



IMPEDIMENTO DE CONSEJERO DE ESTADO – Configurado por haber realizado actuación en instancia anterior

A través de escrito del 19 de febrero de 2018, el consejero [...] manifestó su impedimento para conocer del presente recurso de apelación. Puso de presente el numeral 2 del artículo 141 del CGP, “toda vez que como magistrado de la Sección Primera, Subsección “B” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca suscribí la sentencia del veintidós (22) de noviembre de dos mil doce (2012), a través de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda”. La disposición invocada por el [Consejero] contempla lo siguiente: “Artículo 141. Causales de recusación. Son causales de recusación las siguientes: (...) 2. Haber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente”. Así las cosas, en la medida en que, como se advirtió previamente, el [Consejero] fue ponente de la providencia que negó las pretensiones de la demanda interpuesta por ASTRASS, se cumple con la hipótesis establecida en la norma citada, por lo que se declarará fundado el impedimento.

RECURSO DE APELACIÓN – Improcedencia de plantear nuevos argumentos

[E]l recurso de apelación no constituye una etapa para presentar nuevos cargos. En efecto, adicionar otras censuras durante el trámite de la segunda instancia conlleva a quebrantar los ciclos dispuestos para discutir las pretensiones y a afectar sensiblemente el derecho de defensa de los demás sujetos procesales, a quienes se les cercenaría la posibilidad de presentar contra-argumentos y pruebas.

DELEGACIÓN DE FUNCIONES– Ámbito de aplicación de la prevista en Ley 489 DE 1998 / DELEGACIÓN DE FUNCIONES - Límites / DELEGACIÓN DE FUNCIONES DE GOBERNADOR – En Secretaría de Salud para regular aspectos de la organización territorial / AUTONOMÍA DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES EN MATERIA DE DELEGACIÓN – Alcance

[D]e la lectura de la ley referida [Ley 489 de 1998] se puede evidenciar que su objeto no es solamente el nivel nacional de la administración, sino que también incluye los diferentes niveles territoriales de la organización estatal. Así puede derivarse, por ejemplo, del parágrafo del artículo 2º, que establece el ámbito de aplicación del estatuto y dispone lo siguiente: “Parágrafo.- Las reglas relativas a los principios propios de la función administrativa, sobre delegación y desconcentración, características y régimen de las entidades descentralizadas, racionalización administrativa, desarrollo administrativo, participación y control interno de la Administración Pública se aplicarán, en lo pertinente, a las entidades territoriales, sin perjuicio de la autonomía que les es propia de acuerdo con la Constitución Política”. (Negrilla fuera de texto original). En esos términos, la Ley 489 de 1998 no se limita a regular restrictivamente las funciones del Presidente de la República –como se afirma en la apelación- sino que también refiere algunas normas generales aplicables explícitamente a los gobernadores, las cuales se encuentran establecidas, entre otros, en el capítulo X (“Estructura y organización de la Administración Pública”). Adicionalmente, esas normas, incluyendo las que regulan la delegación de funciones, no se evidencian como incompatibles con las atribuciones del mandatario departamental establecidas en el Decreto 1222 de 1986 (Por el cual se expide el Código de Régimen Departamental), especialmente con el artículo 94 numeral 9, en la que se dispone lo siguiente: “Son atribuciones del gobernador: (...) 9. Crear, suprimir y fusionar los empleos que demanden los servicios departamentales, y señalar sus funciones especiales, lo mismo que fijar

sus emolumentos, con sujeción a las normas del ordinal 5º del artículo 187.” En todo caso, lo constitucionalmente relevante dentro de la aplicación de esas normas es que no exista un menoscabo de la autonomía que la Carta Política le otorga a las entidades territoriales (art.- 1º de la C.P.). Al respecto vale la pena citar la sentencia C- 1183 de 2008, en la que la Corte Constitucional estudió la relación entre la autonomía de esos entes y su relación con la Constitución y la ley. En este pronunciamiento la Corte recordó que los derechos de los Departamentos no impiden que el legislador defina algunos límites al ejercicio de sus funciones.

COMPETENCIA DEL GOBERNADOR – Para delegar funciones de creación, supresión y fusión de empleos de las dependencias de la entidad territorial

[C]ontrario a lo expresado en la demanda y en el recurso de apelación, no existe ninguna razón constitucional o legal para entender que la atribución establecida en el artículo 305-7 de la Constitución deba ser exclusivamente ejercida por el Gobernador lo que, por supuesto, deja sin piso argumentativo la censura planteada por la demandante.

CAUSAL DE NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO POR EXPEDICIÓN IRREGULAR – No se configura respecto de acto dictado en proceso de reestructuración

[L]a Sala destaca que el apelante no demostró ni puntualizó cuáles fueron los cargos que habrían sido objeto del fingimiento referido. En la demanda y en la apelación se limitó a comparar los cargos que fueron suprimidos en el Acuerdo 003 de 2011 y los que fueron creados en el Acuerdo 004 del mismo año. Sin embargo, aunque la composición de la planta de personal siguió gozando de similitudes, no demostró que las funciones, los requisitos, el grado y los salarios de los empleos fueran los mismos. Tampoco concretó cuáles fueron los empleos modificados que tenían relación con la Asociación Sindical y menos aún, acreditó que el proceso de reestructuración se hubiera implementado como un acto de persecución al colectivo de trabajadores.

DERECHO DE PARTICIPACIÓN EN EJERCICIO DE FUNCIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA- Alcance / CAUSAL DE NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO POR DESCONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE AUDIENCIA Y DE DEFENSA – No se configura respecto de acto dictado en proceso de reestructuración

[T]ampoco existe evidencia alguna de que se hubieran desconocido los derechos de audiencia y defensa. De acuerdo a la demandante, los administrados tienen derecho en hacerse parte de toda actuación administrativa que los va afectar y a partir de esto deriva que el Gerente de la ESE tenía la obligación de permitir la participación de la ciudadanía en el estudio técnico de reestructuración de la entidad. Aunque la esa premisa (derecho de participación en los asuntos públicos) de la Asociación Sindical es cierta, esto no genera la anulación de los acuerdos demandados como pasa a explicarse. El ejercicio de los derechos, como el de participación, debe ejercerse bajo los parámetros y las posibilidades establecidas en la Constitución y la ley. Como ocurre con cualquier garantía, su ejercicio no puede implicar la parálisis o la supresión de las funciones que tiene a cargo la administración pública. Bajo esas condiciones y para garantizar cierta certidumbre del ejercicio de las potestades ciudadanas, existen potestades a favor de esta para que se involucre en el manejo de las decisiones gubernamentales y administrativas en los diferentes niveles. Para que ello sea posible la

administración debe cumplir con la publicidad de todos sus actos y garantizar que toda cuestión que se le formule, con respecto de cualquier actuación, sea respondida oportuna y congruentemente. [...] Lo que el marco jurídico colombiano sí establece como regla general, es que toda esa actuación, incluyendo la etapa de contratación y generación de los documentos soportes de la reestructuración sea de libre acceso al público. De esta manera, por ejemplo, cualquiera de los miembros de la Asociación Sindical tenía el derecho de acceder a cualquiera de esos datos, solicitar las explicaciones del caso y finalmente, requerir el ejercicio de control por parte de las autoridades correspondientes. No obstante, de ninguna de las censuras incluidas en la demanda o la apelación, así como de las pruebas aportadas al proceso, se evidencia que el carácter público del proceso de reestructuración de la ESE haya sido limitado o que se haya impedido el acceso ciudadano a la información que hizo parte de la formulación de los estudios técnicos. Por tanto, no existe ninguna razón concreta que permita inferir los derechos de audiencia y de defensa, lo que, sumado a todo lo expuesto, lleva a confirmar la negativa sobre las pretensiones formuladas por ASTRASS.

NOTA DE RELATORÍA: Ver sentencias Consejo de Estado, Secciones Primera y Segunda, de 22 de marzo de 2012, Radicación 25000-23-24-000-2004-01012-01, C.P. María Elizabeth García González; 15 de septiembre de 2016, Radicación 76001-23-31-000-2012-00314-01, C.P. Guillermo Vargas Ayala; 26 de septiembre de 2013, Radicación 68001-23-31-000-2000-01206-01; 10 de julio de 2014, Radicación 68001-23-31-000-2000-01453-01; 29 de noviembre de 2012, Radicación 68001-23-15-000-2003-02500-01, C.P. Gerardo Arenas Monsalve; 20 de octubre de 2014, Radicación 68001-23-31-000-2000-01413-01, C.P. Gustavo Gómez Aranguren; y Corte Constitucional, sentencia C-1183 de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 209 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 211 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 305 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO – ARTÍCULO 141 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 357 / LEY 489 DE 1998 – ARTÍCULO 2 / LEY 489 DE 1998 – ARTÍCULO 94 NUMERAL 9

NORMA DEMANDADA: RESOLUCIÓN 1599 DE 2011 (18 de abril) SECRETARÍA DE SALUD PÚBLICA DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA (No anulada) / RESOLUCIÓN 1649 DE 2011 (18 de abril) SECRETARÍA DE SALUD PÚBLICA DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA (No anulada)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., dieciocho (18) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 25000-23-24-000-2011-00602-01

Actor: ASOCIACIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES DEL ÁREA DE LA REGIÓN DEL SUMAPAZ

Demandado: DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA Y OTROS

Referencia: Fallo de Segunda Instancia

Corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia del 22 de noviembre de 2012, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

I.- LA DEMANDA

1.1. La **ASOCIACIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES DEL ÁREA DE LA SALUD DE LA REGIÓN DEL SUMAPAZ (ASTRASS)** ejerció la acción de nulidad contra el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA – SECRETARÍA DE SALUD Y LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL SAN RAFAEL DE FUSAGASUGÁ, en procura de obtener la anulación de las resoluciones 1599 de 2011 y 1649 del mismo año, que aprobaron los acuerdos 003, 004, 005 y 006 de la Junta Directiva de la ESE referida.

1.2. Soporte fáctico

El demandante adujo que a través de las resoluciones 1599 del 13 de abril de 2011 y 1649 del 18 de abril del mismo año, proferidas por la Secretaría de Salud Pública del Departamento de Cundinamarca, se aprobaron los cuatro acuerdos mencionados, dictados por la Junta Directiva de la ESE Hospital San Rafael de Fusagasugá.

Precisó que el Acuerdo 003, del 12 de abril de 2011, suprimió unos empleos de la planta de personal de la ESE y tomó otras determinaciones. A su vez, mediante el Acuerdo 004 de la misma fecha, creó una nueva planta de empleos. Agregó que el Acuerdo 005 estableció la planta de empleos y el 006 estableció el manual específico de funciones y competencias laborales para los diferentes servidores.

Refirió que mediante la Resolución 1599 de 2011 se dio aprobación a dichos acuerdos y a través de la Resolución 1649 del mismo año se aclaró aquella.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

Planteó que ese trámite administrativo se encuentra viciado de nulidad por haber violado la Constitución Política y la ley, por cuanto los actos fueron expedidos con falsa motivación y desviación de poder, debido a que se dictaron sin competencia.

Según el dicho del demandante las resoluciones vulneran los artículos 13, 150, 152 inciso 2º, 238 y 305 numeral 7 de la Constitución Política. También los artículos 41 de la Ley 443 de 1998, el 96 del decreto 1227 de 2005, el 2 del decreto 2503 de 1998 y el 2 del Decreto Ley 1221 de 1986.

Recalcó que la competencia para crear, suprimir y fusionar los empleos del departamento radica en el Gobernador de conformidad con el numeral 7 del artículo 305 Superior. Agregó que aunque las ESE departamentales pueden crear y suprimir cargos, para ello requieren de la aprobación del Gobernador en los términos del artículo 3 del Decreto 1221 de 1986.

Advirtió que en este caso dicha condición no fue cumplida ya que la autoridad que emitió el concepto favorable sobre los actos de la Junta Directiva de la ESE fue la Secretaria de Salud de Cundinamarca. Adicionalmente, argumentó que transmitir esa competencia resulta contrario a la Carta Política, pues esta asigna esa potestad con exclusividad y sin posibilidad de delegarla.

Aseguró que existe falsa motivación en los actos ya que entre la antigua y la nueva planta de personal solo se efectuó un cambio de nombre de los cargos y se utilizó la facultad administrativa para retirar personal que, en gran parte, estaba afiliado al Sindicato.

Finalmente, añadió que no se dio la oportunidad a la ciudadanía ni a los servidores afectados de participar en el estudio técnico que sustentó la modificación de la planta de personal y que éste debía elaborarse por la Comisión Departamental de Servicio Civil y no por la Junta Directiva de la ESE.

1.4. Admisión y contestación de la demanda

1.4.1. Por auto del 27 de octubre de 2011 el Tribunal inadmitió la demanda para que se aportara el certificado de existencia y representación legal de la Asociación Sindical (fl. 79). El 17 de noviembre del mismo año admitió la demanda, negó la suspensión provisional de los actos censurados (fls. 88 a 90) y ordenó notificar al Gobernador de Cundinamarca, al director del Hospital San Rafael de Fusagasugá y al agente del Ministerio Público.

1.4.2 La entidad demandada contestó la demanda extemporáneamente y a través de auto del 26 de abril de 2012 el Tribunal decretó la práctica de las pruebas solicitadas por la actora.

1.4.3. Por auto del 13 de septiembre de 2012 corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

1.4.3.1. La Asociación Sindical demandante reiteró los argumentos de la demanda y además concluyó que se ha demostrado que los actos censurados fueron expedidos por el funcionario que no era competente. Insistió en la desviación de poder, la falsa motivación y el desconocimiento del derecho de audiencia y defensa.

1.4.3.2. El Departamento de Cundinamarca hizo referencia a la crisis del sector salud y explicó que los problemas financieros del Hospital San Rafael de Fusagasugá hicieron necesario la reestructuración de su infraestructura.

Indicó que para tal cometido se efectuaron estudios técnicos serios por parte de la Secretaría de la Función Pública del Departamento de Cundinamarca, los cuales fueron enviados al Gobernador para su revisión. Dedujo que a partir de ello se evidencia el cumplimiento de los parámetros legales y, puntualmente, del artículo 44 de la Ordenanza 258 de 2008.

Afirmó que las juntas directivas de las entidades descentralizadas sí tienen la facultad de definir su organización interna y su planta de personal, y aclaró que todas las gestiones de la Junta Directiva de la ESE fueron sometidas a la aprobación del Gobernador.

Explicó que la delegación de la potestad de aprobar los acuerdos de la Junta Directiva de la ESE, establecida en los decretos departamentales 163 de 2010 y 184 del mismo año, y efectuada por el

Gobernador a la Secretaria de Salud Departamental, está ajustada a la Ley 489 de 1998, artículos 9 y 10. Señaló que esa facultad no puede ser considerada como indelegable bajo los términos del artículo 11 *ejusdem*.

Aclaró que la aprobación de la reestructuración no comprometió los recursos del ente territorial, ya que la financiación de la operación de la ESE corre por cuenta de ella misma.

1.4.3.3. El agente del Ministerio Público no presentó concepto alguno.

1.5. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia del 22 de noviembre de 2012 (M.P.: Carlos Enrique Moreno Rubio), negó las pretensiones de la demanda.

Precisó que el problema jurídico se concreta en la competencia de la Secretaria de Salud de Cundinamarca para aprobar la reestructuración de la planta de personal de la ESE Hospital San Rafael de Fusagasugá.

Citó el artículo 305, numeral 7, de la Constitución Política y aclaró que las Empresas Sociales del Estado, atendiendo lo dispuesto en los artículos 194 de la Ley 100 de 1993, así como los artículos 38 y 68 de la Ley 489 de 1998, constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa.

Adicionalmente, reprodujo el artículo 44 del Decreto departamental 258 de 2008 en el que se detallaron las funciones de la Junta Directiva de las ESE, incluyendo la de *“establecer la organización interna de la entidad y la planta de empleos; el manual específico de funciones y requisitos; fijar las remuneraciones de los empleos, de conformidad con las disposiciones legales y ordenanzas, previo concepto favorable de la Secretaría de la Función Pública o la dependencia que haga sus veces (...)”*.

Igualmente, a partir del párrafo de esa disposición, evidenció que dichas funciones requieren la aprobación por decreto del Gobernador y agregó el artículo 10 de la Ordenanza 26 de 1996, en el que se

establece que dentro de las misiones de la Junta Directiva de la ESE Hospital San Rafael de Fusagasugá se encuentra la siguiente: “6. *Aprobar el proyecto de planta de personal y las modificaciones de las mismas para su posterior adopción por el Gobernador Departamental*”.

Precisó que la facultad del Gobernador de Cundinamarca para aprobar las decisiones de la Junta Directiva de la ESE fue delegada en la Secretaría de Salud mediante el Decreto departamental 163 del 14 de octubre de 2010 (artículo 1º), adicionado por el Decreto departamental 184 del mismo año.

Sumado a lo anterior, a partir de la referencia a los artículos 9 a 12 de la Ley 489 de 1998, el Tribunal infirió que el Gobernador estaba facultado para transferir, mediante acto, el ejercicio de una de sus funciones a una empleada del nivel directivo y asesor. Sobre el particular afirmó:

“Así las cosas, resulta claro que la secretaria de Salud del departamento de Cundinamarca se encontraba plenamente facultada para aprobar los acuerdos modificatorios de la planta de personal del Hospital San Rafael de Fusagasugá, toda vez que actuó como delegataria directa del gobernador del departamento en el ejercicio de esa precisa función.

Además, el actor no demostró dentro del expediente que el acto de delegación hubiese estado prohibido por la ley.”

Enseguida, aclaró que el artículo 305 Superior aplica a los empleos de las dependencias de la Gobernación, mientras que en este caso el Hospital es una entidad descentralizada que cuenta con autonomía administrativa.

Descartó la falsa motivación y la desviación de poder, en la medida en que los actos censurados se sustentaron en los acuerdos modificatorios de la Planta de Personal de la ESE, los cuales, a su vez, tienen soporte en los estudios técnicos y en la necesidad de reestructurar la entidad debido a sus problemas financieros. Destacó que el estudio mencionado analizó cada uno de los empleos existentes y justificó las modificaciones y supresiones, cumpliendo con los presupuestos establecidos en el Decreto 1227 de 2005, artículos 95 y 97, “*que regula el tema de la modificación de empleos dentro de las entidades de la rama ejecutiva del orden nacional*”.

Para determinar el fundamento legal de la reestructuración el Tribunal hizo referencia a la Ordenanza 026 de 1996 y el Decreto 258 de 2008, lo que le llevó a deducir que la reestructuración del Hospital estuvo *“debidamente motivada tanto fáctica como jurídicamente, por lo que la acusación del actor frente a este punto tampoco tiene vocación de prosperidad”*.

Aclaró que el hecho de que algunos empleos se hayan mantenido y otros hayan cambiado su nominación dentro de la planta de personal no implica una falsa motivación de los actos o que hayan sido expedidos con desviación de poder. En su criterio, una reestructuración no implica la supresión de todos los cargos y además, como en este caso los actos están sustentados en unos estudios que no fueron cuestionados, se hace más evidente su legitimidad.

Finalmente, concluyó que no se evidenció la existencia de un desconocimiento del derecho de audiencia, teniendo en cuenta que la facultad de modificar la planta de personal es autónoma y que el demandante no demostró la existencia de una obligación en este sentido.

1.6. Del recurso de apelación

La parte actora apeló la negativa de las pretensiones declarada por el Tribunal con fundamento en los siguientes argumentos:

1°. Se dio *“valor probatorio”* a los actos administrativos departamentales sin cumplir con los requisitos del artículo 188 del CPC, y sin verificar que hubieran sido publicados en el Diario Oficial en las gacetas territoriales, para lo cual reprodujo en extenso la sentencia C-957 de 1999.

2°. La Ley 489 de 1998, artículos 9 a 12, no es aplicable a este caso teniendo en cuenta que solamente está destinada a regular la entidades del orden nacional y para ser aplicada por el Presidente de la República. En esa medida, reitera que la reestructuración era una competencia restrictiva del Gobernador conforme al numeral 7 del artículo 305 de la Constitución Política.

3°. Adicionalmente, la demandante considera que los actos fueron expedidos de manera irregular por cuanto sólo se configura la

supresión del empleo cuando las funciones asignadas han sido eliminadas. Por tanto, se limita a indicar, “*el cambio de nombre del empleo no implica supresión del mismo*”, para lo cual cita dos párrafos de la sentencia del 11 de noviembre de 1999, expediente 17.941, proferida por la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado.

También insiste en que los actos desconocieron los derechos de audiencia y defensa, pues el gerente de la ESE no dio la oportunidad de participar en los estudios técnicos. El fundamento normativo lo sustentó –genéricamente- en la Constitución y en la definición de la acción de nulidad (art. 84 del CCA).

Por último, reiteró que los actos adolecen de falsa motivación y desviación de atribuciones, para lo cual puso de presente el artículo 41 de la Ley 443 de 1998, que exige la motivación expresa en las reformas de las plantas de personal que impliquen la supresión de empleos de carrera.

1.7. Trámite segunda instancia

Por auto del 17 de enero de 2013 el Consejero Ponente del Tribunal Administrativo de Cundinamarca concedió el recurso de apelación. Por su parte, el 17 de septiembre de 2013, la Sección Primera de esta Corporación admitió el recurso de apelación y luego, mediante providencia del 25 de julio de 2014 corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Procurador Delegado ante el Consejo de Estado para que rindiera su concepto.

Dentro del término otorgado los siguientes sujetos presentaron sus alegatos:

1.7.1. La Asociación Sindical demandante argumentó que los actos censurados fueron expedidos por funcionarios que no son competentes, pues el único autorizado por la Carta Política para crear, suprimir o fusionar cargos es la Gobernador. En este caso, quien aprobó los Acuerdos fue la Secretaria de Salud del Departamento, contrariando el artículo 305 Superior.

Adicionalmente, los actos fueron expedidos de forma irregular pues los cargos no fueron suprimidos, sino que solo se les cambió su nombre,

lo que sirvió de excusa para retirar a perdonas sindicalizadas. Sumado a lo anterior, se desconoció el derecho de audiencia y defensa en la medida en que no se permitió la participación de la ciudadanía en la formulación del estudio técnico.

1.7.2. El departamento de Cundinamarca nuevamente hizo alusión a la crisis del sistema de salud y a la mala situación financiera del Hospital San Rafael de Fusagasugá, lo que hizo necesaria la implementación de una reestructuración tal y como se encuentra consignado en las consideraciones presentadas para aprobar los Acuerdos.

Luego, relacionó las cuestiones generales que componen el estudio técnico presentado por la Secretaría de la Función Pública y citó sus conclusiones, para derivar que el procedimiento adoptado para expedir los acuerdos no fue irregular, ajustándose especialmente al artículo 44 del Decreto departamental 258 de 2008, que definió las funciones de los concejos directivos o las juntas directivas de las entidades descentralizadas.

Agregó que la delegación de funciones en cabeza de la Secretaria de Salud departamental está ajustada a la ley, y fue concretada en el Decreto referido, el cual fue publicado en la Gaceta de Cundinamarca número 14894 de 2008. Para sustentar este argumento cita las sentencias del 15 de abril de 2010, dictada por la Sección Segunda, Subsección B de esta Corporación (Rad: 2005-00332-01) y del 5 de febrero de 2004 (Rad: 2000-00427-01), en las cuales se aceptó que la Junta Directiva de una ESE puede modificar la estructura de la entidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con el artículo 129 del C.C.A¹ y en cumplimiento del Acuerdo número 357 del 5 de diciembre de 2017², la Sección Quinta del Consejo de Estado es competente para proferir fallo dentro de los

¹ “**Artículo 129. Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia.** El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión.”

² Suscrito por las Secciones Primera y Quinta en aras de descongestión.

procesos de segunda instancia que sean remitidos por los Despachos de la Sección Primera.

2. Asuntos previos

2.1. A través de escrito del 19 de febrero de 2018, el consejero Carlos Enrique Moreno Rubio manifestó su impedimento para conocer del presente recurso de apelación. Puso de presente el numeral 2 del artículo 141 del CGP, *“toda vez que como magistrado de la Sección Primera, Subsección “B” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca suscribí la sentencia del veintidós (22) de noviembre de dos mil doce (2012), a través de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda”*.

La disposición invocada por el doctor Moreno Rubio contempla lo siguiente:

“Artículo 141. Causales de recusación. Son causales de recusación las siguientes:

(...)

2. Haber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente”.

Así las cosas, en la medida en que, como se advirtió previamente, el doctor Carlos Enrique Moreno Rubio fue ponente de la providencia que negó las pretensiones de la demanda interpuesta por ASTRASS, se cumple con la hipótesis establecida en la norma citada, por lo que se declarará fundado el impedimento.

2.2. Debido a que en la Sala del 22 de febrero de 2018 el proyecto no logró la mayoría requerida para su aprobación, mediante auto del mismo día se ordenó efectuar el sorteo de un conjuez. Esta diligencia se llevó a cabo el 8 de marzo correspondiéndole el cargo al doctor CAMILO CALDERÓN RIVERA (fl. 39).

2.3. Posteriormente, a través de auto del 6 de abril se estableció que en la Sala realizada el 5 de abril de 2018 la Sección relevó del cargo al conjuez mencionado y ordenó que se efectuara un nuevo sorteo (fl. 43). Como consecuencia, el 10 de abril se designó como conjuez al doctor ÁLVARO ANDRÉS MOTTA NAVAS (fl. 45).

3. Problema jurídico

En los términos del artículo 357 del CPC, la competencia de esta Sala se limita a los argumentos que se hayan expuesto en el recurso de apelación. En este caso la organización sindical propone tres tipos de planteamientos en oposición a la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, lo que implica que la Sala entre a establecer si esta se debe confirmar o revocar, para lo cual debe determinar si se tuvieron en cuenta actos administrativos sin que fueran publicados en el Diario Oficial; si la Ley 489 de 1998, no es aplicable a este asunto; si se configuró una expedición irregular de las resoluciones en la medida en que no se presentó una supresión real de los empleos; y si fueron desconocidos los derechos de audiencia y defensa en la conformación de los estudios técnicos.

4. Solución a los problemas jurídicos de acuerdo al recurso de apelación.

4.1. Respecto de la censura relativa a que el Tribunal tuvo en cuenta algunos actos administrativos departamentales sin cumplir con los requisitos del artículo 188 del CPC, se debe aclarar que el propio demandante fundó sus pretensiones de nulidad en varios de esos actos, entre ellos, las resoluciones 1599 y 1649 de 2011 (fls. 1 a 56 del cdno 1), las cuales están sustentadas en la Ordenanza 026 de 1996³ y el Decreto 163 de 2010⁴.

Además, es evidente por tanto, que originalmente el mismo asumió que esos instrumentos habían sido debidamente publicados y que, por tanto, se debían tener en cuenta para resolver el problema jurídico incluido en la acción de nulidad. De hecho, algunos de ellos fueron anexados a la demanda y otros fueron repetidamente citados como parte de las censuras contra las resoluciones 1599 y 1649 de 2011 (fls. 2 a 71 del cdno 1).

En todo caso, si lo que se pretende la asociación sindical es objetar la falta de publicidad de las resoluciones demandadas, se debe advertir que el recurso de apelación no constituye una etapa para presentar

³ Por medio de la cual se transforma el hospital nivel II San Rafael de Fusgasugá en Empresa Social del Estado del orden Departamental.

⁴ Por medio del cual se delega en la Secretaria de Salud, la función de aprobación y firma de los Acuerdos expedidos por la respectiva Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado del Departamento de Cundinamarca.

nuevos cargos. En efecto, adicionar otras censuras durante el trámite de la segunda instancia conlleva a quebrantar los ciclos dispuestos para discutir las pretensiones y a afectar sensiblemente el derecho de defensa de los demás sujetos procesales, a quienes se les cercenaría la posibilidad de presentar contra-argumentos y pruebas.

4.2. En segundo lugar, la organización sindical demandante considera que la Ley 489 de 1998, que fue aplicada por el Tribunal para, entre otros, definir la legitimidad de la delegación de funciones en la Secretaria de Salud Departamental, solamente regula a la administración pública del orden nacional y, por ende, no puede ser invocada para regular aspectos de la organización departamental, distrital o municipal.

Nótese que el actor presenta nuevamente una censura de carácter general y no precisa cuál aspecto de la ley podría ser incompatible con la decisión tomada por el *a quo* y tampoco formula cuál sería el régimen legal especial que sería aplicable al caso. Solamente se limita reiterar que las “atribuciones” relacionadas en el artículo 305 Superior solamente pueden ser ejercidas por el Gobernador y que no pueden ser delegadas a otro servidor de la entidad territorial.

Bajo esa condición, de la lectura de la ley referida se puede evidenciar que su objeto no es solamente el nivel nacional de la administración, sino que también incluye los diferentes niveles territoriales de la organización estatal. Así puede derivarse, por ejemplo, del párrafo del artículo 2º, que establece el ámbito de aplicación del estatuto y dispone lo siguiente:

*“Párrafo.- Las reglas relativas a los principios propios de la función administrativa, **sobre delegación y desconcentración**, características y régimen de las entidades descentralizadas, racionalización administrativa, desarrollo administrativo, participación y control interno de la Administración Pública se aplicarán, en lo pertinente, a las entidades territoriales, sin perjuicio de la autonomía que les es propia de acuerdo con la Constitución Política”.* (Negrilla fuera de texto original).

En esos términos, la Ley 489 de 1998 no se limita a regular restrictivamente las funciones del Presidente de la República –como se afirma en la apelación– sino que también refiere algunas normas generales aplicables explícitamente a los gobernadores, las cuales se

encuentran establecidas, entre otros, en el capítulo X (*“Estructura y organización de la Administración Pública”*).

Adicionalmente, esas normas, incluyendo las que regulan la delegación de funciones, no se evidencian como incompatibles con las atribuciones del mandatario departamental establecidas en el Decreto 1222 de 1986 (*Por el cual se expide el Código de Régimen Departamental*), especialmente con el artículo 94 numeral 9, en la que se dispone lo siguiente: *“Son atribuciones del gobernador: (...) 9. Crear, suprimir y fusionar los empleos que demanden los servicios departamentales, y señalar sus funciones especiales, lo mismo que fijar sus emolumentos, con sujeción a las normas del ordinal 5º del artículo 187.”*

En todo caso, lo constitucionalmente relevante dentro de la aplicación de esas normas es que no exista un menoscabo de la autonomía que la Carta Política le otorga a las entidades territoriales (art.- 1º de la C.P.). Al respecto vale la pena citar la sentencia C- 1183 de 2008, en la que la Corte Constitucional estudió la relación entre la autonomía de esos entes y su relación con la Constitución y la ley. En este pronunciamiento la Corte recordó que los derechos de los Departamentos no impiden que el legislador defina algunos límites al ejercicio de sus funciones. Sobre el particular vale la pena citar el siguiente argumento:

“En este orden de ideas, se precisa armonizar los contenidos de los principios de unidad y de autonomía, los cuales se limitan recíprocamente. En tal sentido, el juez constitucional en sentencia C- 535 de 1996 consideró que la autonomía debía entenderse como la capacidad de que gozan las entidades territoriales para gestionar sus propios intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley, lo cual quiere decir que si bien, por un lado, se afirman los intereses locales, se reconoce, por otro, “la supremacía de un ordenamiento superior, con lo cual la autonomía de las entidades territoriales no se configura como poder soberano sino que se explica en un contexto unitario.”⁵ En esa misma providencia se señaló que “por un lado, el principio de autonomía debe desarrollarse dentro de los límites de la Constitución y la ley, con lo cual se reconoce la posición de superioridad del Estado unitario, y por el otro, el principio unitario debe respetar un espacio esencial de autonomía cuyo límite lo constituye el ámbito en que se desarrolla esta última.”⁶

Posteriormente, la Corte en sentencia C-1258 de 2001 adelantó unas precisiones en relación con el papel que le corresponde cumplir al legislador

⁵ Sentencia C-535 de 1996.

⁶ Sentencia C- 535 de 1996.

en la configuración de los ámbitos de la autonomía regional, indicando que ésta se encuentra integrada por “el conjunto de derechos, atribuciones y facultades reconocidas en la Carta Política a las entidades territoriales y a sus autoridades, para el eficiente cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo.”⁷ En cuanto al límite máximo, expresó la Corte que el mismo tiene una frontera en aquel extremo que al ser superado rompe con la idea del Estado unitario.⁸

Sumado a que la demandante no aportó argumento alguno que permita demostrar que la aplicación de la Ley 489 de 1998 en este caso desconoce la autonomía del ente territorial, es evidente que para determinar la legitimidad de la delegación de funciones del Gobernador en un Secretario de Despacho el Tribunal podía acudir legítimamente a los límites establecidos en dicho estatuto.

Esa tesis ha sido desarrollada por esta Corporación en varias decisiones. Por ejemplo, en las sentencias del 22 de marzo de 2012 (Rad: 2004-01012-01)⁹ y del 15 de septiembre de 2016 (Rad: 2012-00314-01)¹⁰. Así mismo, en el fallo del 26 de septiembre de 2013 (rad: 2000-01206-01), en el que se la Sección Segunda, Subsección “B”¹¹ estudió la nulidad de unos actos administrativos de delegación dictados dentro de la reestructuración de un departamento, se destacó que esta figura hace parte de los principios de la función administrativa establecidos en los artículos 209 y 211 de la Constitución Política. Al respecto, concluyó lo siguiente:

“Bajo las consideraciones que anteceden, debe decirse, que una lectura armónica de la Constitución Política, artículos 209 y 211, y de la Ley 489 de 1998, artículos 9 a 11, le permite a la Sala concluir que la delegación de funciones administrativas constituye para la administración un valioso instrumento que posibilita, sin duda alguna, el ejercicio de la función pública de forma celerе y eficaz, en un Estado que requiere una estructura moderna y flexible, esto es, acorde a los retos que le impone la realización de sus cometidos esenciales.”

En esa providencia, en respuesta al argumento del demandante relativo a la imposibilidad que tendría el Gobernador para delegar la

⁷ Sentencia C-1258 de 2001.

⁸ Sentencia C-1258 de 2001.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejera Ponente: María Elizabeth García Gonzalez

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala.

¹¹ CP: Gerardo Arenas Monsalve.

función de dictar los actos que establezcan la supresión de cargos dentro de la reestructuración del departamento, consideró lo siguiente:

“De igual forma, debe decirse que contrario a lo expresado por la accionante, la facultad con que cuentan los gobernadores para crear, fusionar y suprimir cargos de su administración deviene directamente de la Constitución Política, numeral 7, artículo 305, lo que le da el carácter de una atribución propia, esto es, que no requiere la intervención de otras autoridades administrativas para su ejercicio, ni está sujeta a plazo o condición. Así las cosas, podía el Gobernador del Departamento de Santander, en ejercicio de la delegación, transferir a otro funcionario, con funciones afines o complementarias, el ejercicio temporal de dicha facultad sin que ello, per se, constituyera una decisión contraria a la Constitución Política y a la ley.

(...)

A lo expuesto, debe agregarse que no se observa en el ordenamiento jurídico disposición que prohíba, en forma expresa, la posibilidad de delegar el ejercicio de la competencia que la Constitución Política le atribuye a los gobernadores para suprimir los cargos de sus dependencias (...).

Así las cosas, y concluyendo para el caso concreto, debe decirse que en ejercicio de la delegación administrativa, prevista en los artículos 209 y 211 de la Constitución Política y 9 a 11 de la Ley 489 de 1998, podía el Gobernador del Departamento de Santander transferir en forma temporal el ejercicio de la facultad que el constituyente de 1991 le atribuyó para suprimir los empleos existentes en sus dependencias sin que, ello como lo sostiene la parte demandante, constituya una desnaturalización de las competencias que gobiernan el normal desarrollo de la función pública.”

La misma fórmula de decisión fue reiterada en las sentencias del 10 de julio de 2014 (Rad: 2000-01453-01)¹² y del 20 de octubre de ese mismo año (Rad: 2000-01413-01)¹³, en las que se resolvió un problema jurídico similar. En esta última, soportada en una sentencia del 29 de noviembre de 2012 (Rad: 2005-01545-01) se planteó. *“Consideró la Sala, con sujeción a lo previsto en el artículo 211 de la*

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Constitución Política, que las autoridades administrativas pueden delegar en sus subalternos o en otras autoridades las funciones que les son propias, en los términos que indique la ley. En el ordenamiento jurídico Colombiano, dichas condiciones están previstas en la Ley 489 de 1998. Manifestó la Sala que al tenor del numeral 7º del artículo 305 de la Constitución Política, es competencia del Gobernador del Departamento la supresión de empleos, de manera que si mediante los actos acusados, el Gobernador confió a un subordinado la tarea de ‘expedir los actos administrativos relacionados con la supresión de cargos’, delegó una competencia constitucional propia, por lo que, el acto de asignación de esa responsabilidad no merece reproche por este preciso aspecto, pues no incurrió el Gobernador en el fenómeno de la subdelegación de una competencia ajena”.¹⁴

Bajo esas condiciones y atendiendo que el Decreto Departamental 163 de 2010 (*Por medio del cual se delega a la Secretaría de Salud, la función de aprobación y firma de los Acuerdos expedidos por la respectiva Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado del Departamento de Cundinamarca*) **no fue demandado dentro del presente proceso**, no queda más alternativa que concluir que no se configura la falencia de falta de competencia para emitir la aprobación de los acuerdos 003, 004, 005 y 006 del 12 de abril de 2011, consignada en la demanda.

Ahora bien, con respecto a la incompatibilidad de las normas de ese estatuto y las “atribuciones del Gobernador” que se encuentran relacionadas en el artículo 305 de la Constitución Política, especialmente el numeral 7, se debe explicar lo siguiente:

(a) La disposición constitucional referida no restringe explícitamente el cumplimiento de las diferentes funciones departamentales como un poder exclusivo del Gobernador.

(b) Esta restricción no se deriva del texto de la Carta Política, ni de su aplicación práctica, ya que limitar el cumplimiento de esas facultades para que solamente sean cumplidas directa y únicamente por el Gobernador, implicaría condensar y paralizar las principales funciones

¹⁴ Decisión reiterada en fallo del 16 de julio de 2015. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Velez. Rad: 2000-1437 -01.

departamentales en perjuicio de los principios de eficacia, celeridad de la función administrativa (art. 209 Superior).

(c) Constituye un acto auténtico de la autonomía del ente territorial, coherente con el derecho del Departamento a “*ejerger las competencias que le correspondan*”, el permitir que sea cada Gobernador el que se encargue de establecer, bajo los límites de la Constitución y la ley, qué tipo de funciones delegará.

(d) Tal y como lo indicó el Tribunal de primera instancia, el artículo 305-7 Superior se refiere únicamente a una facultad del Gobernador para crear, suprimir y fusionar los empleos de las dependencias de la Gobernación. Este poder por tanto, no incluye en su literalidad a los cargos de una entidad pública descentralizada como las Empresas Sociales del Estado, las que cuentan con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa.

En esa medida, contrario a lo expresado en la demanda y en el recurso de apelación, no existe ninguna razón constitucional o legal para entender que la atribución establecida en el artículo 305-7 de la Constitución deba ser exclusivamente ejercida por el Gobernador lo que, por supuesto, deja sin piso argumentativo la censura planteada por la demandante.

4.3. La Asociación Sindical considera que los acuerdos demandados fueron expedidos de manera irregular porque en la realidad no entrañaron la supresión de los empleos, sino simplemente se limitaron a un cambio de nombres para permitir el despido de personas que hacían parte de ASTRASS.

Ante todo la Sala destaca que el apelante no demostró ni puntualizó cuáles fueron los cargos que habrían sido objeto del fingimiento referido. En la demanda y en la apelación se limitó a comparar los cargos que fueron suprimidos en el Acuerdo 003 de 2011 y los que fueron creados en el Acuerdo 004 del mismo año. Sin embargo, aunque la composición de la planta de personal siguió gozando de similitudes, no demostró que las funciones, los requisitos, el grado y los salarios de los empleos fueran los mismos. Tampoco concretó cuáles fueron los empleos modificados que tenían relación con la Asociación Sindical y menos aún, acreditó que el proceso de

reestructuración se hubiera implementado como un acto de persecución al colectivo de trabajadores.

Conforme a lo anterior y teniendo en cuenta que la planta de personal prevista en el Acuerdo 004 de 2011 tiene como soporte el el *“programa de reorganización, rediseño y modernización de las redes de prestación de servicios de salud”*, el cual no fue objeto de ninguna censura por parte de la demandante, no se encuentra que se configure la conformación irregular del acto. Ante todo esta Sección destaca que en ese documento se hace un análisis de la planta de personal propuesta (págs. 43 ss) y también se presenta una *“comparación entre la planta de personal propuesta y la actual”* (págs. 55 ss). Basta con referir que en este último título se plantea lo siguiente: *“De los 289 cargos que conforman la planta actual, se propone suprimir 233 de los cuales, 110 son de retiro inmediato, 75 prepensionables y 26 con fuero sindical y 22 vacantes, quedando una planta definitiva de 56 cargos”*.

A pesar de lo manifestado por la Asociación, para la Sala es posible que la estructura de una ESE mantenga una determinada base institucional en la medida en que las funciones que tendrá que asumir son las mismas, aunque con la reestructuración se pretende ajustar las condiciones de prestación del servicio a los límites presupuestales y las necesidades de salud de la población, entre otros factores.

Así las cosas, en la medida en que no se probó que se hubieran mantenido los mismos empleos, sin una alteración de funciones y que los estudios hubieran acudido a datos incorrectos o irreales para formular las conclusiones y modificaciones que se implementaron, se infiere que no existió la expedición irregular de los Acuerdos 003 y 004 de 2011.

4.4. Finalmente, tampoco existe evidencia alguna de que se hubieran desconocido los derechos de audiencia y defensa. De acuerdo a la demandante, los administrados tienen derecho en hacerse parte de toda actuación administrativa que los va afectar y a partir de esto deriva que el Gerente de la ESE tenía la obligación de permitir la participación de la ciudadanía en el estudio técnico de reestructuración de la entidad.

Aunque la esa premisa (derecho de participación en los asuntos públicos) de la Asociación Sindical es cierta, esto no genera la anulación de los acuerdos demandados como pasa a explicarse.

El ejercicio de los derechos, como el de participación, debe ejercerse bajo los parámetros y las posibilidades establecidas en la Constitución y la ley. Como ocurre con cualquier garantía, su ejercicio no puede implicar la parálisis o la supresión de las funciones que tiene a cargo la administración pública.

Bajo esas condiciones y para garantizar cierta certidumbre del ejercicio de las potestades ciudadanas, existen potestades a favor de esta para que se involucre en el manejo de las decisiones gubernamentales y administrativas en los diferentes niveles. Para que ello sea posible la administración debe cumplir con la publicidad de todos sus actos y garantizar que toda cuestión que se le formule, con respecto de cualquier actuación, sea respondida oportuna y congruentemente.

A partir de los argumentos de la demanda y la apelación se logra entender que la Asociación censura los acuerdos porque la ciudadanía no fue invitada, citada o consultada sobre el proceso de reestructuración de la entidad. Sin embargo, lo cierto es que una obligación de ese tipo no existe constitucional o legalmente. De hecho, en este caso, tal y como lo consideró el Tribunal de primera instancia, la demandante no estableció una norma aplicable al proceso de modificación de la planta de la ESE, que implique la generación obligatoria de una asamblea o un cabildo ciudadano para la aprobación de los estudios técnicos.

Lo que el marco jurídico colombiano sí establece como regla general, es que toda esa actuación, incluyendo la etapa de contratación y generación de los documentos soportes de la reestructuración sea de libre acceso al público. De esta manera, por ejemplo, cualquiera de los miembros de la Asociación Sindical tenía el derecho de acceder a cualquiera de esos datos, solicitar las explicaciones del caso y finalmente, requerir el ejercicio de control por parte de las autoridades correspondientes.

No obstante, de ninguna de las censuras incluidas en la demanda o la apelación, así como de las pruebas aportadas al proceso, se evidencia que el carácter público del proceso de reestructuración de la ESE haya

sido limitado o que se haya impedido el acceso ciudadano a la información que hizo parte de la formulación de los estudios técnicos. Por tanto, no existe ninguna razón concreta que permita inferir los derechos de audiencia y de defensa, lo que, sumado a todo lo expuesto, lleva a confirmar la negativa sobre las pretensiones formuladas por ASTRASS.

Con fundamento en lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADO el impedimento manifestado por el Doctor Carlos Enrique Moreno Rubio y, en consecuencia, **SEPARARLO** del conocimiento del presente asunto, de conformidad con las razones expuestas en la cuestión previa de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia del 22 de noviembre de 2012, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, negó las pretensiones de la demanda.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero

ÁLVARO ANDRÉS MOTTA NAVAS
Conjuez



SC5780-6-1



GP059-6-1

