

FUNCION ADMINISTRATIVA – Fines propios del estado / SUPRESION DE CARGOS – Búsqueda de la eficacia y eficiencia de la función Pública / DERECHOS DE FUNCIONARIO DE CARRERA – A ser indemnizado o reincorporado / ESTUDIOS TECNICOS – Basados en metodología de diseño organizacional y ocupacional / VARIOS ESTUDIOS TECNICOS – Comisión de graves errores de diagnóstico / REESTRUCTURACION DE LA ENTIDAD – Basada en estudios técnicos improvisados en cuanto a análisis y diagnostico

En búsqueda de un incremento de la eficacia y eficiencia de la función pública, las ciencias de la administración aconsejan la racionalización de los recursos, una de cuyas modalidades consiste en la modificación de la planta, mediante la supresión de cargos, redistribución de funciones y en general el logro de una mejor articulación de los recursos humanos, materiales y organizacionales, para optimizar el servicio y realizar los fines esenciales del Estado. Ante esas necesidades, la estructura de las instituciones deben gozar de cierto margen de flexibilidad para adaptarse al cambio de las circunstancias, para así servir de mejor modo a los objetivos esperados y a la misión de cada entidad. Estos motivos de interés general, pueden llevar a la supresión de cargos en una institución, con sacrificio de los derechos de los funcionarios, quienes deben subordinar algunas de sus expectativas particulares ante la primacía del interés general. Desde luego que la justicia exige reducir al máximo la lesión de los derechos de los funcionarios, pues ellos preservan algunas ventajas razonables en casos de reestructuración, por ejemplo, a ser incorporados en los cargos subsistentes en la nueva planta, o a obtener una indemnización, pues así lo manda el artículo 39 de la Ley 443 de 1998 y lo reitera el artículo 137 del Decreto No. 1572 del mismo año. Tal como ya se ha definido jurisprudencialmente por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, la reestructuración de entidades en cuanto lleven a la supresión de cargos, está fundada constitucionalmente en la necesidad de adecuar el aparato administrativo a las nuevas demandas y exigencias de las ciencias de la administración y al cumplimiento de los deberes esenciales del Estado. Obviamente que la prevalencia del interés general sobre el particular, como principio rector, no puede imponer sacrificios desmesurados a los funcionarios, de modo que debe cumplirse el plan de reestructuración, minimizando el perjuicio que el proceso pueda causar a los funcionarios, acudiendo a la adaptación de la planta y conjugando, hasta donde sea posible, la permanencia de los empleados inscritos en la carrera, y a la indemnización para el caso de que sea inexorable el retiro del servidor del escalafón. En este caso, el debate que planteó la demandante, trata del modo en que fueron desconocidos sus derechos, pues argumenta que la violación está originada en que la modificación de la planta de personal, es decir, la reestructuración, no estuvo antecedida de verdaderos estudios técnicos. Para la actora los estudios técnicos empleados en este proceso, son apenas un pretexto para despedir a algunos funcionarios. Vistos los perfiles del caso, la razón acompaña a la parte demandante, pues aunque la supresión de los empleos estuvo antecedida de los estudios técnicos, es notoria en grado sumo la precariedad de los mismos. Alude el Consejo de Estado a que en el presente caso, en distintos momentos pero en un muy breve periodo, se realizaron varios estudios técnicos que concluyeron siempre con la misma fórmula: la supresión de empleos. A decir verdad, si los estudios técnicos realizados hubieran sido lo suficientemente concienzudos y hechos consultando los dictados de las ciencias de la administración, no hubiera sido menester más de uno de ellos. Pero si de manera repetitiva se acude al expediente de modificar la planta, so pretexto de que así lo aconsejan los dictámenes de expertos, ello por sí solo significa la comisión de graves errores de diagnóstico, o lo que es lo mismo que se buscan soluciones mediante el método de ensayo y error, o al tanteo, poniendo en peligro el derecho de los trabajadores y mostrando la poca seriedad de lo que denominan estudios técnicos. Son los

propios resultados institucionales los que descalifican la estrategia de reducción de la nómina como remedio a la crisis institucional, en particular por el peso mayúsculo y casi único de la táctica de reducción de la planta. Si la magnitud del déficit que enfrentaba la entidad era tal que la existencia misma estaba comprometida, ese estado no surgió de un día para otro sorpresivamente, debió ser conjurado desde un comienzo y no con la aplicación repetitiva de la misma estrategia. Si el estudio técnico hubiera sido verdaderamente científico habría estimado desde el momento inicial, el efecto de la caída de la demanda por los servicios de la entidad. La existencia de tres oleadas de reestructuración de la entidad, indica cuan improvisados fueron los análisis y el diagnóstico.

FUENTE FORMAL: ARTÍCULO 154 - DECRETO 1572 DE 1998

FACULTAD DISCRECIONAL – Carece de justificación el acto cuando se basa en estudios técnicos carentes de análisis y diagnóstico / FALSA MOTIVACION – Al fundamentar el acto en razones técnicas carentes de justificación / COOPERATIVA DE TRABAJO - Prestan la mismas funciones de los cargos existentes en la entidad / CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS – Prohibición para cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes

De conformidad con lo discurredo precedentemente, si falla la premisa básica de la actuación administrativa, es decir si los estudios técnicos no cumplen el rigor metodológico que de ellos se exige en la ley y la jurisprudencia, el ejercicio de la facultad discrecional queda huérfano de soporte, pues si no hay justificación para el despido falla el deber de motivación y el retiro carece de justificación. Si los actos se explican acudiendo a las razones técnicas, y estas no son tales, quedan esas manifestaciones de la administración carentes de toda justificación o lo que es lo mismo, hay falsa motivación al fundar el acto en razones técnicas que no son tales, como muestra el fracaso de la estrategia recurrente de acudir al adelgazamiento de la nómina y al despido. Entonces, la desviación de poder que se denuncia resulta evidente, si se aprecia que varias de las personas retiradas de la E.S.E, fueron convocadas como miembros de una cooperativa para continuar prestando las mismas funciones. Dicho en breve, no podían ser afectados los derechos laborales de los trabajadores desvinculados, desconociendo de ese modo que sus contribución era necesaria para el funcionamiento de la entidad. Con el proceder de la entidad se desconoció el artículo 17 de la Ley de 790 de 2002, que dispone: *“En ningún caso los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o entidades públicas podrán celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes de conformidad con los decretos de planta respectivos.”* Entonces si las tareas que cumplían los funcionarios desvinculados, no fueron realmente suprimidas y si la realidad de la relación laboral se mantuvo, ella debe ser reconocida judicialmente, y reprobarse la estrategia sugerida por los estudios técnicos de motivar la creación de terceras personas jurídicas para encubrir la verdadera relación laboral.

FUENTE FORMAL: ARTÍCULO 17 – LEY 790 DE 2002

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN “B”

Consejero Ponente: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

Bogotá D.C., tres (3) de febrero de dos mil once (2011).

Radicación número: 050012331000200300481 01 (1189-2010)

Actor: MARLENY DEL SOCORRO MONTOYA QUINTERO

Demandado: E.S.E. HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL DE CALDAS

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 17 de febrero de 2010, por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que negó las súplicas de la demanda incoada por Marleny del Socoro Montoya Quintero contra la E.S.E. Hospital San Vicente de Paul de Caldas.

LA DEMANDA

MARLENY DEL SOCORRO MONTOYA QUINTERO, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó al Tribunal Administrativo de Antioquia, acceder a las siguientes pretensiones:

“1.1 Principales:

1.1.1 Que es nulo, el acto administrativo conformado por las siguientes actuaciones de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL SAN VICENTE DE PAÚL DE CALDAS:

a. El Acuerdo 117 del 24 de septiembre de 2002, expedido por la Junta Directiva de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL SAN VICENTE DE PAÚL DE CALDAS (Ant.), “Por medio del cual se modifica la planta de cargos y asignaciones de la E.S.E Hospital San Vicente de Paúl de Caldas (Ant.) y se suprimen setenta y dos cargos de tal ente, entre ellos el de la actora (Auxiliar de Administración Código 550)”.

b. La Resolución Número 329 del 3 de Octubre de 2002, expedida por el Gerente de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL SAN VICENTE DE PAÚL DE CALDAS, “Por medio de la cual se adopta el Acuerdo 117 de 2002”.

c. La Resolución Número 396 de Octubre 4 (sic) de 2002, expedida por el Gerente de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL SAN VICENTE DE PAÚL DE CALDAS, “Por medio de la cual se retira del servicio un empleado, concretamente el de la actora del cargo Auxiliar de Administración Código 550”.

1.1.2. Que como consecuencia de la anterior declaración, LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL SAN VICENTE DE PAÚL DE CALDAS (Ant.), esté en la obligación de reintegrar a la actora al mismo cargo que tenía de Auxiliar de Administración Código 550 al momento de ser retirada del servicio, o a otro de igual o superior categoría.

1.1.3. Que, también como consecuencia de las anteriores declaraciones, no existió interrupción del vínculo laboral entre la fecha del retiro del servicio y la fecha de reintegro efectivo, y que al no existir solución de continuidad se le debe pagar a la actora A TÍTULO DE INDEMNIZACIÓN, todos los sueldos y prestaciones sociales, dejados de percibir desde la fecha de la ilegal desvinculación 11 de Octubre de 2002, hasta la fecha cuando tenga ocurrencia real y efectiva el reintegro.

1.1.4. Que las sumas a que sea condenada la demandada deben reajustarse de acuerdo con la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, teniendo en cuenta la variación del índice de precios al consumidor, que certifique el DANE, para el período comprendido entre la fecha en la que se produjo la desvinculación, Octubre 11 de 2002, y la fecha en que opere efectivamente el reintegro.

1.1.5. Que las sumas líquidas devengarán intereses corrientes y moratorios, en los términos de la norma contenida en el artículo 177 del C.C.A.

1.1.6. Que LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL SAN VICENTE DE PAÚL DE CALDAS (Ant.) debe reconocerle y pagarle a la actora, los perjuicios morales en cuantía de uno (1) y Cien (100) salarios mínimos legales vigentes, ocasionados con la pérdida de la estabilidad en el empleo.

1.1.7. Que LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL SAN VICENTE DE PAÚL DE CALDAS (Ant.) deberá dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 176 del C.C.A.

1.1.8. Que se condene en costas a la parte demandada.

1.2 Primera Subsidiaria

1.2.1 Que es nulo, el acto administrativo conformado por las siguientes actuaciones de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL SAN VICENTE DE PAÚL DE CALDAS:

a. La Resolución Número 329 del 3 de Octubre de 2002, expedida por el Gerente de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL SAN VICENTE DE PAÚL DE CALDAS, "Por medio de la cual se adopta el Acuerdo 117 de 2002".

b. La Resolución Número 396 de Octubre 4 (sic) de 2002, expedida por el Gerente de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL SAN VICENTE DE PAÚL DE CALDAS, Por medio de la cual se retira del servicio un empleado, concretamente el de la actora del cargo Auxiliar de Administración Código 550".

1.2.2 Que como consecuencia de la anterior declaración, LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL SAN VICENTE DE PAÚL DE CALDAS (Ant.), esté en la obligación de reintegrar a la actora al mismo cargo que tenía de Auxiliar de Administración Código 550 al momento de ser retirada del servicio, o a otro de igual o superior categoría.

1.2.3 Que, también como consecuencia de las anteriores declaraciones, no existió interrupción del vínculo laboral entre la fecha del retiro del servicio y la fecha de reintegro efectivo, y que al no existir solución de continuidad se le debe pagar a la actora A TÍTULO DE INDEMNIZACIÓN, todos los sueldos y prestaciones

sociales, dejados de percibir desde la fecha de la ilegal desvinculación 11 de Octubre de 2002, hasta la fecha cuando tenga ocurrencia real y efectiva el reintegro.

1.2.4 Que las sumas a que sea condenada la demandada deben reajustarse de acuerdo con la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, teniendo en cuenta la variación del índice de precios al consumidor, que certifique el DANE, para el período comprendido entre la fecha en la que se produjo la desvinculación, Octubre 11 de 2002, y la fecha en que opere efectivamente el reintegro.

1.2.5 Que las sumas líquidas devengarán intereses corrientes y moratorios, en los términos de la norma contenida en el artículo 177 del C.C.A.

1.2.6 Que LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL SAN VICENTE DE PAÚL DE CALDAS (Ant.) debe reconocerle y pagarle a la actora, los perjuicios morales en cuantía de uno (1) y Cien (100) salarios mínimos legales vigentes, ocasionados con la pérdida de la estabilidad en el empleo.

1.2.7 Que LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL SAN VICENTE DE PAÚL DE CALDAS (Ant.) debe dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 176 del C.C.A.

1.2.8 Que se condene en costas a la parte demandada.

1.3 Segunda Subsidiaria.

1.3.1 Que con la expedición del Acuerdo 117 de 2002, La Resolución 329 y 396 de 2002, aun suponiendo que estén de acuerdo con la Constitución y la Ley, se causaron a la actora perjuicios antijurídicos consistentes en retirarla del servicio imponiéndole una carga que no tiene la obligación de soportar, por lo cual la demandada debe proceder a indemnizar el daño, cuya tasación debe hacerse a criterio del Juez consultando las disposiciones legales existentes para indemnizar a los trabajadores amparados por el escalafón de carrera administrativa o la disposición contenida en la Ley 599 de 2000, art 97, actual Código Penal Colombiano, reforzada por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

1.3.2 Que las sumas a que sea condenada la demandada deben reajustarse de acuerdo con la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, teniendo en cuenta la variación del índice de precios al consumidor, que certifique el DANE, para el período comprendido entre la fecha en la que se produjo la desvinculación, Octubre 11 de 2002, y la fecha en que opere efectivamente el reintegro.

1.3.3 Que las sumas líquidas devengarán intereses corrientes y moratorios, en los términos de la norma contenida en el artículo 177 del C.C.A.

1.3.4 Que LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL SAN VICENTE DE PAÚL DE CALDAS (Ant.) debe reconocerle y pagarle a la actora, los perjuicios morales en cuantía de uno (1) y Cien (100) salarios mínimos legales vigentes, ocasionados con la pérdida de la estabilidad en el empleo.

1.3.5 Que LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL SAN VICENTE DE PAÚL DE CALDAS (Ant.) deberá dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 176 del C.C.A.

1.3.6 Que se condene en costas a la parte demandada.”

Las pretensiones tienen apoyo en los hechos que enseguida se sintetizan:

La demandante es Auxiliar de Contabilidad y Secretariado, ingresó como empleada al servicio del Hospital San Vicente de Paúl de Caldas, Antioquia, desde el 10 de mayo de 1982 y allí laboró en forma continua hasta el 11 de octubre de 2002, cuando fue retirada del servicio y ejercía el cargo de Auxiliar de Administración Código 550.

Siempre cumplió sus funciones con eficacia, eficiencia y pulcritud, a pesar de ello, no fue retirada para mejorar el servicio, sino en una tercera reestructuración del ente demandado, pues en menos de cuatro años la demandada ha realizado despido de personal en tres oportunidades y a los despidos masivos los ha denominado “*reestructuración*”, lo cual indica la falta de seriedad de la actuación de la demanda, así como la carencia de técnica y planificación en sus políticas.

La entidad demandada tuvo un origen privado, pues surgió por voluntad de la Conferencia de Nuestra Señora de las Mercedes de la Sociedad San Vicente de Paúl del Municipio de Caldas, según acta constitutiva No. 1º de 1934, por tanto, siempre se rigió por las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo. Así, obtuvo su personería jurídica de derecho privado mediante la Resolución No. 84 de 19 de Julio de 1940.

Mediante las Ordenanzas No. 21 del 27 de agosto de 1996 y 31 del 17 de Diciembre de 1997, la demandada se transformó y adoptó su estatuto básico. La empresa que sirvió de embrión a la demandada jamás se liquidó como ordenan las disposiciones que regulan el sistema integral de salud, omisión que tenía como fin dañino socavar los derechos de quienes siendo trabajadores privados, quedaron luego como servidores de la nueva entidad Empresa Social del Estado Hospital San Vicente de Paúl de Caldas.

En efecto, una amplia franja de servidores fueron convocados para ser inscritos en carrera administrativa por considerarlos como empleados públicos, pero a pesar de haberles pedido la documentación necesaria, el representante legal de la E.S.E. no realizó gestión alguna para la inscripción de los servidores en carrera, pues dejó las peticiones guardadas con llave en su escritorio.

Validos de la ambigüedad de la situación de los servidores que entonces pertenecían a la institución hospitalaria, no se les respetó a todos la convención colectiva, ni se negoció el pliego de peticiones con el sindicato al que pertenecen y se inventaron la forma de cambiar a todos los empleados mediante la puesta en

ejecución de las llamadas “REESTRUCTURACIONES”, cuyo único contenido son las desvinculaciones masivas y la lesión del derecho de asociación sindical de los servidores de la E.S.E Hospital San Vicente de Paúl de Caldas, donde funciona un Sindicato al cual pertenece la actora.

La demandada ha suscrito convenciones colectivas con Anthoc Seccional Caldas, una de las cuales venció el día 31 de diciembre de 1999, pero se ha negado a negociar el nuevo pliego de peticiones presentado por Anthoc el 17 de abril de 2002, el cual había sido aprobado el 2 de marzo por la organización sindical.

Las actuaciones irregulares de la demandada han generado graves perjuicios a la actora, quien fue privada injustamente de un empleo al que tiene derecho en condiciones dignas y justas. Tampoco se le ha reconocido indemnización alguna de carácter legal o convencional, su última asignación mensual fue de \$797.247.00.

El 24 de septiembre de 2002, la Junta Directiva de la accionada expidió el Acuerdo No. 117, por medio del cual modificó la planta de cargos y asignaciones de la E.S.E Hospital San Vicente de Paúl de Caldas (Ant.) y suprimió 72 cargos, entre ellos, el de la actora que se desempeñaba como auxiliar de administración Código 550; posteriormente, el Gerente de la E.S.E expidió la Resolución Número 329 del 3 de Octubre de 2002, por medio de la cual se adoptó el Acuerdo No. 117 de 2002 de la junta directiva.

La actora fue retirada del servicio mediante la Resolución Número 396 de 11 de octubre de 2002, expedida por el Gerente de la demandada. Censura la demandante que todas las “reestructuraciones”, hechas carecen de un plan de acción, éste sólo se aprobó el 22 de junio de 2002, ejecutable hasta el mes de diciembre de 2003 como fecha límite. Esto significa que todas las llamadas ‘reestructuraciones’ fueron el producto del capricho y la arbitrariedad de la dirección de la E.S.E Hospital San Vicente de Paúl de Caldas.

El 15 de octubre de 2002, la entidad demandada celebró con la Pre cooperativa Nacional de Enfermeras Certificadas- PRECOONALDEC, el contrato de prestación de servicios No 046-2002, cuyo objeto era que la Pre cooperativa suministrara a la ESE personal para el cubrimiento de los servicios de enfermería profesional, auxiliar de enfermería y auxiliares administrativos. La duración del

contrato se extendió entre el 15 de octubre y el 31 de diciembre de 2002. El día 2 de enero de 2003, nuevamente la demandada suscribió contrato de prestación de servicios con la Pre cooperativa antes anotada, con vigencia entre el 2 enero y el 28 de febrero de 2003. Una vez que fue retirada la actora de la entidad demandada, ella se afilió a la Pre cooperativa Nacional de Enfermeras Certificadas PRECOONALDEC-, y de esa manera fue contratada por la Pre Cooperativa para que prestara sus servicios en la E.S.E Hospital San Vicente de Paúl de Caldas, como auxiliar de administración. Entonces, es claro que indebidamente la E.S.E Hospital San Vicente de Paúl desvinculó a la trabajadora, pero acto seguido contrató sus servicios a través de una Cooperativa, lo que indica que realmente requieren de sus servicios y la motivación de ese cambio es simplemente desconocer los derechos propios de la relación laboral, lo cual implica una desviación y abuso de poder.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De la Constitución Política, el preámbulo y los artículos 1º, 2º, 25, 29, 39, 53 y 125.

De la Ley 443 de 1998, el artículo 37.

Para desarrollar el concepto de violación, la demandante estima que la parte demandada violó las normas constitucionales y legales, pues el retiro de la actora sólo podía realizarse por las causales específicamente detalladas en las normas legales y constitucionales. Se desconocieron los principios que regulan el trabajo, la estabilidad y el derecho a la carrera administrativa, así como a un trabajo en condiciones dignas y justas. Las mal llamadas reestructuraciones carecieron de los estudios técnicos previos a la modificación de la planta de personal. La supresión debió motivarse expresamente, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración y basarse en estudios técnicos que así lo demostraran, los estudios que soportan las modificaciones de las plantas de personal deberán consultar metodologías de diseño organizacional y ocupacional que contemplen los procesos técnico-misionales y de apoyo, evaluación de la prestación de los servicios, de las funciones asignadas, perfiles y las cargas de trabajo de los empleos. En este caso, el nivel del Hospital y los servicios que está obligado a prestar y además los que puede llegar a servir teniendo en cuenta la demanda de servicios especializados; la eficiencia

administrativa, el instrumental, el número de profesionales requeridos para todo el Suroeste del departamento y no sólo para el Municipio de Caldas.

La administración del Hospital no hizo tales estudios técnicos, sino que suprimió el vínculo laboral de sus servidores, bajo el pretexto de que las llamadas reestructuraciones anteriores no tuvieron ningún influjo benéfico para la supervivencia del Hospital, por no ser suficiente el número de trabajadores desvinculados, tal como lo dejó consignado en el Acuerdo No. 117 de 2002 en su numeral 2.7.

Aquello que el Hospital demandado llamó “*estudios técnicos*”, no fueron en realidad análisis expertos, sino justificaciones para desvincular personal. Solo ahora, dice la demandante, se está ensayando un plan de acción y reestructuración para el año 2002, que culminaría en el 2003. Ese proyecto de desarrollo técnico institucional comprende como objetivos propuestos la plataforma jurídica de la Empresa, una guía de gestión, un sistema de control interno y tiene como fecha límite el 2003, o sea que a la actora no pudo habersele desvinculado antes de la finalización de ese nuevo estudio.

Con su proceder la demandada violó las disposiciones contenidas en el artículo 67 del C.S. del T. y la Ley 6ª de 1945, art 8º, que como institución garantista estableció el legislador.

Aparecen así todos los elementos esenciales de la sustitución patronal, el cambio de un patrono por otro, permanencia del mismo objeto social, cual es la prestación del servicio de salud y la subsistencia de la relación laboral.

Hubo entonces desviación de poder, vicio que se configura por la ausencia de motivación previa a la expedición de los actos administrativos que se acusan, en tanto no obró la E.S.E con la finalidad de mejorar el servicio, sino que su objetivo fue poner fin a una serie de empleos amparados por la estabilidad protegida constitucional y legalmente.

La desviación es rampante ya que luego de terminado el vínculo laboral existente entre la demandada y la demandante ésta fue contratada por aquella, a través de una Pre Cooperativa, para prestar los mismos servicios y para desempeñar las mismas funciones.

Además, en los considerandos del Acuerdo No. 117 de la junta directiva de la E.S.E, se dice que es necesario suprimir las plazas de empleo de la Planta de Cargos de la E.S.E porque la Ley 617 de 2000 dictó normas para la racionalización del gasto público nacional, las entidades territoriales y las descentralizadas, pero dichos motivos no son ciertos, ya que la mencionada ley, en ninguna parte expresa que para lograr dicho objetivo deban suprimirse cargos. Así lo ha entendido la Corte Constitucional al decidir algunas demandas de inconstitucionalidad contra dicha Ley, todo lo cual constituye flagrante falsedad de la motivación.

LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, con apoyo en las siguientes razones (fls. 55 a 66):

Replicó cada uno de los hechos de la demanda, a su vez planteó como razones en favor de la defensa, que la naturaleza del vínculo con la Entidad era de derecho público más no privado, por cuanto la Fundación desapareció con la creación de la nueva entidad pública, sin que fuera menester la liquidación previa de la primera, circunstancia que no obsta el nacimiento de la segunda, que ostenta un régimen legal y reglamentario, puesto que dependía de un ente estatal y sus funciones eran, aunque irregulares, propias de los empleados públicos.

La demandada ejercía funciones públicas como miembro de una entidad estatal de manera irregular, puesto que no estaba nombrada ni posesionada, irregularidad que impedía catalogarla como empleada pública para obtener beneficios indemnizatorios como si fuera de carrera.

En virtud de las funciones realizadas, conforme al factor funcional, la demandante no era trabajador oficial con vínculos contractuales con la administración, vinculación irregular de la demandante que significa que ella podía ser removida libremente por la administración.

De otra parte, se debe dejar plenamente establecido que el acto administrativo por medio del cual se suprimieron varios cargos, entre ellos el de la demandante, fue el Acuerdo No. 117 del 2002 y la Resolución No. 362 del 2002 efectiviza la decisión de la Junta Directiva, ello implica que este acto administrativo es de mera ejecución tal como lo establece el artículo 49 del Código Contencioso Administrativo. Hay razones entonces que excluyen el recurso de reposición contra las resoluciones de supresión de cargos. La primera de ellas, es la necesidad de estabilidad en la Administración y del cumplimiento inmediato de los actos que introduzcan cambios en el personal de ella. Sujetar tales actos al recurso de reposición, provocaría un interregno de difíciles consecuencias, durante el cual el servicio público se vería afectado. La esencia misma de tales actos requiere de su ejecución inmediata, sin perjuicio de las posibilidades que tenga el afectado del recurso ante la vía jurisdiccional dentro del tiempo oportuno para ello.

Es innegable que la actora laboró durante muchos años en la entidad de derecho privado que fue transformada en una E. S. E., pero el reclamo de sus derechos laborales como trabajadora particular debió haberlo realizado frente a la Fundación, dentro de los tres años siguientes a la transformación y ante la justicia laboral. Por esta razón y dada la situación tan *sui generis* en la que se encontraba la demandante, no es posible pretender las indemnizaciones de las que tratan la Ley 443 de 1998 y el Decreto 1562 del mismo año.

En cuanto a la desviación y abuso de poder, así como la falsa motivación, queda ampliamente demostrado dentro del estudio técnico realizado por la Entidad, la imperiosa necesidad de tomar decisiones contundentes, en procura de hacer viable la Institución que transitaba dificultades presupuestales insalvables.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Antioquia negó las pretensiones de la demanda, lo que hizo con fundamento en las siguientes consideraciones (fls. 334 a 341):

El Tribunal sentó delantadamente la presunción de legalidad de los actos administrativos, a partir de lo cual supuso que la decisión está inspirada en razones del buen servicio, fin primordial de la Administración Pública y por ello quien pretenda desvirtuar esa presunción debe aducir prueba contundente en

contrario. El acto administrativo que modificó la planta de personal, dijo el *a quo*, está respaldado en un informe técnico efectuado por el equipo directivo, con la asesoría de la Dirección Seccional de Salud de Antioquia (folios 66 a 276). En ese análisis se consideró la grave crisis financiera que atraviesa la E.S.E., situación que dio lugar a que por la Gerencia se adelantaran los estudios técnicos para determinar la situación actual y examinar su viabilidad financiera, así como la merma constante de la demanda de servicios. En el concepto especializado que precedió a la modificación de la planta, se reflejan los altos costos fijos ociosos y el severo desequilibrio financiero en la operación de la entidad demandada (folio 105 y s.s.).

Registran los estudios los enormes pasivos que ascienden a \$2.948,0 millones para las vigencias expiradas y \$ 3.710 millones del ejercicio fiscal del año en que se hizo el estudio; de otro lado, la deuda a proveedores y acreedores a diciembre 31 de 2002, por valor de \$2.523.8 millones (folios 105 y s.s.). El estudio refleja la necesidad de ajuste institucional para el año 2002, folios 250 al 254 y los anexos que obran del 255 al 289.

El Tribunal resalta que el estudio registra el pasivo laboral de un total de \$277.014.618, lo que supone reducir la planta de personal y la contratación de un *out sourcing* para servicios no misionales, para así lograr un ahorro que se matice el déficit grave que aqueja a la entidad. Como el requerimiento de capital para saneamiento de la entidad fue estimado a 31 de diciembre de 2002 en \$ 7.704.5 se proponen en el estudio las siguientes acciones; a) desvinculación de personal, dando lugar ello a que mermen los gastos de personal de la nueva planta, en comparación con los gastos de personal de la planta actual, lo permitiría evidenciar una significativa mejoría. De los \$7.919.2 millones, que se calculó requiere la institución por concepto de gastos de personal a 31 de diciembre de 2002, se pasa a requerimientos de recursos por concepto de gastos de personal por \$1.909.8 millones y b) ahorro por concepto de contratación externa por un valor de \$ 569.9 millones.

Con apoyo en el artículo 209 de la Constitución, invocó el *a quo*, los principios con apego a los cuales se ha de cumplir la función administrativa, es decir consultando el bien común; esto es, persiguiendo objetivos que superen el interés particular. La importancia de estos fines respecto del ejercicio de la función administrativa, añade el Tribunal, consiste en que ellos son los criterios que

deben guiar la actuación de las autoridades, de manera que el ejercicio de sus competencias se condicione a los propósitos del Estado Social de Derecho.

La supresión de empleos debe entenderse, prosigue el Tribunal, como una causa legal de retiro del servicio de los empleados del sector público, justificada por la necesidad de adecuar las plantas de personal de las distintas entidades públicas, a los requerimientos del servicio para hacer más ágil, eficaz y eficiente la función que deben cumplir.

Yerra la demandante cuando echa de menos el estudio técnico previo a la decisión enjuiciada, tampoco demostró la ausencia de esa etapa del proceso de reestructuración con el propósito de sustentar el cargo que hace contra el acto administrativo.

Entonces, la entidad accionada sí explicitó las razones que impulsaron la modificación de la estructura de personal de la institución, siguiendo para ello el diagnóstico institucional y la necesidad de transformación organizacional guía de la gestión pública, atendiendo las exigencias de ajuste fiscal que aparejó la Ley 617 de 2000, buscando la viabilidad fiscal de la entidad demandada.

La entidad expidió el Acuerdo acusado, en acatamiento de las normas legales, con exposición de motivos plausibles y con un fin lícito. Extrañó el Tribunal la prueba de que el ejercicio de la facultad discrecional, haya tenido un objetivo distinto al logro del buen servicio y la salvación institucional.

Descartó el Tribunal que hubiera desviación de poder, por el solo hecho de que varias de las personas desvinculadas de la E.S.E en el proceso de reestructuración, hayan sido contratadas a través de una cooperativa para continuar prestando exactamente las mismas funciones que realizaban en la institución hospitalaria, pues tal cosa sugiere el informe técnico, si con ello se logra una reducción significativa en los costos de funcionamiento, por el ahorro que conllevaría la contratación externa que fue valorada en la suma de \$569.9 millones, como anteladamente se señaló, y lo cual constituía algunas de las acciones o alternativas que debía adelantar la E.S.E para lograr la viabilidad como ente de salud impidiendo de esta manera su cierre.

El uso que se hizo de la facultad discrecional por parte de la Administración tal como quedó establecido, sí tuvo como objeto el mejoramiento del servicio, el cual

debe ser mirado en un contexto amplio y no individualmente considerado, en relación con una persona, ni reduciéndolo a que la contratación de servicios desdibuja el fin primordial de la Administración Pública, como quiera que lo que se buscó con tal medida, fue la reducción de costos tendiente a que la institución fuera viable, se pudiera mantener en el mercado y adicionalmente, se atendieran las exigencias de la Ley 617 de 2000.

Descartó el Tribunal que hubiera desconocimiento de las garantías previstas en el artículo 53 Superior, toda vez que la actora carecía de fuero de estabilidad derivado de la sustitución patronal, figura que al tenor de lo dispuesto en el artículo 68 del Código Sustantivo del Trabajo, no extingue, suspende ni modifica los contratos de trabajo existentes, ha de anotarse que en concordancia con las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo que regulan la materia, la sustitución patronal tiene lugar cuando, por cualquier causa, se da un cambio de empleador, siempre y cuando la empresa no sufra variaciones sustanciales en el giro de sus actividades o negocios.

En el caso concreto no opera la figura en mención, toda vez que, en efecto, no existió un cambio de empleador, ya que éste siguió siendo el mismo, solo que con una naturaleza jurídica distinta, en virtud de lo estipulado en el artículo 35 de la Ley 60 de 1993, como quiera que los aportes administrativos, económicos, técnicos y financieros, provenían desde entonces de las entidades estatales.

Resalta el Tribunal que la estabilidad, prevista en el artículo 53 de la Constitución, no implica inamovilidad absoluta de la actora, pues el retiro del empleo puede hacerse por causales legales, como ha sostenido la Corte Constitucional, en sentencia C-349 de abril 20 de 2004, con ponencia del Doctor Marco Gerardo Monroy Cabra. La supresión del cargo es entonces una causal válida de terminación del vínculo laboral para los servidores públicos y, se inspira en la primacía del interés general como el mejoramiento del servicio, la búsqueda de la eficacia y la racionalización del gasto público, eliminación de la burocracia, entre otras, debiendo tenerse en cuenta al momento de proceder, los criterios de racionalidad, proporcionalidad y prevalencia del interés general.

Para el Tribunal no hubo sustitución patronal, sino una redefinición de la naturaleza jurídica del Hospital San Vicente de Paúl, por lo que no era necesario el nombramiento y posesión de los funcionarios pertenecientes a la entidad. Además, de la anotada definición, se colige el hecho de que los funcionarios

pertenecientes a la nueva planta son empleados públicos que, conforme el artículo 5° de la Ley 443 de 1998 ocupan un cargo de carrera administrativa que, al no ser proveído mediante concurso se entiende como un nombramiento en provisionalidad, necesitándose para la supresión un estudio técnico que la fundamente.

No hubo entonces desviación de poder, pues la supresión de empleos es una facultad legal que tiene por fin responder a las necesidades del servicio y siguiendo las razones técnicas que ilustran el estudio hecho.

Y no puede haber falsa motivación si las razones que dieron origen a la expedición de los actos impugnados, fueron los de necesidad del servicio y control del gasto público.

En lo concerniente a las disposiciones de la Ley 617 de 2000, si bien de su tenor literal no se colige el imperativo de la supresión de empleos, tampoco se niega tal posibilidad, en tanto en ella se encuentra la obligación de financiar los gastos de funcionamiento (gastos de personal y gastos generales), con los ingresos corrientes de libre destinación.

En este sentido, se afirma que la racionalización del gasto es un asunto de interés general, que involucra el correcto y regular funcionamiento del servicio y, por ende, legítima decisiones administrativas como la supresión de cargos, traslados, la insubsistencia u otras semejantes en virtud de las facultades y competencias que ostenta el nominador.

Ante la petición subsidiaria de indemnizar a la actora por la causación de perjuicios antijurídicos con el acto de retiro, debe precisarse que la causa del daño radica en el acto administrativo de supresión del cargo, del cual el retiro es una mera manifestación.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso el recurso de apelación contra la Sentencia, impugnación apoyada en los siguientes argumentos (fls. 343 a 344):

A juicio del recurrente la existencia de tres reestructuraciones para lograr un ajuste financiero de la entidad, muestra la escasa seriedad de ellas y que van en contravía de verdaderos criterios de proporcionalidad y racionalidad que deben acompañar este tipo de procesos, *“el estudio técnico que dice el fallo tener el ente demandado demuestra la necesidad de la existencia de personal como es el caso de mi mandante para llevar a cabo las tareas propias de la ESE, AL PUNTO QUE ORDENA LA CONTRATACIÓN POR OUTSOURCING, para desconocer el derecho al cargo que tenía mi mandante.”*

Las necesidades institucionales para superar la penosa situación económica y financiera de la Empresa Social del Estado, pueden ser una razón suficiente, pero la solidez económica no puede hacerse a costa del desconocimiento de los derechos de los trabajadores, ni estableciendo distinciones que riñen con principios de orden constitucional y legal. Entonces, los actos atacados están viciados de falsa motivación y son fruto de desviación de poder. Invoca en su apoyo el fallo de 23 de octubre de 2003. Expediente 5923-02, actor Guillermo León Pineda Nodhert contra el Municipio de Envigado.

Arguye el recurrente que el Tribunal no se pronunció de fondo sobre el daño antijurídico que se le ocasiona, con la expedición de los actos administrativos demandados y con la posterior desvinculación del empleo público. De conformidad con lo antes expuesto el demandante solicitó revocar el fallo apelado y acoger las pretensiones de la demanda.

EI CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Ministerio Público, omitió contribuir con sus reflexiones para ilustrar mejor esta controversia.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico consiste en determinar, si en la supresión del cargo que ostentaba la demandante y su consiguiente desvinculación, la Administración incurrió en falsa motivación y en desviación de poder, y por tanto, si los actos acusados están viciados de nulidad.

Para resolver el problema jurídico, abordará el Consejo de Estado el estudio de los siguientes aspectos: **1.-** Sobre los estudios técnicos; **2.-** Si se abusó de la discrecionalidad y acerca de la ausencia de motivación del acto; **3.-** En torno del fuero en caso de sustitución patronal; **4.-** Sobre la antijuridicidad como fuente de la indemnización reclamada en una de las pretensiones subsidiarias.

Han sido demostrados los siguientes hechos en el proceso:

- El 24 de septiembre de 2002 la Junta Directiva de la E.S.E Hospital San Vicente de Paúl de Caldas, expidió el Acuerdo No 117, mediante el cual se modifica la planta de cargos y asignaciones de la E.S.E, para la vigencia fiscal 2002 y se dictan otras disposiciones (Fls. 5 a 11).

- Por Resolución N° 329 de octubre 3 de 2002, el Gerente de la accionada adopta la Planta de Cargos y Asignaciones establecidas para la E.S.E mediante Acuerdo 117 de 2002 (folio 12) y a través de Resolución N° 396 de 11 de octubre de 2002 el Gerente de la accionada la retiró del servicio (folio 13).

- Obran copias de los contratos de prestación de servicios suscritos entre la accionante y la Cooperativa Nacional de Enfermeras Certificadas "PRECOONALDEC", con el objeto de prestar servicios en la ESE demandada como AUXILIAR DE ADMINISTRACIÓN de 2 de enero de 2003 (folios 14 a 15) y entre la ESE y la Cooperativa con el propósito de que esta última, suministre personal para el cubrimiento de los servicios de enfermería profesional (folios 16 a 20), como documentación relativa al cobro de su ejecución.

- Copia de la propuesta de reorganización hospitalaria efectuada a la Empresa Social del Estado demandada realizada por la Dirección Seccional de Salud de Antioquia de dicho Departamento (Fls. 79 al 249).

- Anexo 5: que contiene estudio para modificación de unos cargos de Auxiliares Administrativos fechado septiembre de 2002 (Fls. 250 a 264).

- Certificación emitida por ANTHOC sobre la vinculación a la organización por parte de la actora y copia de la Convención Colectiva (Fls. 292 a 309).

- Comunicación No. 1628-04 de diciembre 7 de 2004, suscrita por el Gerente (E) de la ESE, en la que informa que en la hoja de vida de la actora no obra solicitud para ser inscrita en carrera administrativa, motivo por el cual no se agotaron los trámites pertinentes (folios 313) al igual que la certificación de los aportes efectuados a ANTHOC (folios 314).

1.- Sobre los estudios técnicos.

Para saber si la supresión del cargo de la demandante, estuvo precedida de un Estudio Técnico que consulte las exigencias legales, es menester abordar el análisis del marco normativo que gobierna los procesos de reestructuración, para luego descender al caso concreto que concierne a la existencia, suficiencia e idoneidad de los estudios técnicos que inspiran la actividad de la administración que llevó a la eliminación del cargo de la demandante y por consiguiente a su retiro de la institución.

El inciso 1º del artículo 209 de la Constitución Política, establece que el interés general y el bien público son los fines esenciales del Estado Social de Derecho, la norma en su texto define 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 búsqueda de un incremento de la eficacia y eficiencia de la función pública, las ciencias de la administración aconsejan la racionalización de los recursos, una de cuyas modalidades consiste en la modificación de la planta, mediante la supresión de cargos, redistribución de funciones y en general el logro de una mejor articulación de los recursos humanos, materiales y organizacionales, para optimizar el servicio y realizar los fines esenciales del Estado. Ante esas necesidades, la estructura de las instituciones deben gozar de cierto margen de flexibilidad para adaptarse al cambio de las circunstancias, para así servir de mejor modo a los objetivos esperados y a la misión de cada entidad. Estos motivos de interés general, pueden llevar a la supresión de cargos en una institución, con sacrificio de los derechos de los funcionarios, quienes deben subordinar algunas de sus expectativas particulares ante la primacía del interés general. Así lo definió, la Corte Constitucional en la sentencia T-374 de 20002:

“Igualmente, no hay duda de que la pertenencia a la carrera administrativa implica para los empleados escalafonados en ella la estabilidad en el empleo, sin embargo, esa sola circunstancia no obliga al Estado a mantener los cargos que éstos ocupan, por siempre y para siempre, pues pueden existir razones y situaciones que justifiquen la supresión de los mismos. La estabilidad, como tantas veces se ha dicho, “no significa que el empleado sea inamovible.”

Desde luego que la justicia exige reducir al máximo la lesión de los derechos de los funcionarios, pues ellos preservan algunas ventajas razonables en casos de

reestructuración, por ejemplo, a ser incorporados en los cargos subsistentes en la nueva planta, o a obtener una indemnización, pues así lo manda el artículo 39 de la Ley 443 de 1998 y lo reitera el artículo 137 del Decreto No. 1572 del mismo año.

De otro lado, para que en la actividad de la administración en materia de modificaciones a la planta de personal, no tengan espacio la subjetividad, el capricho o la arbitrariedad de los responsables del proceso, el artículo 41 de la Ley 443 de 1998 reguló la reforma de las plantas de personal en los siguientes términos:

*“ARTÍCULO 41. Reforma de plantas de personal. 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 ejecutiva 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 acreditadas, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.
Toda modificación a las plantas de personal de las entidades del orden nacional incluidos sin excepción los establecimientos públicos, y las plantas de personal de empleos públicos que formen parte de las empresas industriales y comerciales del Estado, deberá ser aprobada por el Departamento Administrativo de la Función Pública.
(...)”*

Por otra parte, el Decreto No. 1572 de 1998, reglamentario de la mencionada ley, en su artículo 148 reiteró las exigencias hechas en la ley que fue objeto de reglamentación así:

“ARTÍCULO 148. 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.”.

Desde otra perspectiva, el Decreto No. 2504 de 1998, modificadorio de algunos artículos del Decreto No. 1572 de 1998, en su artículo 9º dispuso:

“Modificase el artículo 154 del Decreto 1572 del 5 de agosto de 1998, el cual quedará así: ‘Artículo 154º.- Los estudios que soportan las

modificaciones de las plantas de personal deberán estar basados en metodologías de diseño organizacional y ocupacional que contemplen, dependiendo de la causa que origine la propuesta, alguno o varios de los siguientes aspectos: Análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo. 1.-Evaluación de la prestación de los servicios. 2.-Evaluación de las funciones asignadas, perfiles y las cargas de trabajo de los empleados."

La anterior reseña normativa revela la importancia de los estudios técnicos que justifican la reestructuración de las entidades del Estado, los que deben estar inspirados en metodologías de diseño organizacional y ocupacional que satisfagan las exigencias del artículo 154 del Decreto No. 1572 de 1998.

Tal como ya se ha definido jurisprudencialmente por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, la reestructuración de entidades en cuanto lleven a la supresión de cargos, está fundada constitucionalmente en la necesidad de adecuar el aparato administrativo a las nuevas demandas y exigencias de las ciencias de la administración y al cumplimiento de los deberes esenciales del Estado. Obviamente que la prevalencia del interés general sobre el particular, como principio rector, no puede imponer sacrificios desmesurados a los funcionarios, de modo que debe cumplirse el plan de reestructuración, minimizando el perjuicio que el proceso pueda causar a los funcionarios, acudiendo a la adaptación de la planta y conjugando, hasta donde sea posible, la permanencia de los empleados inscritos en la carrera, y a la indemnización para el caso de que sea inexorable el retiro del servidor del escalafón.

En este caso, el debate que planteó la demandante, trata del modo en que fueron desconocidos sus derechos, pues argumenta que la violación está originada en que la modificación de la planta de personal, es decir, la reestructuración, no estuvo antecedida de verdaderos estudios técnicos. Para la actora los estudios técnicos empleados en este proceso, son apenas un pretexto para despedir a algunos funcionarios.

Vistos los perfiles del caso, la razón acompaña a la parte demandante, pues aunque la supresión de los empleos estuvo antecedida de los estudios técnicos, es notoria en grado sumo la precariedad de los mismos. Alude el Consejo de Estado a que en el presente caso, en distintos momentos pero en un muy breve periodo, se realizaron varios estudios técnicos que concluyeron siempre con la misma fórmula: la supresión de empleos. A decir verdad, si los estudios técnicos realizados hubieran sido lo suficientemente concienzudos y hechos consultando

los dictados de las ciencias de la administración, no hubiera sido menester más de uno de ellos. Pero si de manera repetitiva se acude al expediente de modificar la planta, so pretexto de que así lo aconsejan los dictámenes de expertos, ello por sí solo significa la comisión de graves errores de diagnóstico, o lo que es lo mismo que se buscan soluciones mediante el método de ensayo y error, o al tanteo, poniendo en peligro el derecho de los trabajadores y mostrando la poca seriedad de lo que denominan estudios técnicos. Son los propios resultados institucionales los que descalifican la estrategia de reducción de la nómina como remedio a la crisis institucional, en particular por el peso mayúsculo y casi único de la táctica de reducción de la planta. Si la magnitud del déficit que enfrentaba la entidad era tal que la existencia misma estaba comprometida, ese estado no surgió de un día para otro sorpresivamente, debió ser conjurado desde un comienzo y no con la aplicación repetitiva de la misma estrategia. Si el estudio técnico hubiera sido verdaderamente científico habría estimado desde el momento inicial, el efecto de la caída de la demanda por los servicios de la entidad. La existencia de tres oleadas de reestructuración de la entidad, indica cuan improvisados fueron los análisis y el diagnóstico.

No es en principio razonable la aplicación reiterada de idéntico remedio institucional para conjurar una crisis generada en las mismas causas, argumento éste que viene a corroborar la inutilidad de las sucesivas intervenciones, pero más que eso, que ellas no estuvieron precedidas de verdaderos estudios técnicos, sino que estos son apenas un pretexto para interferir en la planta de personal.

Entonces, si las razones técnicas invocadas para la modificación de la estructura organizacional, no son fruto de un diagnóstico institucional técnico, serio y fundado, sólo queda atribuir los despidos al ejercicio arbitrario del poder de la autoridad y por tanto constitutivo de abuso de la potestad discrecional como pasa a verse.

2.- Sobre el abuso de la discrecionalidad y la ausencia de motivación.

De conformidad con lo discurrido precedentemente, si falla la premisa básica de la actuación administrativa, es decir si los estudios técnicos no cumplen el rigor metodológico que de ellos se exige en la ley y la jurisprudencia, el ejercicio de la facultad discrecional queda huérfano de soporte, pues si no hay justificación para el despido falla el deber de motivación y el retiro carece de justificación. Si los

actos se explican acudiendo a las razones técnicas, y estas no son tales, quedan esas manifestaciones de la administración carentes de toda justificación o lo que es lo mismo, hay falsa motivación al fundar el acto en razones técnicas que no son tales, como muestra el fracaso de la estrategia recurrente de acudir al adelgazamiento de la nómina y al despido.

Entonces, la desviación de poder que se denuncia resulta evidente, si se aprecia que varias de las personas retiradas de la E.S.E, fueron convocadas como miembros de una cooperativa para continuar prestando las mismas funciones. Dicho en breve, no podían ser afectados los derechos laborales de los trabajadores desvinculados, desconociendo de ese modo que sus contribución era necesaria para el funcionamiento de la entidad. Con el proceder de la entidad se desconoció el artículo 17 de la Ley de 790 de 2002, que dispone: *“En ningún caso los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o entidades públicas podrán celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes de conformidad con los decretos de planta respectivos.”* Entonces si las tareas que cumplían los funcionarios desvinculados, no fueron realmente suprimidas y si la realidad de la relación laboral se mantuvo, ella debe ser reconocida judicialmente, y reprobarse la estrategia sugerida por los estudios técnicos de motivar la creación de terceras personas jurídicas para encubrir la verdadera relación laboral.

El uso de la facultad discrecional por parte de la Administración, no comportaría desviación de poder si previamente estuviera precedida de verdaderos estudios técnicos, y si estos no lo son, la motivación del acto queda huérfana de soporte.

En un caso de perfiles semejantes, el Consejo de Estado dejó sentado que:

“En el sub-lite, observa la Sala que la función contratada envolvió en su ejecución las tareas que venía cumpliendo el demandante, pudiéndose afirmar que en realidad el cargo de fotelector no desapareció funcionalmente de la entidad, en tanto la actividad que le correspondía realizar al demandante fue disfrazada con el mecanismo de la contratación estatal. Aprecia la Sala que la labor probatoria del demandante se cumplió satisfactoriamente, toda vez que le correspondía acreditar la identidad funcional entre el cargo suprimido y el objeto de la contratación estatal y en consecuencia, era tarea de la administración justificar la celebración de los mentados contratos de prestación de servicios.

La parte demandada solamente adujo en la contestación de la demanda la disminución de costos y las dificultades presupuestales y no acreditó dicho aspecto, razón por la cual no logró justificar la necesidad de la contratación

estatal, máxime porque se aprecia que tampoco demostró que con los mentados contratos de prestación de servicios, no se encubrieron relaciones laborales.

Lo anterior, teniendo en cuenta que funcionalmente los contratos celebrados llevaban implícito el cumplimiento de algunas de las actividades que venía desarrollando el actor, entre ellas fundamentalmente la labor de campo y la verificación de datos para la realización de avalúos.

Para la Sala los actos acusados, fundamentalmente el que suprimió el empleo que venía ocupando el actor y de contera, el de declaratoria de insubsistencia motivado en esta causa, se encuentran falsamente motivados, toda vez que como quiera que el actor logró acreditar en el plenario la similitud de funciones entre el cargo suprimido y el objeto de la contratación estatal, le correspondía a la administración justificar las razones de la contratación.”¹

En reciente ocasión, el Consejo de Estado² reiteró las exigencias mínimas de los estudios técnicos y las consecuencias que acarrearán sus defectos, dio abrigo entonces esta Subsección del Consejo de Estado, a las pretensiones de la demanda y juzgó que hubo falsa motivación y la desviación de poder que se endilga a los actos acusados. Citando una jurisprudencia anterior, en el cierre de dicho fallo se dijo:

“En conclusión, la Sala considera, que al quedar demostrado que el Estudio Técnico no reunió los requisitos previstos en la Ley 443 de 1998 y sus Decretos Reglamentarios y que efectivamente existió una persecución contra el actor, se configuraron las causales de nulidad de falsa motivación y desviación de poder, por lo que resulta imperioso declarar la nulidad parcial de los actos acusados toda vez que fueron expedidos irregularmente, y acceder al reintegro de la actora en el mismo cargo que venía ocupando o a uno de igual o superior jerarquía, ordenando el pago de las acreencias laborales debidas ...”

La identidad esencial entre los hechos juzgados en el precedente citado, señala perentoriamente la necesidad de reiterar el sentido de la decisión citada, es decir, revocar la sentencia impugnada y acceder a las súplicas de la demanda.

En consecuencia, se revocará el fallo impugnado que negó las súplicas de la demanda y en su lugar se declarará la nulidad de los actos acusados y se

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero ponente: Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado. Sentencia de 23 de octubre de 2003. Radicación: Expediente No: 05001233100019980163401, Referencia interna: No. 5923-2002, Demandante: Guillermo Pineda Bodhert Autoridades Municipales

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, sentencia de 12 de agosto de 2010. expediente No. 05001233100020010159801, No. interno: 1911-2009, autoridades municipales, Actor: Carlos Albeiro Posada Arango

acogerán las pretensiones; igualmente se dispondrá que la demandante sea restituida al cargo, con las consecuencias económicas propias del reintegro.

De igual modo se ordena la actualización de las condenas en los términos del artículo 178 del C.C.A., dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = R.H \times \frac{\text{IPC final}}{\text{IPC inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por la demandante desde la fecha en que fue desvinculada del servicio en virtud de los actos acusados, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió hacerse el pago, según se dispuso en la parte motiva de la providencia.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada salarial y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Como quiera que las pretensiones de la demanda prosperan, no es menester juzgamiento alguno sobre si la demandante estaba protegida por el fuero que protege a los trabajadores cuando hay patronal, ni es menester elucidar si esta existió.

Lo mismo acontece con la reclamación que invoca antijuridicidad de la conducta de la demandada, como fuente de la indemnización reclamada en una de las pretensiones subsidiarias.

De otro lado, y en lo que atañe a la condena en costas en contra de la Entidad accionada, con sujeción a lo previsto por el artículo 171 del C.C.A., y en ausencia de temeridad o mala fe, no se hará dicha condena.³

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Auto de 26 de junio de 2008, expediente 1725-07, M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, sobre el particular, indicó: "(...) es claro que el Juez, al momento de decidir si es procedente condenar en costas debe, necesariamente, analizar la conducta de la actora pues, sólo si concluye que ésta actuó de mala fe, en

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, 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

1.- REVÓCASE la sentencia proferida el 17 de febrero de 2010, por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que negó las súplicas de la demanda incoada por Marleny del Socorro Montoya Quintero contra la E.S.E. Hospital San Vicente de Paúl de Caldas en el Departamento de Antioquia, por las razones expuestas en la parte considerativa.

2.- DECRÉTASE la nulidad parcial de los siguientes actos: **i.** El Acuerdo 117 del 24 de septiembre de 2002, expedido por la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado Hospital San Vicente de Paúl de Caldas (Ant.), por medio del cual se modificó la planta de cargos para suprimir el empleo de la demandante; **ii.-** La Resolución No. 329 del 3 de octubre de 2002, expedida por el Gerente por medio de la cual se adoptó el Acuerdo 117 de 2002, y **iii.-** La Resolución Número 396 de Octubre 4 de 2002, expedida por el Gerente por medio de la cual se retira del servicio a la demandante del cargo Auxiliar de Administración Código 550.

3.- ORDÉNASE a la parte demandada reintegrar a la parte demandante al mismo cargo de Auxiliar de Administración Código 550, que desempeñaba cuando fue retirada del servicio, o a otro de igual o superior categoría, junto con el pago de los sueldos, primas, bonificaciones, subsidios, vacaciones y demás prestaciones dejadas de percibir desde cuando se produjo su retiro hasta cuando sea efectivamente reintegrada, con la aclaración de que para todos los efectos legales y prestacionales, no hubo solución de continuidad en la prestación del servicio.

forma temeraria o dilatoria, puede imponer la condena mencionada. La tesis del Consejo de Estado, ha sido avalada por la Corte Constitucional en sentencia C-043 de 27 de enero de 2004, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra (...)En el sub-examine, la Sala observa que no aparece probado que la conducta de la actora hubiera sido diferente a la de propender por un adecuado ejercicio de su derecho y de ninguna manera la decisión de desistir de la demanda implicó un abuso de su derecho de acceso a la Administración de Justicia; así las cosas, de conformidad con lo anterior es del caso acceder a la solicitud elevada por la apoderada de la Actora, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de este proveído. (...)

4.- Se dará cumplimiento a la sentencia con arreglo a lo ordenado en los artículos 176 y siguientes del C.C.A.

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

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al tribunal de origen. Cúmplase.

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

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

farf