

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

CONSEJERO PONENTE: DR. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN (E).

Bogotá D.C., catorce (14) de agosto de dos mil catorce (2014).-

REF: EXPEDIENTE No. 410012331000200101404 01.-

NÚMERO INTERNO: 1103-2013.-

AUTORIDADES MUNICIPALES.-

ACTORA: FANNY FLORIANO BERNATE.-

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia de 20 de noviembre de 2012, por la cual el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, negó las súplicas de la demanda incoada por Fanny Floriano Bernate contra el Municipio de Guadalupe (Huila).

ANTECEDENTES

LA DEMANDA



Estuvo encaminada a obtener la nulidad del Decreto N° 038 de 28 de julio de 2001, proferido por el Alcalde del Municipio de Guadalupe (Huila), a través del cual suprimió unos cargos de la planta de personal de la administración central de esa Entidad, entre ellos el que desempeñaba la demandante, decisión que le fue comunicada mediante el Oficio N° 535 de 31 de julio de 2001.

A título de restablecimiento del derecho solicitó ordenar al Municipio demandado reintegrarla al cargo que venía desempeñando o a otro igual o superior categoría dentro de la planta de personal del Municipio de Guadalupe (Huila); reconociéndole todos los sueldos, primas, vacaciones, bonificaciones, cesantías y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha del retiro hasta el restablecimiento del derecho, debidamente indexadas; declarar que no se ha presentado solución de continuidad en la prestación del servicio; y dar cumplimiento a la Sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS.

Para sustentar sus pretensiones, la demandante expuso los siguientes hechos:

- Fue vinculada en provisionalidad en el Municipio de Guadalupe (Huila) mediante el Decreto N° 065 de 16 de diciembre de 2000, expedido por el señor Alcalde, en el cargo de Promotora de



Salud Rural del Centro de Salud *“Nuestra Señora de Guadalupe”*, y tomó posesión el mismo día de su designación.

- Por Decreto N° 13 de 10 de marzo de 2001, el representante de la Entidad Territorial, fijó la planta de personal de la Administración Central y estableció, entre otros, el cargo de Promotora de Salud Código 541, grado 10, al cual fue *“reincorporada”*.
- Mediante el Acuerdo Municipal N° 02 del 3 de marzo de 2001, el Concejo Municipal de Guadalupe (Huila), facultó al Alcalde de esa Entidad para que en el término de seis (6) meses, creara la Empresa Social del Estado Hospital Municipal *“Nuestra Señora de Guadalupe”*, de conformidad con lo previsto en la Ley 100 de 1993 y demás disposiciones que regulan la materia. También lo autorizó para realizar los ajustes de la planta de personal y los movimientos presupuestales necesarios para la implementación, en la vigencia de 2001, de las reformas adoptadas por la aplicación de ese Acuerdo.
- Con fundamento en el anterior Acto Administrativo, el Alcalde del Municipio demandado expidió el Decreto N° 030 de 2001, por medio del cual creó la Empresa Social del Estado, Hospital Municipal *“Nuestra Señora de Guadalupe”*, fijó sus objetivos, la estructura básica, los órganos de dirección, sus funciones y requisitos mínimos; las condiciones para el traslado del talento humano; los recursos físicos y financieros, entre otros aspectos.



- Por Decreto N° 038 de 28 de julio de 2001, el señor Alcalde Municipal de Guadalupe (Huila), suprimió de la Planta de Personal de la Administración Central de esa Localidad, los empleos del Sistema General de Seguridad Social en Salud establecidos en el artículo 1 del Decreto Municipal N° 013 de 10 de marzo de 2001, entre ellos, los cinco (5) cargos de Promotores de Salud Código 541, Grado 10.
- Durante el tiempo en el que ocupó el cargo de Promotora de Salud Rural del Municipio de Guadalupe (Huila), desempeñó sus funciones con solicitud, eficiencia, honestidad y dedicación, a pesar de la constante presión de la que era objeto para que renunciara a su cargo y/o a sus convicciones políticas, tal y como se evidencia en su hoja de vida, en la que no existen llamados de atención.
- Mediante Oficio N° 535 de 31 de julio de 2001, el Alcalde del Municipio de Guadalupe (Huila) le comunicó a la parte actora que su cargo había sido suprimido de la planta de personal a partir de 1 de agosto de 2001, *“por cuanto las funciones relacionadas con el Sistema General de Salud fueron asumidas por la Empresa Social del Estado Hospital Municipal Nuestra Señora de Guadalupe de esa Localidad”*. En ese momento la Entidad territorial no contaba con la suficiente disponibilidad presupuestal para asumir el pago de los emolumentos que su desvinculación implicaba, tales como las prestaciones sociales, indemnizaciones, conciliaciones etc, violando en consecuencia la Ley 443 de 1998 y, en particular, el artículo 137, párrafo único del Decreto 1572 de 1998 y las disposiciones vigentes sobre la materia, que prohíben suprimir



empleos de carrera que conlleven al pago de la indemnización, sin que previamente exista la disponibilidad presupuestal.

- La señora Fanny Floriano Bernate es una reconocida y tradicional militante del partido Conservador Colombiano, que en el Departamento del Huila orienta el Ex Senador José Antonio Gómez Hermida, mientras que el Alcalde actual del Municipio pertenece a otro partido político. Desde que ganó las elecciones, el Representante del Municipio amenazó con despedir de su administración central a varios empleados que no respaldaron su aspiración, entre ellos a la demandante, “(...) amenaza que se hizo efectiva aprovechando la coyuntura de la creación de la Empresa Social del Estado (...)”.

NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Como disposiciones violadas citó las siguientes: los artículos 122 y 209 de la Constitución Política; 85, 132, 135, 137, 149, 174 y 206 del Código Contencioso Administrativo; 23, 59, 60, 61 y 67 de la Ley 443 de 1998; 15, 22 y 45 del Decreto 2304 de 1989; 2 del Decreto 597 de 1988; 49 de la Ley 446 de 1998; 44, 94, 137 y 148 del Decreto 1572 de 1998; 5 y 91 de la Ley 136 de 1994; 3 de la Ley 489 de 1998; 9 de la Ley 190 de 1995; 1 del Decreto 1570 de 1998.

Sustentó el concepto de violación con los siguientes argumentos:



La motivación del acto demandado no coincide con las verdaderas intenciones de quien lo profirió, pues está fundado en el móvil del Alcalde de cumplir su promesa de “sacar de su administración” a quienes apoyaron a la candidata contraria a sus propuestas políticas.

Los demás funcionarios a quienes se les suprimió el empleo fueron incorporados a la nueva Entidad Descentralizada del Municipio de Guadalupe (Huila), de acuerdo con sus afinidades políticas. “(...) No de otra manera se explica un criterio técnico y razonado para excluir de la planta de personal a quienes no apoyaron su gesta política (...)”.

El Alcalde no fundó la decisión contenida en el acto demandado en un estudio técnico, desconociendo lo previsto en el artículo 148 del Decreto N° 1572 de 1998, que exige una motivación expresa y soportada en la necesidad del servicio, o en razones que propendan por la modernización del ente territorial.

El Decreto N° 38 de 2001, no fue notificado en debida forma a la demandante, pues no se anexó copia del acto administrativo que dispuso su desvinculación, con lo cual se vulneró el principio de publicidad previsto en el artículo 209 de la Constitución Política; desarrollado en el artículo 5°, literal c), de la Ley 136 de 1994, y en el artículo 3 de la Ley 489 de 1988. La Entidad desconoció igualmente el principio de contradicción ya que nunca tuvo la oportunidad de controvertir ese acto administrativo, pues no lo conocía y, por ende, no puede producir efectos.



Su desvinculación obedeció a fines políticos, toda vez que no pertenece al mismo partido que respaldó al Alcalde Municipal. En efecto, ese funcionario *“(...) la emprendió contra todos los empleados que profesaran militancia política contraria a la de él, encontrando como herramienta para llevar a cabo sus amenazas el camino de la creación de esa Empresa Social del Estado del orden Municipal, suprimiendo los empleos que venían ejerciendo los militantes de los partidos políticos contrarios al suyo (...) y consumir así sus propósitos, o bien no incorporándolos a los nuevos empleos creados en la Empresa Municipal.*

(...)”.

El Decreto N° 038 de 2001 desconoce la Constitución y la Ley, pues éstas ordenan asignar funciones a cada uno de los empleos que se adopten dentro de la nueva estructura mediante acto administrativo simultáneo o concurrente a su creación, pues *“no puede haber empleo sin funciones previamente definidas y sin respaldo presupuestal” que el señor Alcalde no expidió, o por lo menos, no se conoce que los haya expedido (...)*”

Adicionalmente, con el Decreto N° 038 de 2001, el Alcalde del Municipio de Guadalupe violó la Ley 443 de 1998 y sus Decretos Reglamentarios, en particular lo relacionado con el estudio técnico, la motivación de los actos administrativos que modifiquen las plantas de personal, y la existencia de disponibilidad presupuestal previa para el pago de las indemnizaciones a que haya lugar.



REF: EXPEDIENTE No. 410012331000200101404 01.-

NÚMERO INTERNO: 1103-2013.-

AUTORIDADES MUNICIPALES.-

ACTORA: FANNY FLORIANO BERNATE.-

El ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por el Concejo Municipal de Guadalupe (Huila) al Alcalde, no estuvo expresamente fundado en la necesidad de mejorar el servicio o de modernizar la Entidad Territorial, ni estuvo motivado en la creación de la Empresa Social del Estado; pues el Representante de la Entidad ejerció sus atribuciones de manera “abusiva”, con “desviación de poder”, y los móviles que tuvo en cuenta para la expedición del acto demandado fueron de orden partidista.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Municipio de Guadalupe (Huila), mediante apoderado judicial, contestó la demanda dentro de la oportunidad legal, y se opuso a las pretensiones formuladas por la actora, con fundamento en los siguientes argumentos (folios 57 a 59 c. ppal):

En el trámite de la supresión de cargo que desempeñaba la demandante en el Centro de Salud Municipal, no violó ninguna disposición legal, y así quedó demostrado en el plenario.

De las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso, se infiere que hasta los primeros meses del año 2001, la prestación de los servicios de salud del primer nivel estaba directamente a cargo del Municipio a través del Centro de Salud “Nuestra Señora de Guadalupe”, que dependía de la Administración Municipal Central. El Alcalde era el ordenador de gasto y el responsable de la



REF: EXPEDIENTE No. 410012331000200101404 01.-

NÚMERO INTERNO: 1103-2013.-

AUTORIDADES MUNICIPALES.-

ACTORA: FANNY FLORIANO BERNATE.-

prestación del servicio, y los funcionarios de dicho Centro se encontraban en la planta de Personal del Municipio.

La Administración Municipal, integrada por el Concejo y la Alcaldía, decidió darle una organización descentralizada al Centro de Salud, con el fin de tecnificar, racionalizar y agilizar la prestación del servicio. En ese orden, optó por la creación de una Empresa Social de Estado del orden municipal y de primer nivel, en los términos de lo dispuesto en las Leyes 100 de 1993 y 10 de 1990.

La Empresa fue creada por el Alcalde mediante el Decreto N° 030 del 29 de junio de 2001, en ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas por parte del Concejo Municipal a través del Acuerdo N° 02 de 3 de marzo de 2001.

Como el Hospital Municipal "*Nuestra Señora de Guadalupe*" E.S.E. asumió las funciones de prestación de servicios que estaban a cargo del extinto Centro de Salud Municipal, los cargos pertenecientes al Sistema de Seguridad Social en Salud existentes en la planta de personal del Municipio, debían ser suprimidos, toda vez que la E.S.E. debía conformar su propia planta, incorporando a ella el personal requerido para la prestación del servicio, como en efecto lo hizo.



REF: EXPEDIENTE No. 410012331000200101404 01.-

NÚMERO INTERNO: 1103-2013.-

AUTORIDADES MUNICIPALES.-

ACTORA: FANNY FLORIANO BERNATE.-

El Gerente de la E.S.E. no incluyó a la demandante a su Planta de Personal, pero no estaba obligado a hacerlo por cuanto no pertenecía a la carrera administrativa, no creó un cargo similar, ni necesitaba de sus servicios; todo de acuerdo con su autonomía administrativa, pues en ese ámbito, el Alcalde carecía de facultad nominadora.

El Representante de la Entidad Territorial suprimió la totalidad de los cargos pertenecientes al Sistema de Seguridad Social en Salud del extinto Centro, a través del Decreto N° 038 de 28 de julio de 2001, por cuanto no se requerían, ya que la prestación del servicio de salud pasó a la ESE y, además, para liberar los recursos y trasladarlos a la Empresa que los necesitaba para el pago de salarios, prestaciones sociales y aportes parafiscales de la planta de personal que estableció.

LA SENTENCIA

El Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, mediante sentencia de 20 de noviembre de 2012, negó las pretensiones de la demanda, con los siguientes argumentos (folios 163 a 176 c. ppal):

El Alcalde del Municipio de Guadalupe, al expedir el acto acusado, no violó las disposiciones que aduce la demandante, pues ese funcionario es el competente para decidir sobre la supresión de cargos dentro de la planta central del Municipio, en



los términos de lo establecido en los numerales 4 y 7 del artículo 315 de la Constitución Política, que prevén:

“Son atribuciones del alcalde:

(...)

4. Suprimir o fusionar entidades y dependencias municipales, de conformidad con los acuerdos respectivos.

(...)

7. Crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias, señalarles funciones especiales y fijar sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes. No podrá crear obligaciones que excedan el monto global fijado para gastos de personal en el presupuesto inicialmente aprobado

(...)”.

Adicionalmente, dentro del proceso se demostró que previo a expedir el acto demandado, el Alcalde Municipal había sido facultado por el Concejo para crear la Empresa Social del Estado, competencia que concretó a través del Decreto 030 de 29 de junio de 2001, cuya legalidad no se controvierte en este caso.

Frente a la falta de notificación del acto de comunicación, precisó que la omisión quedó desvirtuada porque la demandante afirmó que mediante el Oficio N° 535 de 31 de julio de 2001 le fue comunicada la decisión de supresión del cargo. Aclaró que la publicidad del acto administrativo general se efectúa mediante la incorporación en el Diario o en la Gaceta Oficial en los términos del artículo 43 del C.C.A y, en consecuencia, la entrega de la copia física del acto acusado no es necesaria. Además, *“(...) las conductas posteriores a su expedición son situaciones extrínsecas del acto que en nada enervan su validez (...)”* y, en todo caso, la demandante conoció la decisión a través de la comunicación de la misma.



Tampoco fue vulnerada la Ley 443 de 1998, pues esa disposición regula el régimen de carrera administrativa y contiene disposiciones que amparan a quienes se encuentran en él. No obstante, la demandante fue nombrada en provisionalidad, situación que no le permite invocar ni reclamar fuero de inamovilidad por ostentar derechos de carrera y menos los beneficios económicos previstos para el caso de supresión de cargos como la indemnización, pues su vinculación era precaria.

De otro lado, el Decreto N° 038 de 2001, expedido por el Alcalde Municipal, se encuentra debidamente motivado. En él quedó consignado que las funciones de salud debían ser asumidas por el Hospital Municipal *“Nuestra Señora de Guadalupe”*, buscando descentralizar el servicio en la administración territorial.

“(...) La prueba técnica vertida en el proceso es consistente en afirmar que era una exigencia legal (Ley 100 de 1993) y que pretendía el mejoramiento del servicio de salud en el Municipio, lo que de hecho obtuvo, permitiendo a su vez mejorar la situación presupuestal del ente territorial (...).”

En consecuencia, la motivación del acto no puede calificarse de falaz, pues se demostró que la administración del servicio de salud en el Municipio de Guadalupe fue asumida por la Empresa Social del Estado Hospital *“Nuestra Señora de Guadalupe”*, de tal forma que resultaba innecesario que la administración municipal continuara con la planta de personal que prestaba los servicios de salud, hecho que sí resultaría contrario a los fines constitucionales y legales; además que el proceso de supresión no sólo afectó el cargo desempeñado por la demandante, sino todos los relativos al servicio de salud existentes en el Municipio.



Finalmente, en lo que tiene que ver con el presunto abuso o desviación de poder que cuestiona la demandante, explicó que tales causales de nulidad no están demostradas, con lo cual la actora incumplió el deber previsto en el artículo 177 del C de P.C., según el cual le correspondía probar los *“motivos innobles o ajenos al buen servicio que ilustraron su desvinculación”*.

Si la accionante estima que no fue incluida dentro de la nueva planta de personal que fue contratada por la Empresa Social del Estado Municipal, por razones políticas, debió demandar los actos administrativos que definieron la selección e incorporación del personal que ingresó a dicho establecimiento y, como no lo hizo, no puede el Tribunal analizar un acto que no ha sido demandado.

La prueba testimonial con la que la demandante intentó demostrar que fue víctima de persecución política y que por ello no fue incluida en la nueva planta, no es contundente *“(...) ni menos certera”*, pues si bien se refiere a la presunta persecución, los declarantes no dan cuenta de sus elementos constitutivos, ni de las precisas circunstancias en las que se presentó.

Si bien es cierto que ella pertenece a un partido político distinto al del Alcalde, esa situación es irrelevante para desvirtuar la presunción de legalidad de la actuación administrativa, ya que en el caso concreto no se suprimió únicamente un cargo de la planta de personal del Sector Central, sino la totalidad de los empleos de quienes ejercían funciones en la prestación de los servicios de salud, precisamente porque las mismas serían asumidas por la



recién creada Empresa Social del Estado “*Hospital Nuestra Señora de Guadalupe*”, de tal manera que le resta importancia a las supuestas razones políticas que aduce la demandante.

La actora no logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto censurado, el cual fue expedido con fundamento en las disposiciones legales que establecen la obligación de descentralizar el servicio de salud, tales como la Ley 100 de 1993, con fundamento en la cual el Alcalde decidió trasladar las funciones y competencias del área de salud del Municipio de Guadalupe a la Empresa Social del Estado “*Nuestra Señora de Guadalupe*”.

EL RECURSO

La parte actora interpuso recurso de apelación contra la Sentencia del *A-quo* para que se revoque y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda. Sustentó la alzada con fundamento en los siguientes argumentos (folios 178 a 193 c. ppal):

Si bien es cierto que constitucionalmente los alcaldes están facultados para crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias, también lo es que esa competencia no puede ser ejercida de manera discrecional o arbitraria, pues debe ajustarse a los Acuerdos Municipales, a la Ley y a la Constitución. En este caso, el acto demandado violó el Decreto 1572 de 1998, que establece las exigencias para la supresión de empleos públicos



porque no se elaboró el estudio técnico previo que avalara el proceder del Alcalde de Guadalupe (Huila).

La carencia del estudio técnico previo para la supresión de los empleos a que se refiere el Decreto Municipal N° 038 de 2001, conduce inevitablemente a la nulidad. En ese sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en varias providencias¹.

Comoquiera que en el presente asunto la Entidad no efectuó un estudio técnico previo que condujera a la supresión de los cargos, el Decreto N° 038 de 2001 fue expedido con violación de las disposiciones contenidas en el Decreto N° 1572 de 1998, tal como se expuso en la demanda.

No es del todo cierto, como lo afirmó el *A-quo*, que el acto administrativo se emitió en cumplimiento de lo establecido en la Ley 100 de 1993, ya que la función de los promotores de salud debió quedar en cabeza del sector central del Municipio y no de la Empresa Social del Estado “*Nuestra Señora de Guadalupe*”, por tratarse de funcionarios que debían atender el Plan de Atención Básica.

En efecto, el artículo 165 de la Ley 100 de 1993, radicó en cabeza del sector central de los Municipios de Colombia la competencia de desarrollar e implementar un plan de Atención Básica que complementara las acciones previstas en esa Ley, facultando al Ministerio de Salud para reglamentar la materia, por lo cual el jefe

¹ La recurrente, citó, entre otras las siguientes: Sentencia de 26 de julio de 2012, expediente N° 1313 – 2011, Magistrado Ponente. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, y Sentencia de 17 de mayo de 2012 expediente N° 1410-2010, Consejero Ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.



de esa Cartera expidió la Resolución N° 4288 de 20 de noviembre de 1996.

De acuerdo con el citado acto administrativo, los promotores de salud de los Municipios debían desarrollar planes preventivos y de promoción de la salud. La citada atribución no estaba a cargo de las Empresas Sociales del Estado, ya que estas últimas fueron creadas para la prestación directa de servicios de salud por parte de la Nación o de las entidades territoriales. En ese orden, las actividades de promoción y prevención fueron asignadas a Departamentos y Municipios, los cuales quedaron obligados a crear dentro de su propia estructura central una dependencia específica responsable de atender el Plan de Atención Básico (PAB), o a designar un servidor público a cargo del mismo, en los términos del artículo 22, parágrafo 1° de la Resolución N° 4288 de 1996; función que puede ser contratada con las Entidades relacionadas en el parágrafo 2 *ibídem*.

En ese orden, no le asiste la razón al *A-quo*, ya que existe la obligación legal para el Municipio de Guadalupe de incorporar los promotores de salud de ese Ente Territorial a la recién creada Empresa Social del Estado.

Con los testimonios recaudados quedó plenamente establecido que la desvinculación obedeció a fines políticos, y no a razones técnicas o de conveniencia financiera para el Municipio de Guadalupe (Huila), porque la actora hace parte del partido Conservador Colombiano, que es distinto al del Representante del Municipio.



REF: EXPEDIENTE No. 410012331000200101404 01.-

NÚMERO INTERNO: 1103-2013.-

AUTORIDADES MUNICIPALES.-

ACTORA: FANNY FLORIANO BERNATE.-

Tal como se acreditó con las declaraciones recaudadas, desde el momento mismo en el que resultó elegido Alcalde Municipal, el señor Miguel Floriano Carrera *“la emprendió”* contra todos los empleados que profesaran militancia política contraria a la de él, encontrando como herramienta para llevar a cabo sus amenazas, el camino de la creación de esa Empresa Social del Estado de orden Municipal, suprimiendo los empleos que venían ejerciendo los militantes de los partidos políticos contrarios al suyo, entre ellos el de la demandante, y consumir así sus propósitos.

La desviación de poder está acreditada con los testimonios de Ignacio Núñez, Nury Herrera Cuéllar y María León Sánchez de Perdomo, quienes afirmaron que la decisión de suprimir el cargo de Promotora de Salud que era desempeñado por la actora, estuvo fundado en razones políticas y no de conveniencia o técnicas.

Así las cosas, estando definido que la obligación de atender el plan de atención básico continuaba en cabeza de nivel central de los Entes Territoriales, la declaración rendida por los señores José Eugenio Carrera y Humberto Eduardo Gómez Cabrera quedó sin sustento, ya que el plan de atención básica no debía ser atendido por la E.S.E *“Nuestra Señora de Guadalupe”*, como en efecto ocurrió, porque cuatro de los cinco empleos de promotores de Salud fueron incorporados a la nueva planta, aumentando así la carga salarial y prestacional de esta última, con grave detrimento de sus finanzas, contrario a lo que afirmaron los declarantes. Se configuró, entonces, la falsa motivación.



REF: EXPEDIENTE No. 410012331000200101404 01.-

NÚMERO INTERNO: 1103-2013.-

AUTORIDADES MUNICIPALES.-

ACTORA: FANNY FLORIANO BERNATE.-

El Decreto N° 038 de 2001 no fue notificado en debida forma a la demandante, pues no se anexó la copia del acto administrativo por el cual se le desvinculó, violándose así el principio de publicidad previsto en el artículo 209 de la Constitución Nacional, desarrollado en el artículo 5°, literal c), de la Ley 136 de 1994 y en el artículo 3° de la Ley 489 de 1998.

La falta de notificación, que garantiza el principio de publicidad de los actos administrativos, desconoce el principio de contradicción, ya que no tuvo la oportunidad de controvertir la Resolución acusada pues no la conocía, por ende, la misma no produce efectos y debe ser declarada nula.

El Decreto censurado, contraviene abiertamente la Constitución y la Ley, pues éstas últimas ordenan asignar funciones a cada uno de los empleos que se adopten dentro de la nueva estructura administrativa, lo cual no ocurrió en el presente caso.

Lo anterior vicia de nulidad absoluta al acto demandado, puesto que la incorporación a los nuevos o similares cargos en la Empresa Social, debió ser simultánea o concurrente con él, pues no puede haber empleo sin funciones previamente definidas y sin respaldo presupuestal.

En suma, al expedir el Decreto citado, el señor Alcalde del Municipio de Guadalupe (Huila), violó la Ley 443 de 1998 y sus Decretos Reglamentarios, en particular lo relacionado con el estudio técnico, la motivación de los actos administrativos que



modifican las plantas de personal, y la existencia de disponibilidad presupuestal previa para el pago de las indemnizaciones a que haya lugar.

Finalmente, se reitera que el ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por el Concejo Municipal al Alcalde de Guadalupe para que creara una Empresa Social del Estado del orden Municipal, no estuvo expresamente motivada ni fundada en la necesidad de mejorar el servicio o en razones que propendieran por la modernización de la Entidad, o en la necesidad de crear la E.S.E, tampoco estuvo soportado en un estudio técnico, sino que obedeció a un ejercicio abusivo de las competencias legales y, los móviles que se tuvieron en cuenta para su expedición, fueron de orden partidista (político).

CONSIDERACIONES

1. Problema Jurídico.

Consiste en determinar si el acto administrativo demandado, proferido por el Alcalde del Municipio de Guadalupe Huila, mediante el cual se suprimió entre otros, el cargo de Promotor de Salud Código 541 Grado 10, que ocupaba la demandante, se ajusta a las exigencias legales o si, por el contrario, fue expedido sin las mismas, omitiendo el estudio técnico, y/o con falsa motivación, desviación de poder e indebida notificación.



2. Acto Administrativo demandado.

Decreto N° 038 de 28 de julio de 2001, proferido por el Alcalde del Municipio de Guadalupe (Huila), a través del cual suprimió todos los cargos de la planta de personal de la administración central de esa Entidad, entre ellos el que desempeñaba la demandante, decisión que fue comunicada a la señora Fanny Floriano Bernate el 31 de julio de 2001.

3. Lo probado en el proceso.

- De acuerdo con la hoja de vida de la demandante, visible a folios 16 a 18 del cuaderno N° 2 del expediente; la señora Floriano Bernate laboró al servicio del Municipio de Guadalupe (Huila), ocupando los siguientes cargos: Voluntariado Vicentino (1 año) y Servicios Generales (1 año); sin que ese documento indique la fecha de vinculación o desvinculación a los mencionados empleos.
- En certificación expedida por el Alcalde del Municipio de Guadalupe, consta que la actora prestó sus servicios a la Entidad como Promotora de Salud Rural, a partir del 16 de diciembre de 2000 hasta el 31 de julio de 2001 (folio 55 c. 2). En efecto, mediante el Decreto N° 065 de 16 de diciembre de 2000, el Primer Mandatario Municipal, resolvió



nombrar, en provisionalidad, a la señora Fanny Floriano Bernate en el cargo de Promotora de Salud Rural del Centro de Salud “*Nuestra Señora de Guadalupe*”, a partir de esa fecha y “*(...) hasta que se efectúe el concurso para cubrir la vacante definitivamente, y al cual la nombrada tendrá el derecho a ocupar si cumple con el lleno de los requisitos, según la parte motiva de la presente (...)*”.

En esa oportunidad, el Representante Legal de la Entidad Territorial consideró:

“Que, la señora CECILIA BERNATE DE ARTUNDUAGA (...) presentó renuncia al cargo de Promotora de Salud a partir de diciembre 16 de 2000 teniendo en cuenta que la Caja Nacional de Previsión Social (...) le reconoció y otorgó la pensión vitalicia por vejez.

Que, el Municipio debe cubrir la vacante nombrando su remplazo teniendo en cuenta que el cargo es de carrera administrativa y los concursos a la fecha están congelados pues se efectúan directamente desde Bogotá, se debe efectuar dicho nombramiento hasta la fecha en que se efectúe el concurso para cubrir definitivamente la vacante.

(...). (Folios 19 y 20 c. ppal).

- La demandante se posesionó en el cargo el 16 de diciembre de 2000 (folio 22 c. ppal) y, según certificación visible a folio 41 del cuaderno principal del expediente, se mantuvo en el mismo hasta el 31 de julio de 2001, devengando una asignación básica mensual de \$ 479.000.
- A través del Decreto N° 13 de 10 de marzo de 2001, el Alcalde del Municipio de Guadalupe fijó la planta de



personal de la Administración Central del Municipio. Los siguientes, fueron los empleos del Sistema de Seguridad Social en Salud:

CARGOS	DENOMINACIÓN	CÓDIGO	GRADO
1	DIRECTOR DE CENTRO DE SALUD.	257	22
1	MÉDICO SERVICIO SOCIAL OBLIGATORIO.	305	23
1	ENFERMERO.	365	20
1	TÉCNICO EN SANEAMIENTO.	448	17
5	PROMOTOR DE SALUD.	541	10
1	AUXILIAR EN SALUD.	512	12
1	AUXILIAR EN SALUD.	512	01
7	AUXILIAR DE ENFERMERÍA.	555	15
2	AUXILIAR ADMINISTRATIVO.	550	10
2	CONDUCTOR.	620	04
1	AUXILIAR DE SERVICIOS GENERALES.	605	08

En ese acto administrativo el burgomaestre resolvió, en el artículo segundo que *“los servidores que sean incorporados en la Planta de Personal que se establece se entenderán vinculados al servicio sin solución de continuidad y se les respetará el régimen salarial y prestacional que los viene rigiendo”*. (folio 24 c. ppal).

- El 3 de marzo de 2001 el Concejo Municipal de Guadalupe expidió el Acuerdo N° 02, concediéndole una autorización *pro-témpore* al Alcalde en los siguientes términos:



“(...)

*ARTÍCULO PRIMERO. Autorizar al Alcalde hasta por el término de seis (6) meses contados a partir de la sanción y publicación del presente Acuerdo **para crear la Empresa Social del Estado, Hospital Municipal “Nuestra Señora de Guadalupe”**, de conformidad con lo previsto en la Ley 100 de 1993 y demás disposiciones legales sobre la materia.*

ARTÍCULO SEGUNDO. El Alcalde queda facultado para realizar los ajustes en la planta de personal y los movimientos presupuestales necesarios para la implementación en la vigencia de 2001 de las reformas adoptadas por la aplicación de este Acuerdo.

(...”. (Folio 25 c. ppal).

- . En ejercicio de las facultades conferidas por el Acuerdo Municipal, el Representante Legal de la Entidad demandada dictó el Decreto 030 de 29 de junio 2001, a través del cual creó la Empresa Social del Estado, Hospital Municipal “Nuestra Señora de Guadalupe”, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa; adscrita a la Dirección Local en Salud y sometida al régimen jurídico previsto en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, y demás disposiciones que la modifiquen, adicionen, reformen o sustituyan.

El artículo 4 del Decreto en cita, prevé que el objeto de la Empresa es el de la prestación de servicios de salud y, en desarrollo del mismo, le corresponde adelantar acciones de promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación de la Salud.



Dentro de los objetivos de la Entidad creada se incluyó el de *“prestar los servicios de salud que satisfagan de manera óptima las necesidades y expectativas de la población en relación con la promoción, el fomento y la conservación de la Salud y la prevención, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad”* (artículo 5, literal h).

De otro lado, se determinó que la Dirección de la Empresa Social del Estado estaría a cargo de una Junta Directiva y un Gerente (artículo 8). La primera, integrada por el Alcalde o su delegado quien la presidirá; el Jefe de la Dirección Local de Salud, o quien haga sus veces; y un representante de las siguientes dependencias: del Sector Salud de la Institución; del estamento científico de la localidad; de las Alianzas o Asociaciones de Usuarios legalmente asignadas; y de los gremios de la producción del área de influencia de la Empresa (artículo 9).

Dentro de las funciones de la Junta Directiva, enumeradas en el artículo 10, se incluyó la de *“aprobar el proyecto de planta de personal y las modificaciones a la misma, para su posterior adopción por el Gerente de la Empresa”* (Nº 6).

En lo que tiene que ver con el Gerente, el artículo 16 del Decreto en mención, establece que ese funcionario es el Representante Legal de la Entidad, y es nombrado por el Alcalde para un periodo de 3 años. Dentro de sus funciones, se encuentran las de *“ser nominador y ordenador del gasto, de acuerdo con las facultades concedidas por la Ley y los Reglamentos”*;



REF: EXPEDIENTE No. 410012331000200101404 01.-

NÚMERO INTERNO: 1103-2013.-

AUTORIDADES MUNICIPALES.-

ACTORA: FANNY FLORIANO BERNATE.-

“Presentar a la Junta Directiva el Proyecto de Planta de Personal y las reformas necesarias para su adecuado funcionamiento y someterlos a la aprobación de la autoridad competente”; y “Nombrar y remover los funcionarios bajo su dependencia de acuerdo con las normas de administración que rigen para las diferentes categorías de empleos en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”. (artículo 18, numerales 4, 23 y 24).

De otro lado, el artículo 22 *ibídem*, al referirse al régimen de personal, preceptuó:

“(…)

Las personas que se vinculen a la Empresa tendrán el carácter de empleados públicos o trabajadores oficiales, en los términos establecidos en la Ley 10 de 1990 y demás disposiciones que los reforme, modifiquen, adicionen o sustituyan.

PARÁGRAFO. Las personas que pertenezcan actualmente a la planta de cargos del sector Salud del Municipio y que se incorporen a la Empresa se les respetará el régimen salarial y prestacional”.

Finalmente, del citado Decreto se destacan los artículos 30 y 31, cuyo contenido es el siguiente:

“(…)

Artículo 30. Traslado de funciones. *Las funciones de prestación de servicios que desempeña el Municipio de Guadalupe serán trasladadas a la Empresa una vez se conformen legalmente los órganos de dirección de la misma.*

Artículo 31. Traslado del talento Humano, recursos físicos y financieros. *El talento humano, el recurso físico y financiero asignados al Municipio para la prestación de servicios de salud, serán administrados por éste hasta la fecha en que la Empresa asuma las*



funciones de que trata el artículo anterior” (Folios 26 a 38 c. ppal).

- El Decreto anterior, a través del cual fue creada la Empresa Social del Estado “*Nuestra Señora de Guadalupe*”, fue publicado el mismo día de su expedición, es decir el 20 de junio de 2001 (folio 39 c. ppal).
- El 28 de julio de 2001, el Alcalde del Municipio de Guadalupe (Huila), expidió el Decreto N° 038 “*Por el cual se suprimen cargos de la planta de personal de la Administración Central del Municipio*”, el cual es del siguiente tenor:

“(…)

EL ALCALDE MUNICIPAL DE GUADALUPE

En uso de las atribuciones constitucionales y legales, y,

CONSIDERANDO

Que mediante Decreto N° 030 del 29 de junio de 2001 se creó en el municipio de Guadalupe la Empresa Social del Estado, Hospital Municipal “Nuestra Señora de Guadalupe”;

Que se han conformado los órganos de dirección y administración de la mencionada Empresa, así como su presupuesto de ingresos y gastos para la presente vigencia, así como la planta de personal que atenderá los servicios a su cargo;

Que debe procederse a la supresión de los cargos asignados al área de la salud señalados en el artículo 1° del Decreto 13 del 10 de marzo de 2001, por la cual se fijó la Planta de Personal de la Administración Central del Municipio, debido al traslado de funciones o competencias del área de la



REF: EXPEDIENTE No. 410012331000200101404 01.-

NÚMERO INTERNO: 1103-2013.-

AUTORIDADES MUNICIPALES.-

ACTORA: FANNY FLORIANO BERNATE.-

salud del Municipio a la mencionada Empresa y, por cuanto se ha establecido la planta de personal en éste último organismo;

DECRETA

ARTÍCULO PRIMERO: Suprimir la Planta de Personal de la Administración Central del Municipio los empleos establecidos para el Sistema General de Seguridad Social en Salud, previstos en el artículo 1° del Decreto 13 del 10 de marzo de 2001, así:

EMPLEOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

1	DIRECTOR DE CENTRO DE SALUD	257	22
1	MÉDICO SERVICIO SOCIAL OBLIGATORIO.	305	23
1	ENFERMERO	365	20
1	TÉCNICO EN SANEAMIENTO448	448	17
5	PROMOTOR DE SALUD	541	10
1	AUXILIAR EN SALUD	512	12
1	AUXILIAR EN SALUD	512	01
7	AUXILIAR DE ENFERMERÍA	555	15
2	AUXILIAR ADMINISTRATIVO	550	10
2	CONDUCTOR	620	04
1	AUXILIAR DE SERVICIOS GENERALES	605	08

ARTÍCULO SEGUNDO. Los servidores que sean incorporados en la Planta de Personal que se estableció en la Empresa Social del Estado, Hospital Municipal "Nuestra Señora de Guadalupe", del Municipio de Guadalupe, se entenderán vinculados al servicio sin solución de continuidad y se respetará el régimen salarial y prestacional que los viene rigiendo.

ARTÍCULO TERCERO. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y surte efectos fiscales a partir del 1° de agosto de 2001.

(...)"



- Mediante Oficio N° 535 de 31 de julio de 2001, el Alcalde del Municipio de Guadalupe (Huila), le comunicó a la señora Fanny Floriano Bernate que, a través del Decreto N° 038 del 28 de julio de 2001, el cargo que veía desempeñando, es decir el de Promotora de Salud, fue suprimido de la planta de personal a partir del 1 de agosto de 2001, *“por cuanto las funciones relacionadas con el Sistema General de Salud fueron asumidas por la Empresa Social del Estado Hospital Municipal “Nuestra Señora de Guadalupe (...)”*.

Agregó: *“(...) En el evento en el que usted no sea incorporado (sic) a la Planta de Personal de la citada Empresa, el Municipio procederá a reconocerle y pagarle las prestaciones sociales causadas dentro del término de Ley”*. (folio 5 c. ppal).

- Mediante Auto para mejor proveer de 17 de septiembre de 2013, la entonces Consejera Ponente en el asunto de la referencia, solicitó requerir al Representante Legal de la Entidad demandada, con el objeto de que remitiera el Estudio Técnico que se adelantó previo a la decisión de supresión de cargos contenida en el Decreto N° 038 de 28 de julio de 2001 (folio 212 c. ppal).
- En respuesta a lo anterior, la Secretaria de Gobierno del Municipio de Guadalupe, manifestó que *“(...) revisados minuciosamente los archivos por parte de la Archivista Municipal, **no se encontró Estudio Técnico que hubiera realizado el Alcalde municipal de la época para la Supresión de cargos de la Planta de Personal de la Administración Central del Municipio de Guadalupe (Huila)**”*. (Folio 218 c. ppal). (Se resalta).



- De acuerdo con las Certificaciones visibles a folios 2 y 3 del cuaderno N^o 2 del expediente, suscritas por la Tesorera Municipal de la Entidad demandada, el 5 de octubre de 2001, esta última le canceló a la actora el monto correspondiente a las vacaciones y compensación, y la prima de navidad proporcional al tiempo laborado.
- Los documentos visibles a folios 100 y 101 del cuaderno principal del expediente, demuestran que el señor Miguel Floriano Carrera, entonces Alcalde del Municipio de Guadalupe (Huila), contaba con el aval del Movimiento Ciudadano "*Cruzada por la Reconstrucción de Colombia*".

Prueba testimonial.

- A continuación se sintetizan las declaraciones practicadas en el plenario, teniendo en cuenta que, para la demandante, las mismas demuestran la persecución política de la cual fue víctima:
 - En declaración rendida el día 9 de noviembre de 2004, el señor **Ignacio Núñez** manifestó que la actora trabajaba con la Administración Central Municipal como enfermera o promotora de Salud, que se desempeñaba de manera eficiente y que el cargo que ejercía fue suprimido por "*una persecución política*". Preciso que el Alcalde de la época pertenecía al partido conservador (folio 105 c. ppal).



- La señora **Nuria Herrera Cuéllar**, en diligencia llevada a cabo el 10 de noviembre de 2004, afirmó que la actora trabajaba como promotora de salud y fue *“echada de la Alcaldía por una persecución política”* porque apoyó la candidatura de Consuelo Parra del partido conservador y el Alcalde pertenecía a un partido político distinto (folio 106).
- El 10 de noviembre de 2004, la señora **María León Sánchez de Perdomo**, indicó que conoció a la señora Floriano Bernate, cuando esta última se desempeñaba como aseo del Hospital, y posteriormente fue promotora de salud de las veredas. Explicó que la actora fue *“destituida”* de su cargo por una persecución política de lo cual tuvo conocimiento porque pertenece a la red de solidaridad por tratarse de una mujer muy pobre. Sólo se dio cuenta de la destitución de la demandante, quien era de filiación conservadora. Agregó que no tuvo conocimiento que el Alcalde hubiera amenazado con despedir de la administración a quienes no lo respaldaron en la candidatura, pero si existió una persecución personal del burgomaestre contra las señoras Consuelo Parra, Floriano Bernate y Leonor Pimente. *“A la última de las funcionarias citadas no la pudieron sacar porque le tenían que dar mucho dinero y la Alcaldía no tenía recursos”*. (folios 106 vto y 107 c ppal).
- En diligencia llevada a cabo el día 25 de febrero de 2005 el señor **José Eugenio Carrera** sostuvo que



REF: EXPEDIENTE No. 410012331000200101404 01.-

NÚMERO INTERNO: 1103-2013.-

AUTORIDADES MUNICIPALES.-

ACTORA: FANNY FLORIANO BERNATE.-

pese a que no conoce a la actora, participó en el proceso de evaluación del sistema de los servicios de salud que se prestaban en el Municipio de Guadalupe, por petición del Alcalde. En esa Entidad funcionaba un Centro de Salud que hacía parte de la administración central, lo cual resultaba contrario a lo establecido en la Ley 100 de 1993, toda vez que esa normativa exigía a los entes territoriales prestar los servicios de salud a través de Empresas Sociales del Estado. Asimismo, se evidenciaron varios errores en el centro de salud que habían llegado al punto de tenerlo al borde del cierre en enero de 2001 ante las deudas y retrasos en el pago de salarios y prestaciones de los funcionarios. Dentro de las recomendaciones que se realizaron fueron propuestas dos acciones: la primera de ellas consistía en suscribir acuerdos de pagos con las administradoras del régimen subsidiado a fin de que la Superintendencia Nacional de Salud levantara la sanción impuesta al Ente territorial, y la segunda, era la de cumplir con el ordenamiento legal y separar la prestación de los servicios de salud de la administración central. Afirmó que con base en las recomendaciones y facultades conferidas por el Concejo Municipal, procedió a crear la Empresa Social del Estado, Hospital Nuestra Señora de Guadalupe y, en consecuencia, se suprimieron de la planta de personal de la Alcaldía, los cargos correspondientes a la prestación de servicios de Salud. No sólo se suprimió el cargo de la señora Floriano Bernate, sino



REF: EXPEDIENTE No. 410012331000200101404 01.-

NÚMERO INTERNO: 1103-2013.-

AUTORIDADES MUNICIPALES.-

ACTORA: FANNY FLORIANO BERNATE.-

todos los cargos de las personas que trabajaban en el centro de salud. En la planta de cargos de la Empresa Social del Estado que se creó, se vincularon a las personas que estaban en carrera administrativa y se analizó la posibilidad de suprimir aquellos cargos que no generaran pago de indemnizaciones por la falta de recursos, pero aclara que el Alcalde no les hizo ninguna indicación respecto de quiénes debían continuar en la nueva planta de personal y niega que se hubieran tomado represalias, pues primó el factor de desempeño laboral. En cuanto a la supresión del cargo de promotora de salud, indicó que la misma estuvo motivada en que las funciones asignadas pasaron a ser parte de la prestación de los servicios de promoción y prevención, las cuáles se delegaron a otras personas, conforme lo indicaba la Resolución N° 412 de 2000, de manera que quedaron suprimidas la mayoría de las funciones y por eso, con la supresión de ese cargo, no se afectó de ninguna manera la prestación del servicio, quedando únicamente quienes ocupaban cargos de carrera. Finalmente, el declarante efectuó una exposición detallada de los cambios significativos que trajo la puesta en funcionamiento del Hospital en el Municipio de Guadalupe, gracias al cual se mejoró la prestación del servicio de salud, optimizando la planta física, creando la unidad de odontología, laboratorio clínico tecnificado, área de urgencias, y el hecho de haber pasado de contar con un solo médico en la localidad a tener tres médicos



para la atención de los usuarios, entre otros logros.
(Folios 114 a 121 c. ppal).

- El señor **Humberto Eduardo Gómez Cabrera**, en declaración rendida el 27 de abril de 2005, explicó que la situación financiera del centro de salud del Municipio de Guadalupe en el año 2001 era muy difícil, pues tenía una elevadísima cartera y cuentas de cobro que sobrepasaban su capacidad de pago y a los empleados les adeudaban tres meses de salario, las primas de vacaciones y de diciembre, y hacía dos años que no les cumplían con la entrega de las dotaciones. Ante las deudas que tenía con las administradoras del régimen subsidiado, la Superintendencia de Salud había sancionado al municipio. La supresión del cargo que desempeñaba la demandante, se dio en el ejercicio de las facultades conferidas por el Concejo Municipal, cuando el Alcalde, al crear la Empresa Social del Estado en el Municipio de Guadalupe, procedió a suprimir toda la planta de personal correspondiente a la prestación de los servicios de salud, y la Junta Directiva de la nueva Empresa Social del Estado, con criterio técnico de eficiencia y razonabilidad, buscando el equilibrio financiero y social, creó una planta de personal acorde con las necesidades del servicio. Agregó que él fue nombrado como Gerente de la ESE municipal, y en tal calidad designó a las personas que ocuparían los cargos de la nueva planta de personal, atendiendo las



recomendaciones del programa de mejoramiento del servicio de salud del Ministerio de Salud y de la administración pública, en el sentido de continuar con los empleados inscritos en carrera administrativa, omitiendo a los funcionarios que ocupaban cargos en provisionalidad, y cuya permanencia no afectara el desempeño de la Empresa, como era el caso de las promotoras de salud, a quienes la normatividad les había suprimido algunas de sus funciones, haciéndose necesario disminuir el número de promotoras, y sucedió que la señora Fanny Floriano Bernate era la única que no estaba inscrita en carrera administrativa, razón por la cual no fue vinculada a la nueva planta. Dijo que no es cierto que el Alcalde intervino para la no inclusión de la demandante en la nómina del Hospital, pues la definición de los cargos se encargó al Gerente para lo cual cumplió estrictamente con lo ordenado en la Ley, logrando mejorar cualitativa y cuantitativamente la calidad del servicio de salud. El criterio para la definición de la continuidad del recurso físico en la nueva Empresa, obedeció a razones técnicas y de conveniencia por la viabilidad financiera, haciéndose necesario un recorte moderado sobre la vieja planta de personal y suprimiendo los cargos de quienes no estaban inscritos en la carrera administrativa para no hacer onerosa la decisión (folios 125 a 128 c. ppal).

4. Análisis de la Sala.



Previo al análisis de los argumentos planteados por el apoderado de la demandante en el recurso de apelación, se efectuarán algunas precisiones en relación con la naturaleza de su vinculación, y la reestructuración de las Entidades con ocasión de lo previsto en la Ley 100 de 1993, para el sector de la Salud.

4.1. De la naturaleza de la vinculación de la accionante.

Está acreditado en el plenario que la señora Fanny Floriano Bernate fue nombrada en provisionalidad en el cargo de Promotora de Salud Rural mediante el Decreto N° 065 de 16 de diciembre de 2000, que dicho empleo era de carrera administrativa, y que la demandante lo ejerció hasta el 31 de julio de 2001, día en el que fue suprimido.

Se demostró igualmente que, mediante el Decreto N° 13 de 2001, el Alcalde del Municipio de Guadalupe (Huila) fijó la planta de personal de la Administración Central de la Entidad y estableció, entre otros, 5 cargos de Promotor de Salud, Código 541, Grado 10, uno de los cuales ocupó la actora.

Frente a la naturaleza provisional de la vinculación de la señora Floriano Bernate, se precisa que la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado reiteradamente que el nombramiento en provisionalidad en un cargo de carrera, no le confiere al empleado un fuero de estabilidad y, en consecuencia, ante la eventual supresión de su cargo no tiene el derecho de optar por ser reincorporado o indemnizado, pues ostenta una posición diferente



a la del funcionario vinculado y escalafonado en carrera administrativa.

En efecto, *“(...) las prerrogativas que otorga la carrera administrativa se predicán del funcionario que concursó, superó y fue inscrito en el escalafón de la misma, mas no para quienes se vincularon por decisión discrecional del nominador, pues mal pueden pretender que esta vinculación precaria les confiera derechos de permanencia. (...)”*²

Esta Sección también ha considerado que el hecho de que el cargo que viene desempeñando un empleado vinculado provisionalmente no haya podido ser provisto en propiedad, no enerva la facultad con que cuenta la administración para disponer su retiro por motivos que se presumen en procura del buen servicio, de acuerdo con la Ley 443 de 1998, vigente al momento de expedirse el acto administrativo demandado en el caso concreto.

Sobre el particular, en Sentencia de 15 de febrero de 2007³, esta Corporación sostuvo:

“(...) La condición de haber sido nombrado hasta que se pueda hacer la designación mediante el respectivo concurso de méritos no le otorga estabilidad hasta cuando sea reemplazado mediante concurso ni el nominador pierde la facultad para removerlo. La estabilidad sólo existe para el personal de carrera.

² Sentencia de 12 de marzo de 2009, proferida por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, dentro del proceso N° 25000-23-25-000-2000-04378-01(4444-05) Actora: Ruby Aracely Micolta Banguera Demandado: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

³ Rad. 1469-2004. M.P. Jesús María Lemos Bustamante.



Como el nombrado en provisionalidad en un empleo de carrera accede a él en forma discrecional, sin procedimientos ni motivación, su desvinculación puede hacerse de la misma manera.

Por no estar escalafonado en la carrera y no contar con estabilidad no puede reclamar que su remoción se efectúe con las mismas exigencias, requisitos, procedimientos y recursos que la ley consagra para los empleados de carrera, de manera que su retiro sin los procedimientos propios del personal de carrera, que no le son aplicables, no puede considerarse violatorio del debido proceso.

El empleado nombrado en provisionalidad no goza de ningún fuero de estabilidad y puede ser retirado sin motivación alguna si no ofrece suficiente garantía de prestación de buen servicio. Si aún no puede proveerse el cargo por concurso se puede designar al reemplazante nuevamente en provisionalidad.

La permanencia en el cargo del empleado provisional por encima del término previsto en la ley no le genera ningún derecho de inamovilidad, ni el nominador adquiere la obligación de motivar el acto pues estas circunstancias no pueden modificar la condición legal de provisionalidad.

De acuerdo con lo anterior no puede la demandante reclamar fuero de estabilidad alguno, toda vez que la designación hecha en provisionalidad tiene lugar en forma discrecional y, por ello, su remoción puede efectuarse de la misma manera. (...).”

Y, en Sentencia de 5 de febrero de 2009⁴, consideró:

“(…)

*Cuando la administración decide reducir las plantas de personal (...), en aras de garantizar plenamente el derecho de incorporación inmediata del funcionario de carrera administrativa, **debe retirar por supresión, en primer lugar, los funcionarios provisionales o encargados, para posteriormente acudir, en el evento de que las finalidades de la supresión de cargos lo aconsejen, al retiro de los empleados que han ingresado a la administración mediante proceso selectivo.** De acuerdo con lo demostrado en el proceso, el actor no ingresó por concurso ni se sometió a proceso de selección alguno, ni acreditó su inscripción. Por tal*

⁴ Sentencia proferida por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, dentro del proceso N° 73001-23-31-000-2001-02637-01(2637-05). Actor: Ramiro Sandoval Andrade. Demandado: E.S.E. Hospital San Rafael del Espinal. Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.



*razón, podía ser reemplazado o retirado en cualquier momento, sin que tuviera derecho preferencial alguno para ser incluido en la nueva planta de personal. **Sólo los empleados inscritos en el escalafón de la carrera administrativa tienen, en caso de supresión del cargo, derecho preferencial a ser nombrados en los equivalentes que se creen en la nueva planta de personal.***

(...)" (Negrillas fuera del texto).

En suma, se ha reiterado la línea jurisprudencial de la Sala, señalando que, respecto a los empleados que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, no es posible predicar fuero de estabilidad similar al que les asiste a los empleados escalafonados, de tal manera que el nominador puede disponer su retiro mediante acto administrativo, que se presume expedido por razones del servicio público. El ejercicio de dicha facultad no puede estar condicionado a la celebración de un concurso de méritos para proveer los cargos de carrera, so pena de desnaturalizar la esencia de la misma, en la medida en que se exige el cumplimiento de una condición no prevista por el propio legislador.

4.2. De la reestructuración de Entidades del Sector de la Salud, con fundamento en la Ley 100 de 1993.

Tal como lo precisó la Sala en Sentencia de 27 de octubre de 2011⁵, el Constituyente de 1991 le atribuyó al Estado la facultad

⁵ Expediente N° 68001-23-31-000-2000-03063-01(1402-10) Actora: Nidia Celmira Gama Piñeres Demandado: Empresa Social Del Estado Instituto De Salud De Bucaramanga. Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve.



para organizar y establecer las condiciones en que debe prestarse el servicio público de salud, siempre con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, y en los términos establecidos por la Ley².

De acuerdo con la citada disposición, le corresponde al Legislador configurar el diseño y la estructura del servicio público en salud, en virtud del especial significado que adquiere este derecho fundamental en el Estado Social de Derecho³.

Al respecto, los artículos 150 y 152 de la Constitución Política, le confieren al Congreso de la República la facultad para expedir leyes que regulen la prestación de los servicios públicos y, adicionalmente, todo lo relacionado con los derechos y deberes fundamentales de los asociados, entre ellos, la salud.

En desarrollo de la anterior atribución, el legislador mediante el artículo 194 de la Ley 100 de 1993, “*por la cual se crea el Sistema General de Seguridad Social Integral*”, dispuso que los servicios de salud en todo el territorio nacional serían prestados en forma directa por

² “ARTICULO 48. *La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.*

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. (...).”.

³ Al respecto pueden verse las sentencias de la Corte Constitucional T-999-2008; T-1024-2010 y T-195-2011.



la Nación o las entidades territoriales, a través de las Empresas Sociales del Estado, entendidas como una categoría especial de entidades descentralizadas por servicios, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, de origen o creación legal.

A su turno, el artículo 197 *ibídem*, establece:

“EMPRESAS SOCIALES DE SALUD DE CARACTER TERRITORIAL. Las entidades territoriales deberán disponer, dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de vigencia de esta Ley, la reestructuración de las entidades descentralizadas cuyo objeto principal sea la prestación de servicios de salud, con el fin de adecuarlas a lo dispuesto en este capítulo”. (Negrillas y subrayas de la Sala).

Así las cosas, fue la misma Ley la que ordenó a las entidades territoriales la reestructuración para la prestación de los servicios de salud que en adelante estarían a cargo de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado.

Con posterioridad, el Presidente de la República mediante el Decreto 1876 de 3 de agosto de 1994⁴, reglamentó los artículos 196, 197 y 198 de la Ley 100 de 1993, haciendo referencia a la estructura básica y las áreas de las Empresas Sociales del Estado.

El artículo 5 del precitado Decreto, estableció:

⁴ Posteriormente aclarado por Decreto 1621 del 25 de septiembre de 1995.



“ARTICULO 5o. ORGANIZACION. Sin perjuicio de la autonomía otorgada por la Constitución Política y la ley a las Corporaciones Administrativas para crear o establecer las Empresas Sociales del Estado, éstas se organizarán a partir de una estructura básica que incluya tres áreas, así:

- a. **Dirección.** Conformada por la Junta Directiva y el Gerente y tiene a su cargo mantener la unidad de objetivos e intereses de la organización en torno a la Misión y Objetivos institucionales; identificar las necesidades esenciales y las expectativas de los usuarios, determinar los mercados a atender, definir la estrategia del servicio, asignar recursos, adoptar y adaptar normas de eficiencia y calidad controlando su aplicación en la gestión institucional, sin perjuicio de las demás funciones de dirección que exija el normal desenvolvimiento de la entidad;
- b. **Atención al usuario.** Es el conjunto de unidades orgánico-funcionales encargadas de todo el proceso de producción y prestación de Servicios de Salud con sus respectivos procedimientos y actividades, incluyendo la atención administrativa demandada por el usuario. Comprende la definición de políticas institucionales de atención, el tipo de recursos necesarios para el efecto, las formas y características de la atención, y la dirección y prestación del servicio;
- c. **De logística.** Comprende las Unidades Funcionales encargadas de ejecutar, en coordinación con las demás áreas, los procesos de planeación, adquisición, manejo, utilización, optimización y control de los recursos humanos, financieros, físicos y de información necesarios para alcanzar y desarrollar los objetivos de la organización y, realizar el mantenimientos de la planta física y su dotación.(...).”

Parágrafo.- A partir de la estructura básica, las Empresas Sociales del Estado definirán su estructura organizacional de acuerdo con las necesidades y requerimientos de los servicios que ofrezca cada una de ellas.” (Negrilla y subrayado fuera del texto).

En este mismo sentido, la Ley 489 de 1998 por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, en su artículo 68⁶ no sólo reitera el carácter de

⁶ “ARTICULO 68. ENTIDADES DESCENTRALIZADAS.

*Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las **empresas sociales del Estado**, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización*



entidades descentralizadas por servicios, que ostentan las Empresas Sociales del Estado del orden nacional, sino que también lo hace extensivo a las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial, en virtud de lo dispuesto por el artículo 210⁵ de la Constitución Política.

Bajo estos supuestos, y teniendo en cuenta que el servicio de salud en todo el territorio nacional es prestado por las Empresas Sociales del Estado, como entidades descentralizadas por servicios, debe decirse que las mismas hacen parte de los distintos niveles de la administración, esto es, nacional o territorial. En efecto, se infiere de los artículos 194 de la Ley 100 de 1993 y 68 de la Ley 489 de 1998, antes transcritos, que son

*de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, **autonomía administrativa** y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.*

Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente ley, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos.

Los organismos y entidades descentralizados, sujetos a regímenes especiales por mandato de la Constitución Política, se someterán a las disposiciones que para ellos establezca la respectiva ley.

PARAGRAFO 1o. De conformidad con el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, el régimen jurídico aquí previsto para las entidades descentralizadas es aplicable a las de las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial. (...).

⁵ **“ARTICULO 210. Las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios sólo pueden ser creadas por ley o por autorización de ésta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa.**

Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.

La ley establecerá el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes.”.



Empresas Sociales del Estado del orden nacional las creadas por el Congreso de la República y, en su defecto, del orden territorial las establecidas por las Asambleas departamentales o los Concejos municipales, respectivamente, con clara autonomía administrativa en la forma de organizarse.

Frente a la organización de la Empresas Sociales del Estado, advierte la Sala que el artículo 5 del Decreto 1876 de 1994 establece que, si bien la Constitución Política y la Ley le otorgan a las corporaciones administrativas, llámense Asambleas Departamentales o Concejos Municipales, la facultad para su creación, transformación o categorización, dichas entidades descentralizadas por servicios se erigen a partir de una estructura básica, compuesta por tres áreas, a saber: i) Dirección; ii) Atención al usuario y iii) logística, cuya única finalidad es la de garantizar una adecuada prestación del servicio público de la salud.

Es precisamente, en lo referente al área de administración que resulta relevante destacar, para el caso concreto, que **es la Junta Directiva y el Gerente de las Empresas Sociales del Estado** a quienes por mandato legal, artículo 5 del Decreto 1876 de 1994, les están asignadas las tareas de asegurar la unidad de objetivos e intereses de dichas entidades; identificar sus necesidades esenciales y definir las estrategias de servicio, lo que naturalmente supone la existencia de un amplio grado de autonomía en la toma decisiones, básicamente en lo que respecta a su autodeterminación.



En efecto, en relación con las funciones de la Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado el artículo 11 del Decreto 1876 de 1994 precisó:

“Artículo 11º.- Funciones de la Junta Directiva. Sin perjuicio de las funciones asignadas a las Juntas Directivas por ley, Decreto, Ordenanza o Acuerdo u otras disposiciones legales, ésta tendrá las siguientes:

1. *Expedir, adicionar y reformar el Estatuto Interno.*

(...)

2. *Aprobar la planta de personal y las modificaciones a la misma, para su posterior adopción por la autoridad competente.*
3. *Aprobar los Manuales de Funciones y Procedimientos, para su posterior adopción por la autoridad competente.*

(...).”

Y, en este mismo sentido, en relación con la competencia de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado, no se pasa por alto que el artículo 4º numeral 16 del Decreto 1876 de 1994, prevé: *“Presentar a la Junta Directiva el proyecto de planta de personal y las reformas necesarias para su adecuado funcionamiento y someterlos a la aprobación de la autoridad competente⁵.”* (Negritas y Subrayas de la Sala).

Así, entonces, observa la Sala que es al Gerente y a la Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado a quienes en virtud de la autonomía que les confiere su propia dirección, les está dada la competencia para fijar sus respectivas plantas de personal.

⁵ Para el caso concreto se refiere al Gerente de la Empresa Social del Estado, Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, en los términos del literal f, del artículo 10 del Acuerdo No. 031 de 30 de julio de 1997, proferido por el Concejo Municipal de Bucaramanga.



REF: EXPEDIENTE No. 410012331000200101404 01.-

NÚMERO INTERNO: 1103-2013.-

AUTORIDADES MUNICIPALES.-

ACTORA: FANNY FLORIANO BERNATE.-

Lo anterior, encuentra justificación en el hecho de que son las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado quienes de acuerdo con **su capacidad de dirección**, prevista en el literal a), del artículo 5 del Decreto 1876 de 1994, deben identificar las necesidades esenciales de dichas entidades, entre ellas la adecuación de sus plantas de personal conforme al volumen de usuarios y el portafolio de servicios que ofrecen a la comunidad.

Así las cosas, resulta evidente que las corporaciones administrativas en el nivel territorial, dentro de la facultad con que cuentan para crear, transformar y categorizar las Empresas Sociales del Estado no les está permitido ejercer algún tipo de injerencia en lo que se refiere a la determinación y modificación de sus plantas de personal toda vez que, esa función, se repite, se encuentra reservada a sus Juntas Directivas y a sus Gerentes en ejercicio de la autonomía y capacidad de dirección, previstas en el artículo 5 del Decreto 1876 de 1994.

Estando atribuida a las Juntas Directivas y a los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado la función de aprobación y adopción de los manuales de funciones y procedimientos, así como de sus reglamentos, según el artículo el artículo 11 del Decreto 1876 de 1994, resulta coherente que sean estos órganos de dirección los que intervengan en la adopción o modificación de la planta de personal.



La restructuración del Sector de la Salud en el Municipio de Guadalupe (Huila).

Con fundamento en lo previsto en la Ley 100 de 1993, el Concejo Municipal de la Entidad demandada, a través del Acuerdo N° 02 de 2001, autorizó al Alcalde para crear la Empresa Social del Estado “Hospital Municipal Nuestra Señora de Guadalupe” y para realizar los ajustes en la planta de personal y movimientos presupuestales necesarios para la implementación en la vigencia de 2001 de las reformas adoptadas.

A su turno, el Primer Mandatario municipal, mediante el Decreto N° 030 de 2001, creó la E.S.E, estableciendo como uno de sus objetivos, el de “prestar los servicios de salud que satisfagan de manera óptima las necesidades y expectativas de la población en relación con la **promoción**, el fomento, la conservación de la salud, y la prevención el tratamiento y la rehabilitación de la enfermedad” (artículo 5 literal h).

No es cierto entonces, lo que afirma la demandante, en el sentido de que la promoción de la salud quedó a cargo del Municipio y que por ende, su cargo no debió ser suprimido.

En efecto, de las disposiciones legales que se citaron en el acápite anterior, así como del acto de creación de la E.S.E., se infiere claramente que la mencionada tarea está inmersa en la prestación del servicio de salud que, en virtud de lo previsto en la Ley 100 de 993, quedó a cargo de esta última.



A su turno, en el citado Decreto se incluyó, como una de las funciones de la junta Directiva, la de *“aprobar el proyecto de la planta de personal y las modificaciones a la misma (...)”* (artículo 10 N° 6), y como atribuciones del Gerente, las de ser nominador y ordenador del gasto, presentar a la Junta Directiva el proyecto de planta de personal y las reformas necesarias, y nombrar y remover funcionarios bajo su dependencia (artículo 18, numerales 4, 23 y 24).

En lo relacionado con el régimen de personal, el párrafo del artículo 22 *ibídem* preceptuó que *“las personas que pertenezcan actualmente a la planta de cargos del sector salud del Municipio y que se incorporen a la Empresa, se les respetará el régimen salarial y prestacional”*. El artículo 30 de la misma normativa fue enfático al prever que ***“las funciones de prestación de servicios que desempeña el Municipio de Guadalupe serán trasladadas a la Empresa una vez se conformen legalmente los órganos de dirección de la misma”***. (Se subraya).

Y el artículo 31, prescribió que *“el talento humano, el recurso físico y financiero asignados al Municipio para la prestación de servicios de salud, serán administrados por éste hasta la fecha en que la Empresa asuma las funciones (...)”*.

De las anteriores disposiciones, así como de las contenidas en la Ley 100 de 1993 y en el Decreto 1876 de 1994, se desprende que una vez entrara en funcionamiento la E.S.E ésta última asumiría la prestación del servicio de salud y se encargaría, a través de su Junta Directiva y Gerente, de aprobar y definir la respectiva planta de personal, competencia que de ninguna manera correspondía al Alcalde, como equivocadamente lo afirma la accionante.



Ahora bien, ante la creación de la Empresa Social del Estado, el Representante Legal del Municipio de Guadalupe, en uso de sus facultades constitucionales y legales, suprimió todos los empleos del Sistema de Seguridad Social en Salud Municipal, dentro de los que se encontraban 5 cargos de Promotor de Salud, Código 541, Grado 10, uno de los cuales era desempeñado –en provisionalidad- por la actora, quien tampoco fue incorporada a la planta de personal de la E.S.E.

De tal modo que, si la demandante pretende cuestionar el hecho de que no fue incluida en la planta de la Empresa Social del Estado, debió dirigir sus pretensiones contra el (los) acto (s) de incorporación expedidos por ésta última Entidad.

4.3. Análisis de los argumentos planteados en el recurso de apelación.

4.3.1. Supresión del cargo sin los requisitos legales, omisión del Estudio Técnico.

Afirma la accionante que el acto acusado adolece de nulidad, pues no estuvo soportado en un estudio técnico que avalara la supresión de su cargo.

En relación con las reformas a las plantas de personal y la exigencia del correspondiente Estudio Técnico, la Sala efectuará las siguientes precisiones de orden normativo, con el fin de resolver el cargo planteado por la recurrente.



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

En otras palabras, para el ejercicio de la función administrativa se debe consultar el interés general; esto es, persiguiendo esos objetivos de carácter general, que se encuentran consignados en la Constitución Política y en la Ley.

Quiere decir que la Constitución le confiere a las Autoridades un poder reglado para el ejercicio de la función administrativa, de acuerdo con los postulados característicos del Estado de Derecho, pero en materias como las relativas a la gestión económica y social, se deja un margen de discrecionalidad para que la Administración, en forma eficaz, procure la satisfacción del interés colectivo, imprimiéndole el carácter Social del Estado de Derecho, donde la función administrativa se encuentra al servicio del interés general, y se base en principios como la eficacia y la celeridad.⁷

De tal manera que cuando las reformas a las plantas de personal conllevan la supresión de empleos, se erigen en criterios y condiciones relacionados con las necesidades del servicio o

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-1701 de 7 de diciembre de 2000, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.



modernización de la Administración, siendo objetivas las razones que justifican la reforma.

Para la fecha de expedición del acto acusado, estaba vigente la Ley 443 de 1998, y su artículo 41 había sido reglamentado por el Decreto 1572 del mismo año, fijando los parámetros y procedimientos para la modificación de plantas de personal. Esta última normativa a su vez fue modificada, en algunas de sus disposiciones, por el Decreto 2504 de 1998.

El artículo 39 de la Ley 443 de 1998,⁸ prevé que la supresión de un cargo de Carrera Administrativa puede ocurrir por diferentes razones, *verbi gracia* fusión o liquidación de una Entidad Pública; **la reestructuración**; por modificación de la planta de personal; por reclasificación de los empleos; **traslado de funciones de una Entidad a otra**; o simplemente por políticas de modernización del Estado con el fin de hacer más eficaz la prestación del servicio público, que trae consigo, para el empleado de carrera, 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.⁹

⁸ Derogada, salvo los artículos 24, 58, 81 y 82, por el artículo 58 de la Ley 909 de 2004, publicada en el Diario Oficial No. 45.680, de 23 de septiembre de 2004, "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones."

⁹ Sentencia C-370 de 1999, Referencia Expedientes D-2219 y D-2225 (acumulados), Demanda de Inconstitucionalidad contra los artículos 5º, parcial, 39, parcial, 41, 48-2 y 56 de la Ley 443 de 1998, Demandantes: Carlos Alberto Lozano Velásquez, Rubén Darío Díaz Rueda y otros, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz, sentencia de 27 de mayo de 1999. En el proveído en mención, se declaró exequible la expresión "o a recibir indemnización" contemplada en el artículo 39 de la Ley 443 de 1998.



El artículo 41 *ibídem*, con relación a la reforma de las plantas de personal, dispuso:

*“Con el fin de garantizar la preservación de los **derechos de los empleados de carrera**, las reformas de planta de personal de las entidades de la Rama ejecutiva¹⁰ de los órdenes nacional y territorial, que impliquen supresión de empleos de carrera deberán motivarse expresamente; fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración y basarse en estudios técnicos que así lo demuestren elaborados por las respectivas entidades, la Escuela Superior de Administración Pública, firmas especializadas en la materia, o profesionales en Administración Pública u otras profesiones idóneas, debidamente acreditados, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.
(...)”¹¹*

El artículo 148 del Decreto 1572 de 1998, con relación a la modificación de las plantas de personal, preceptuó:

“Las modificaciones a las plantas de personal de las entidades pertenecientes a la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial deberán motivarse expresamente y fundarse en las necesidades del servicio o en razones que propendan por la modernización de la institución, las cuales estarán soportadas en estudios técnicos que así lo demuestren.”

A su vez los artículos 149 y 154 del Decreto 1572 de 1998, modificados por los artículos 7º y 9º del Decreto 2504 de 1998, contienen las razones en las cuales se fundamenta o justifica la modificación de las plantas de personal y los Estudios Técnicos, con el siguiente contenido:

10 El texto subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sala Plena, mediante sentencia C-994 de 2 de agosto de 2000, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

11 El párrafo del artículo fue declarado inexecutable por Corte Constitucional en Sala Plena, mediante sentencia C-372 de 26 de mayo de 1999, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.



“Artículo 7º. Modifícase el artículo 149 del Decreto 1572 del 5 de agosto de 1998, el cual quedará así:

Se entiende que la modificación de una planta de personal 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 otros, de:

- 1. Fusión o supresión de entidades.*
- 2. Cambios en la misión u objeto social o en las funciones generales de la entidad.*
- 3. Traslado de funciones o competencias de un organismo a otro.*
- 4. Supresión, fusión o creación de dependencias o modificación de sus funciones.*
- 5. Mejoramiento o introducción de procesos, producción de bienes o prestación de servicios.*
- 6. Redistribución de funciones y cargas de trabajo.*
- 7. Introducción de cambios tecnológicos.*
- 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.*
- 9. Racionalización del gasto público*
- 10. Mejoramiento de los niveles de eficacia, eficiencia, economía y celeridad de las entidades públicas.*

PARÁGRAFO: 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”.

Lo expuesto hasta aquí, nos permite afirmar que la decisión de suprimir cargos, debe fundarse en criterios y condiciones relacionados con las necesidades del servicio o modernización de la Administración, por lo que las razones que justifiquen la reforma deben ser de carácter objetivo.

Tales razones, en las más de las veces y como lo exige la Ley, deben ser demostradas mediante la elaboración de un Estudio Técnico el cual, además, está encaminado a la protección de los derechos de carrera.



REF: EXPEDIENTE No. 410012331000200101404 01.-

NÚMERO INTERNO: 1103-2013.-

AUTORIDADES MUNICIPALES.-

ACTORA: FANNY FLORIANO BERNATE.-

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, a pesar de que no se demostró la elaboración de tal estudio, es evidente que las razones que motivaron la supresión del cargo de la actora son de carácter objetivo y están fundadas en las necesidades del servicio; pues fue el mismo legislador, a través de los artículos 194 y siguientes de la Ley 100 de 1993, quien dispuso que el servicio de salud debía estar a cargo de las Empresas Sociales del Estado, y que las Entidades Territoriales debían reestructurar las Entidades descentralizadas *“cuyo objeto principal sea la prestación de servicios de salud”*, con el fin de adecuarlas a lo dispuesto en esa normativa (artículo 197 *ibídem*).

Si bien el estudio técnico es una exigencia legal para todo proceso de supresión de cargos, en el presente asunto la ausencia del mismo no genera la nulidad de la actuación administrativa, pues se reitera que la Ley dispuso que correspondía a las E.S.E la prestación del servicio de salud, razón por la cual el Alcalde suprimió todos los empleos de su planta. Y, si la pretensión de la actora estaba relacionada con ser incorporada en la Empresa Social del Estado, debió demandar a ésta última Entidad, censurando los actos de incorporación, y demostrando un mejor derecho.

En suma, como el legislador ordenó el traslado de competencias de un organismo a otro (del Municipio a la E.S.E), para una prestación eficiente del servicio (numerales 3 y 5 artículo 7 del



Decreto 2504 de 1998); ello condujo a la supresión de todos los cargos del Sistema de Seguridad Social en Salud de la Planta de Personal del Municipio por lo que, el estudio técnico en este caso concreto, no resultaba indispensable, máxime si se considera que, de acuerdo con las pruebas relacionadas con anterioridad, a quienes ostentaban derechos de carrera se les respetaron sus prerrogativas, circunstancia que no se predica de la demandante, quien fue vinculada en provisionalidad y, por tanto, no era destinataria de los derechos de carrera, que deben protegerse en los términos del artículo 41 de la Ley 443 de 1998.

En otras palabras: la actora no gozaba del fuero de estabilidad ni de la prerrogativa a ser reincorporada o indemnizada, y, en consecuencia, el proceder del Representante Legal del Municipio, no desconoció el ordenamiento jurídico.

Con todo, el señor Humberto Eduardo Gómez Cabrera, entonces Gerente de la Empresa Social de Estado *Nuestra Señora de Guadalupe*, sostuvo en su declaración que, ante las exigencias legales y la difícil situación financiera que atravesaba el sector de la Salud en el Municipio, el Alcalde de la Entidad demandada suprimió la planta de personal encargada de la prestación de los servicios de Salud, y *“la Junta Directiva de la E.S.E, con criterio técnico de eficiencia, racionalidad, buscando el equilibrio financiero y social, determinó crear una planta de personal acorde con las necesidades del servicio”*. Agregó que en su calidad de Gerente, designó a las personas que ocuparían los cargos de la nueva planta de personal *“atendiendo las recomendaciones del programa de mejoramiento del servicio de Salud del Ministerio de Salud, y del*



Departamento Administrativo de la Función Pública, en el sentido de continuar con los empleados inscritos en carrera administrativa, omitiendo a los funcionarios que ocuparan el cargo en provisionalidad y cuya permanencia no afectara el desempeño de la empresa, como era el caso de las promotoras de salud (...) y sucedió que la señora FANNY FLORIANO era la única que no estaba inscrita en carrera administrativa, por ello no fue vinculada a la nueva planta (...). (Se subraya).

Lo anterior evidencia que, pese a que con la creación de la E.S.E. le correspondía al Gerente y a la Junta Directiva determinar la Planta de Personal de la nueva Entidad, y no al Alcalde; se respetaron los derechos de quienes estaban inscritos en carrera administrativa, pues fueron incorporados a la nueva planta de personal.

En relación con el cargo que desempeñaba la demandante es decir, el de Promotora de Salud, Código 541, Grado 10, se demostró con la anterior testimonial y con lo que afirmó la misma actora en el recurso de apelación, que de los 5 empleos que con esa denominación existían en la planta de la Entidad Territorial, 4 fueron incluidos en la planta de la E.S.E. De lo que se infiere que correspondían a los funcionarios inscritos en carrera administrativa que, se reitera, no era el caso de la demandante.

En ese orden, no es cierto que el proceder del Representante Legal del Municipio haya sido arbitrario ni que desconoció las normas en las que ha debido fundarse para expedir el acto demandando.



4.3.2. Falsa motivación y desviación de poder.

A juicio de la apelante, el acto censurado está falsamente motivado, pues no estuvo fundado en la necesidad de mejorar el servicio o en razones que propendieran por la modernización de la Entidad o en la necesidad de crear la E.S.E.

Agregó que el Decreto acusado se soportó en un *“ejercicio abusivo de las facultades del Alcalde”* y que los móviles que se tuvieron en cuenta para su expedición fueron de carácter partidista, si se considera que la señora Floriano Bernate no tiene la misma filiación política del Representante de la Entidad demandada.

Con el fin de resolver este cargo, debe señalarse, en primer término, que esta Corporación ha señalado¹² que la administración no puede actuar caprichosamente, sino que debe hacerlo tomando en consideración las circunstancias de hecho o de derecho que en cada caso la lleven a tomar una decisión, ya que son estas circunstancias, las que constituyen su causa o, mejor, su motivo.

En ese orden, si se alega la causal de falsa motivación, el demandante debe demostrar en el proceso que las razones aducidas en el acto impugnado no existieron, o que son inexactos.

¹² Ver entre otras, las sentencias de 26 de julio de 2013, dictada dentro del proceso de Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00271-00(2248-10) Actor: Alberto Rey Moreno. Demandado: Ministerio de la Protección Social y Servicio Nacional de Aprendizaje – Sena, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.



A su turno, desviación de poder es un vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la Administración, en la búsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe someterse. Cuando se invoca, necesariamente la prueba ha de encontrarse en circunstancias anteriores a la determinación que se acusa, ya que se trata de establecer, precisamente, la intención del funcionario que expide el acto, que es previa a la toma de la decisión.

En relación con esta causal de nulidad, la Sala, en Sentencia de 26 de abril de 2012¹³, consideró:

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

¹³ Radicación número: 68001-23-31-000-2001-02484-02(2587-11) Actor: Antonio Jose Chacon Pinzon Demandado: E.S.E Hospital Universitario Ramón González Valencia En Liquidación. Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.



intención del funcionario que expide el acto, que es previa a la toma de la decisión.

(...)” (Negrillas fuera de texto).

De acuerdo con la providencia previamente citada, alegar la causal de desviación de poder, implica un deber correlativo del actor, consistente en demostrar que el funcionario que profirió el acto administrativo de retiro tuvo en cuenta intereses particulares y caprichosos y, que por tal razón, se desmejoró el buen servicio. En otras palabras, debe probar que la decisión acusada está sustentada en una finalidad distinta a la del buen servicio, y no solamente afirmar tal circunstancia.

En el caso concreto, no existió falsa motivación, pues la causa del acto administrativo si existió y tiene origen legal. En efecto, fue la Ley 100 de 1993 la que determinó que el servicio de salud debía ser prestado por las Empresas Sociales del Estado, ordenando a las Entidades Territoriales efectuar las reestructuraciones del caso. En cumplimiento de ese mandato, el Alcalde del Municipio de Guadalupe (Huila) creó la respectiva E.S.E y suprimió los cargos que estaban destinados a la prestación del servicio de salud del Municipio, dentro de los que se encontraba el desempeñado en provisionalidad, por la señora Floriano Bernate.

Tampoco existió desviación de poder, porque de una valoración conjunta de los medios de convicción, no aparecen demostrados los intereses particulares y caprichosos del Alcalde, ni la consecuente desmejora en la prestación del servicio. Si bien es



cierto que dos de los testimonios practicados afirmaron que la supresión del cargo de la actora obedeció a una *“persecución política”*, también lo es que los demás declarantes sostienen lo contrario pues, a su juicio, la supresión de los cargos de la planta de Municipio, la creación de la E.S.E, y la integración de la nueva planta de personal, estuvieron fundadas en las necesidades del servicio, el interés general, los mandatos del legislador y la protección a los derechos de carrera, sin que el Alcalde hubiese insinuado o indicado quienes debían continuar en la nueva planta.

En ese orden de ideas, la demandante no logró acreditar la existencia de falsa motivación o desviación de poder que afectara de nulidad el acto administrativo demandado.

4.3.4. Indebida notificación.

La apelante sostiene que el Decreto N° 038 de 2001 no le fue notificado en debida forma, pues no se anexó la copia del acto administrativo por el cual se desvinculó, con lo que se violó el principio de publicidad.

Encuentra la Sala que no le asiste la razón a la parte actora, pues a través del Oficio N° 535 de 31 de julio de 2001, el Alcalde Municipal le comunicó que el referido Decreto dispuso la supresión del cargo de Promotora de Salud que venía desempeñando, sin que fuera necesario adjuntarle copia del mismo. En esa oportunidad ella fue enterada del acto administrativo, surtiéndose, por tanto, la finalidad de la notificación.



REF: EXPEDIENTE No. 410012331000200101404 01.-

NÚMERO INTERNO: 1103-2013.-

AUTORIDADES MUNICIPALES.-

ACTORA: FANNY FLORIANO BERNATE.-

En todo caso el Acto Administrativo mencionado fue publicado como lo exige la Ley, por lo que no se advierte irregularidad alguna en este sentido.

Como la parte la actora conoció la existencia del citado Decreto, no les dable ahora afirmar que el mismo no produjo efectos y que se vulneró el principio de publicidad.

Por todo lo anteriormente expuesto, al no haberse desvirtuado la presunción de legalidad que ampara al acto administrativo demandado, se confirmará el Fallo de Primera Instancia.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

FALLA

CONFÍRMASE la Sentencia de 20 de noviembre de 2012, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, que negó las pretensiones de la demanda interpuesta por la señora Fanny Floriano Bernate, contra el Municipio de Guadalupe (Huila).-

Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cópiese, notifíquese y cúmplase.



REF: EXPEDIENTE No. 410012331000200101404 01.-

NÚMERO INTERNO: 1103-2013.-

AUTORIDADES MUNICIPALES.-

ACTORA: FANNY FLORIANO BERNATE.-

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.-

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN.