucional, corresponde a la misma allegar los medios de prueba que acrediten tal situación. En efecto, en un caso similar al que acá se analiza, el órgano vértice de la jurisdicción contenciosa administrativa negó las pretensiones de la demanda por

⁴⁹ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección "B". Sentencia del 3 de febrero de 2011. C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Radicación número: 05001-23-31-000-2003-02037-01(2094-09). En esta sentencia se dijo: "...la reestructuración de una entidad estatal bien puede implicar que el cumplimiento de los cometidos institucionales se atienda a través de diversos mecanismos, entre los que se cuenta la suscripción de contratos de prestación de servicios, y ello no desvirtúa la necesidad de la supresión de los empleos. La forma como se desarrolla la actividad de los servidores públicos difiere sustancialmente de la de los contratistas prestadores de servicios. En estas condiciones, dentro de la política de la entidad o de los estudios que den lugar a la supresión de empleos, bien pueden considerarse innecesarios servicios permanentes para determinadas áreas de la entidad y concluirse que tales actividades pueden asumirse a través de servicios transitorios, ocasionales o, incluso, contratados a través de terceros. De esta forma el cargo planteado tampoco está llamado a prosperar".

⁵⁰ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección "A". Sentencia del 17 de mayo de 2012. C.P. Luis Rafael Vergara Quintero. Radicación número: 41001-23-31-000-2002-00021-01(0287-09).

ausencia de elementos de convicción que demostrasen el cargo invocado. En aquella oportunidad se dijo:

“Ahora bien, la demandante aseguró que con posterioridad a su desvinculación se siguieron vinculando a nuevas personas para desempeñar la misma actividad situación que, en su sentir, desvirtúa la necesidad de reducir en número tal cargo.

No obstante la anterior afirmación, al expediente no se allegaron pruebas de tales vinculaciones posteriores, en cargos adicionales a los que permanecieron en la planta de personal que surgió en virtud de la modificación de la estructura de la entidad, lo que impide desvirtuar la legalidad de la decisión de la administración por falta de prueba de tal hecho.

Sin embargo, vale la pena resaltar que de conformidad con lo señalado en el estudio técnico citado, sí existía la posibilidad de realizar nuevas vinculaciones, pero todas ellas temporales, a efectos de cubrir situaciones administrativas tales como licencias, vacaciones, incapacidades, entre otras.

Así las cosas la parte que alega un vicio que puede afectar la legalidad del acto administrativo que se cuestiona, está obligada a suministrar las pruebas que pretende hacer valer para desvirtuar la presunción legal, pero como en el caso bajo análisis no se probó que se hubiera configurado alguna de las causales invocadas, debe confirmarse la sentencia proferida por el a quo, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda⁵¹.

En el *sub examine* se observa que en la audiencia inicial se ordenó oficiar al Ministerio de Salud y Protección Social, así como a la Comisión Nacional del Servicio Civil, para que certificaran los empleos que se consideran misionales para que las Empresas Sociales del Estado de primer, segundo, tercer y cuarto nivel de atención presten los servicios de salud para las que son habilitadas por las autoridades correspondientes⁵².

El Subdirector de Prestación de Servicios del Ministerio de Salud y Protección Social, mediante oficio radicado el 23 de septiembre de 2014, informó que *“no es posible expedir la certificación solicitada por el despacho, en razón a que este Ministerio no ha expedido norma que determine los empleos que en las Empresas Sociales del Estado se consideran misionales.”*⁵³

La Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante Oficio 02–2014EE-21064 del 11 de julio de 2014⁵⁴, indicó:

⁵¹ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”. Sentencia de 13 de febrero de 2014. C.P. Luis Rafael Vergara Quintero. Radicación No. 05001-23-31-000-2003-00397-01 (1244-12).

⁵² Folio 285 vuelto.

⁵³ Folio 309.

⁵⁴ Folio 313.

"Para el caso de empresas sociales del Estado, que prestan servicios de salud, podrían ser empleos misionales los correspondientes al personal médico, de enfermería y auxiliares de enfermería, distintos a los que ejercen funciones para el área administrativa, contable o financiera, los cuales son comunes en cualquier entidad pública. Se precisa que para determinar qué empleos son misionales y transversales en las distintas empresas sociales del Estado, es necesario analizar cada una de sus plantas de personal adoptadas por la respectiva entidad territorial, por cuanto no todas son iguales o uniformes y responderán a las particularidades y necesidades de cada institución.

Con todo, no es posible que esta entidad certifique cuáles son los empleos misionales de todas las Empresas Sociales del Estado existentes en el territorio nacional de I, II, III y IV nivel, toda vez que no es competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil la administración del personal de dichas instituciones, esto le corresponde directamente al nominador de las respectivas entidades y a la entidad territorial, quien es la que adopta la estructura de la planta de personal para cada caso en particular"⁵⁵.

Por su parte el Secretario de Salud de Boyacá, por medio del Oficio ODE No. 219 del 8 de julio de 2014, manifestó: *"En referencia a la certificación de los empleos que se consideran misionales para las E.S.E., de primero y segundo nivel, será cada entidad la que defina tal circunstancia teniendo en cuenta los servicios habilitados y de acuerdo al estudio Técnico que cada una de ellas realice"⁵⁶, además anexó certificación de los servicios habilitados para la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable, aclarando que los mismos corresponden a un nivel de complejidad bajo⁵⁷.*

Visto lo anterior, es claro que la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable es quien tiene la competencia para determinar cuáles de sus empleos son de carácter misional y, de acuerdo al estudio técnico realizado por la misma, el cargo que ocupaba la actora como *"Auxiliar Área de la Salud"* no está catalogado dentro de estos empleos⁵⁸. Además, en el cuadro 8.2.1, obrante a folio 176 del anexo 1, se especifica que este cargo se suprime *"...teniendo en cuenta la frecuencia de uso de los servicios y la posibilidad de que el profesional realice todas las actividades propias de su servicio sin necesidad de contar con auxiliar específico por servicio"*. Por lo tanto, no le asiste razón a la parte actora al señalar que el cargo de la demandante es de carácter misional y al suprimirlo se tercerizó el empleo.

En este punto, es de resaltar que la referida supresión de empleos en la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable ocurrió en diciembre de 2012 y que si bien obra dentro del expediente contrato de prestación de servicios con las señoras Viviana Lucero

⁵⁵ Negrilla fuera de texto.

⁵⁶ Negrilla fuera de texto.

⁵⁷ Folios 293 a 297.

⁵⁸ Folio 116 del anexo 1.

Flórez Barinas y Diana María Alfonso Gutiérrez, como auxiliares de enfermería, esto ocurrió el 1º de julio de 2014⁵⁹, es decir, un año y medio después de la reforma institucional, periodo en el cual las condiciones presupuestales de la entidad pudieron haber mejorado y la demanda del servicio haberse incrementado. Así lo concluyó el Tribunal Administrativo de Boyacá en un caso de iguales connotaciones al que acá se debate, al señalar:

"Aunado a lo anterior, es de señalar que la supresión del empleo de la demandante se dio en diciembre de 2012, y no hay prueba dentro del expediente que permita establecer que las funciones propias del cargo de la actora fueran contratadas mediante cooperativa de trabajo o por contrato de prestación de servicios, pues si bien obra contrato de prestación de servicio con las señoras Diana María Alfonso y Viviana Lucero Florez, como auxiliar de enfermería, estos lo son de fecha primero de junio de 2014 (fls. 7-9; 13- 15anexo 2), esto es, casi dos años después de la supresión del empleo de la actora, fecha para la cual es viable que las circunstancias sociales y la demanda del servicio haya modificado."⁶⁰

En esa medida, si bien es cierto que en la actividad que de ordinario desempeñan las entidades prestadoras del servicio de salud, las funciones de Auxiliar de Enfermería son un componente permanente en la prestación del servicio, ello en manera alguna puede vedar la facultad y la posibilidad de realizar reducciones al personal que presta el servicio, para optimizarlo en atención a las necesidades reales, el costo, el beneficio y los parámetros técnicos que resulten procedentes.

En ese orden de ideas, como quiera que la parte actora no logró desvirtuar la presunción de legalidad del Acuerdo No. 0011 de 2012, ni de la Resolución No. 129 del 28 de diciembre de ese mismo año, el despacho negará las pretensiones de la demanda, toda vez que las afirmaciones hechas en el escrito introductorio no tienen la contundencia suficiente para demostrar que el proceso de modernización institucional de la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable estuvo regido por fines contrarios a la moral administrativa, o que se dispuso de medios ilegales para la supresión del cargo de la demandante.

Por el contrario, como quedó visto, dicho proceso estuvo precedido de un estudio técnico que cumplió a cabalidad con los presupuestos legales para su validez, el cual, a su vez, fue comunicado y socializado con todos los empleados de la entidad, sin que en su momento alguno de ellos objetara su ejecución.

⁵⁹ Folios 209 a 211 y 215 a 220 del anexo 2.

⁶⁰ Tribunal Administrativo de Boyacá - Sala de Decisión No. 2. Sentencia del 13 de septiembre de 2016. M.P. Luis Ernesto Arciniegas Triana. Radicado: 15238-33-33-002-2013-00175-02. Demandante: Leticia Naranjo Parra. Demandado: E.S.E. Gámeza Municipio Saludable.

5. Costas

Atendiendo lo dispuesto en los artículos 188 del CPACA, 361, 365 y 366 del Código General del Proceso, se condenará en costas a la parte demandante, para lo cual se tendrán en cuenta las pautas previstas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 6º numeral 3.1.2. del Acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003.

III.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Jueza Primera Administrativa del Circuito de Sogamoso, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

IV.- RESUELVE


PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Condenar en costas a la demandante. Para tal fin, se fija como agencias en derecho la suma de trescientos mil pesos (\$300.000).

TERCERO: Por secretaria archívese el expediente, dejando previamente las anotaciones y constancias de rigor en el sistema de información judicial.

CUARTO: No se ordena la devolución de suma alguna por concepto de remanentes de los gastos del proceso, toda vez que ni el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Duitama ni la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial pusieron a disposición de este despacho ningún dinero.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


YOHANA ELIZABETH ALBARRACÍN PÉREZ

Jueza