

REESTRUCTURACION DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO – Regulación legal / ESTUDIO TECNICO DE MODIFICACION DE LA PLANTA DE PERSONAL DE LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO FRANCISCO DE PAULA SANTANDER - Prestación de servicios no misionales pueden ser prestados por cooperativas de trabajo asociado

El anterior cargo no está llamado a prosperar, toda vez que si bien uno de los capítulos del estudio técnico estaba encaminado a señalar los procesos que podían proveerse con operadores externos, no se precisó que deberían abastecerse exclusivamente con Cooperativas de Trabajo Asociado y tampoco se conceptuó que las labores misionales de la ESE serían radicadas en cabeza de ese tipo de operadores. Como bien lo señaló el demandante en el libelo, uno de los fines de las Cooperativas de Trabajo Asociado consiste en la prestación de servicios de manera autogestionaria y para la prestación de esa labor, deben ser propietarias, poseedoras o tenedoras de los medios materiales de labor; además, asumen el riesgo sobre la realización de su labor; sin embargo, no pueden enviar trabajadores en misión, pues ello desnaturaliza su actividad y genera perjuicios al trabajador. Lo anterior permite concluir que el objeto de la modificación de la planta de personal consistió en la modernización de la ESE, la optimización del servicio y la disminución de costos de funcionamiento, razones que justificaban legalmente la medida adoptada y si bien se abrió la posibilidad de contratar servicios con proveedores externos, ello se suponía dentro del marco de legalidad que faculta el uso de ese tipo de provisión; en efecto, de conformidad con lo previsto en el decreto 1227 de 2005 las modificaciones de planta de personal están justificadas cuando se fundan en necesidades del servicio o razones de modernización de la administración, que fueron las que, de conformidad con el estudio técnico, justificaron la decisión acusada.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 189 / LEY 489 DE 1998 / LEY 909 DE 2004 / DECRETO 1227 DE 2003 / DECRETO 1567 DE 1998

NORMA DEMANDADA: DECRETO 4033 DE 2005 (10 DE NOVIEMBRE) GOBIERNO NACIONAL (NO NULO)

ACTO DE MODIFICACION DE LA PLANTA DE PERSONAL DE LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO FRANCISCO DE PAULA SANTANDER – Publicación concomitante con el acto de modificación de la estructura de la entidad no es causal de nulidad

A juicio de la Sala, la publicación concomitante de uno y otro acto administrativo en nada vicia la validez del acto acusado, pues el estudio técnico que precedió a los dos actos hizo en conjunto el análisis de una y otra modificación, tanto la de la estructura, como la de la planta de personal, es por ello que, establecida la estructura en la forma determinada por el Gobierno Nacional y acorde con lo descrito en el estudio técnico y elaborada por parte de la ESE la modificación en los términos descritos en el estudio técnico y sometida a aprobación del Gobierno Nacional en esos mismos términos, se entiende cumplido el requisito exigido por la ley, a pesar de que tal aprobación se hubiera logrado en forma precedente a la publicación del decreto que fijó la estructura. La Sala entiende que la concepción y elaboración de la nueva estructura de la ESE, así como la conformación de su nueva planta de personal no fueron adoptadas de un día para otro, sino que fue el desarrollo de una actividad conjunta, precedida, se repite, del estudio técnico elaborado para el efecto y previas las aprobaciones, conceptos y viabilidades

exigidas por la ley y que tanto una y otra decisión estaban concebidas y cumplidos sus requisitos mucho antes de su publicación, que era el único requisito que les hacía falta para su vigencia y oponibilidad, más no para su validez, pues en forma previa ya se habían cumplido los requisitos necesarios para ello. Las anteriores consideraciones, son suficientes para determinar que la publicación simultánea no es razón válida para disponer la anulación del acto demandado, razón por la cual se despacharán desfavorables las pretensiones de la demanda.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá D.C., quince (15) de mayo de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 11001-03-24-000-2009-00407-00(2068-09)

Actor: LEONARDO REYES CONTRERAS

Demandado: GOBIERNO NACIONAL

ACCIÓN DE NULIDAD

Decide la Sala, en única instancia, la acción de **simple nulidad** formulada por Leonardo Reyes Contreras contra el Gobierno Nacional.

LA DEMANDA

LEONARDO REYES CONTRERAS, en ejercicio de la acción de simple nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A. (fls. 20 a 49), solicita al Consejo de Estado declarar la nulidad del Decreto 4033 de noviembre 10 de 2005 expedido por el Gobierno Nacional mediante el cual se modificó la planta de personal de la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander.

HECHOS DE LA DEMANDA

El actor presenta como fundamentos fácticos de la demanda, los siguientes:

1. Que el Instituto de Seguros Sociales fue creado mediante Decreto 2148 de 1992 como una Empresa Industrial y Comercial del Estado y mediante Decreto 1750 de 2003 fueron escindidos de el la Vicepresidencia de servicios y todas las Clínicas y centros de atención ambulatoria.
2. Que en el mismo decreto de escisión se crearon 7 empresas sociales del Estado, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscritas al Ministerio de la Protección Social.
3. Que en tal decreto se determinó que los servidores públicos que a la fecha de entrada en vigencia estaban vinculados a los entes escindidos

quedarían automáticamente incorporados sin solución de continuidad en las plantas de personal de las Empresas Sociales del Estado allí creadas.

4. Que a causa de lo anterior, a partir del 26 de junio de 2003 los servidores públicos del Instituto de Seguros Sociales pasaron a ser servidores públicos adscritos a la ESE Francisco de Paula Santander.
5. Que mediante Decreto 4032 de noviembre 10 de 2005, el Presidente de la República modificó la estructura de la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander y mediante Decreto 4033 de la misma fecha modificó su planta de personal; tales decretos fueron emitidos previo estudio técnico que impuso el desmonte de los cargos misionales para, en su lugar, realizar contratación mediante cooperativas de trabajo asociado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Se invocan como violados el artículo 29 de la Constitución Política; las Leyes 79 de 1988, 50 de 1990, 454 de 1998 y los Decretos 468 de 1990, 024 de 1998, 503 de 1998, 1703 y 2400 de 2002 y 2879 de 2004.

Considera que las falencias del estudio técnico están demostradas en el asesoramiento y la imposición de desmontar al personal vinculado conforme a la ley, para disponer que en su lugar el servicio se preste por personal suministrado por cooperativas de trabajo asociado.

Asegura que las cooperativas de trabajo asociado no pueden suministrar recursos humanos en misión, pues ello contraviene la ley y más cuando ese personal deba ejercer funciones de carácter permanente y con él se pretenda desplazar el derecho de los servidores que ocupan legalmente su cargo; ello de conformidad con los parámetros dados en la Circular Conjunta No. 0067 emanada del Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia de la Economía Solidaria, así como lo dispuesto en los Decretos Nos. 2879 de 2004 y 0468 de 1990, el comunicado de la Procuraduría General de la Nación de fecha junio 14 de 2005, las sentencias del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de septiembre 30 de 2004, expediente No. 2002- 0151 y de la Corte Constitucional C-211 del 1º de marzo de 2000; la directriz OJ-3000-01100-2004 de agosto 10 de 2004 de la Superintendencia Solidaria y el inciso 12 de una directriz dada por el Ministerio de la Protección Social, de modo que como la expedición del acto acusado se motivó en la idea de prestar servicios asistenciales mediante cooperativas de trabajo asociado, se vislumbra su ilegalidad.

Sostiene que determinar cuáles empleos ya no son necesarios y que por tal razón son susceptibles de ser suprimidos, es una decisión que obedece a que las entidades se suprimen, se fusionan o se reorganizan o también se suprimen las funciones por extinción o traslado de las mismas a otra entidad o por su simplificación, reducción o redistribución; de igual manera porque hay nuevos planes, programas o funciones, es decir, se trata de criterios orgánicos y funcionales; sin embargo, en el caso bajo análisis, el estudio técnico no arrojó la conclusión de que los cargos a suprimir fueran innecesarios, sino que aconsejó la prestación del servicio a través de otra figura legal, como es la cooperativa de trabajo asociado, cuya razón de ser no es proveer ese tipo de servicio.

Precisa que al tenor de lo dispuesto en los artículos 189, 121, 123, 305 y 317 de la Constitución Política el ejecutivo tiene la potestad de determinar

las plantas de personal en los diferentes órdenes nacional y territorial; sin embargo, no es una facultad discrecional, infundada o arbitraria, sino reglada y la ley exige como requisito que los actos que así lo dispongan, sean motivados y fundados en necesidades del servicio o razones de modernización de la administración, además de basarse en los estudios técnicos que soporten la decisión.

Señala los eventos en que no hay supresión efectiva de empleos, así: i) cuando los cargos son iguales a los de la planta anterior, tanto en denominación y grado y cumplen idénticas funciones; ii) cuando hay un simple cambio de denominación del empleo, conservando sustancialmente las funciones esenciales del empleo; iii) cuando hay variación en la denominación y grado de remuneración, sin cambiar las funciones y iv) cuando se redefinen funciones y se exigen mayores responsabilidades y mayores calidades para su ejercicio y el cargo se ubica en un grado superior de la escala salarial, sin cambiar de nivel jerárquico, bien sea que se modifique o no su denominación.

Indica que de acuerdo con jurisprudencia del Consejo de Estado, los actos administrativos en virtud de los cuales se suprime un empleo incurren en desviación de poder, entre otras razones, cuando su finalidad no responde a los fines de reducción de la planta y se incorpora personal mediante la modalidad de contratos de prestación de servicios.

Asegura que es costumbre administrativa modificar las plantas de personal, sin que se haga un cambio determinante en su estructura administrativa o funcional o que haya necesidad del servicio o modernización, lo que conlleva que se suprimen empleos solo en el aspecto formal, cambiando de denominación, como si empleo solo fuera el nombre de un cargo y no un conjunto de funciones.

Sostiene que el acto demandado es nulo por inconstitucional, toda vez que la propuesta del estudio técnico consiste en prestar los servicios asistenciales a través de cooperativas de trabajo asociado, lo que contraría los artículos 121, 122, 123, 209, 6, 90, 1, 25, 53 y 210 de la Constitución Política.

Indica que la función pública o administrativa y su ejercicio mediante empleos públicos debe estar prevista en las plantas de personal y los titulares de esos empleos se profesionalizan mediante el sistema de carrera, de calificación del desempeño y del régimen disciplinario y su vinculación se hace mediante relación legal y reglamentaria, dicho carácter es reglado y no corresponde al arbitrio o conveniencia de la administración.

Agrega que si bien la Constitución Política consagra excepciones al empleo público, pues autoriza que particulares temporalmente desempeñen tales funciones, se deben cumplir unas características: i) ser excepcional, ii) temporal, iii) accesorio y iv) auxiliar.

Se refiere al artículo 11 del Decreto 4032 de 2005, según el cual de acuerdo con la estructura allí prevista, la Junta Directiva procedería a establecer la planta de personal de la ESE para someterla a aprobación del Gobierno Nacional; sin embargo, si bien ese decreto no requería publicación para su oponibilidad, sí lo requería para su vigencia, al tenor de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 119 de la Ley 489 de 1998, es decir, la Junta Directiva

debía esperar hasta el día siguiente de su publicación, para sesionar y adoptar la nueva planta; sin embargo, el mismo 11 de noviembre de 2005 presentó el estudio técnico y obtuvo el visto bueno del Departamento Administrativo de la Función Pública.

Cuestiona el hecho de que la Junta Directiva hubiera establecido la planta sin competencia porque sesionó para tal efecto el 31 de agosto sin conocer la estructura que aprobaría el Gobierno Nacional y deduce que una vez emitido y publicado el Decreto 4032, el Gerente de la ESE debió convocar a la Junta para la aprobación de la nueva planta, de conformidad con lo ordenado en el artículo 11 del mismo Decreto, situación que configura una falsa motivación y falsedad en documento público.

LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opuso a las pretensiones de la demanda, con apoyo en los siguientes argumentos (fls. 71 a 76):

Las facultades que utilizó el Presidente de la República para expedir el acto acusado están avaladas por la Constitución y por los artículos 54 literales m) y n) y 115 de la Ley 489 de 1998; además, se sujetó a lo previsto en el artículo 46 de la Ley 909 de 2004.

Es evidente que previo a la expedición del Decreto 4033 de 2005 la ESE Francisco de Paula Santander presentó los estudios técnicos que fueron aprobados por el Departamento Administrativo de la Función Pública, de conformidad con lo previsto en los artículos 155 a 157 del Decreto 1572 de 1998 y como dichos conceptos técnicos se ajustaron a los requerimientos, la administración emitió su consentimiento y por ello la Directora General del Presupuesto Público expidió el certificado de disponibilidad presupuestal para la reestructuración.

De igual manera, como el Departamento Administrativo de la Función Pública consideró que el estudio técnico se fundó en presupuestos fácticos de eficiencia, racionalidad de la gestión pública, priorización de procesos misionales y administrativos y guardó coherencia entre las funciones a desarrollar por cada una de las dependencias, de modo que no se incurriera en duplicidad de funciones, emitió concepto favorable; presupuestos con base en los cuales se afirma que el acto expedido es legal y no debe anularse.

Propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, teniendo en consideración que quienes pueden ser sujetos activos o pasivos de la litis son aquellos que intervinieron en la decisión de fondo acusada y su función a ese respecto solo se limitó a expedir el certificado de disponibilidad presupuestal, previa la verificación de los requisitos exigidos para el efecto.

El Departamento Administrativo de la Función Pública se opuso igualmente a las pretensiones de la demanda (fls. 108 a 112) y como fundamento de tal oposición expresó:

La censura formulada por el demandante confunde la legalidad material del Decreto 4033 de noviembre 11 de 2005 con la viabilidad de las

Empresas Sociales del Estado en desarrollo de su actividad misional, de celebrar o no, contratos con las cooperativas de trabajo asociado.

El demandante sustenta el concepto de violación, en presuntas falencias del estudio técnico; además formula paralelamente reparos contra la legalidad del Decreto 4032 de 2005, lo que evidencia la insustancialidad de los cargos y la ineptitud sustantiva de la demanda.

La legalidad del acto demandado está dada por las previsiones del artículo 189 de la Constitución Política, los artículos 54 y 115 de la Ley 489 de 1998, así como la sentencia C-370/99 de la Corte Constitucional.

El Ministerio de la Protección Social igualmente se opuso a las pretensiones de la demanda (fls. 121 a 125) con sustento en la misma normatividad constitucional y legal que confiere al Presidente de la República la facultad para modificar la estructura de la administración.

Como cuestión previa abordó el hecho de que ya se produjo la terminación jurídica de la ESE habiéndose suscrito el acta de liquidación el 13 de noviembre de 2009; por lo tanto, una vez vencido dicho proceso, quedaron suprimidos todos los empleos que hacían parte de su planta, de modo que carece de efecto algún pronunciamiento en torno a la planta de personal, teniendo en cuenta que no habría entidad que pudiera acatar lo decidido.

MINISTERIO PÚBLICO

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, el Agente del Ministerio Público rindió concepto¹ en el que solicitó denegar las suplicas de la demanda. Como razones que sustentan su concepto adujo, en resumen, las siguientes:

El Presidente de la República expidió el Decreto 4033 de noviembre 10 de 2005 "Por el cual se modifica la planta de personal de la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander" con base en las facultades conferidas por los artículos 54 literales m) y n) y 115 de la Ley 489 de 1998, ley que a su vez fue expedida con fundamento en las facultades a que aluden los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política.

Con fundamento en lo anterior y en las razones de modernización de la administración pública expuestas por la ESE para modificar su planta de personal y como ello generaría un ahorro del gasto público, se expidió el certificado de disponibilidad presupuestal; y como el estudio técnico se fundaba en presupuestos de eficiencia, racionalidad de la gestión pública, priorización de procesos misionales y administrativos, el Departamento Administrativo de la Función Pública emitió concepto favorable y todo ello configura la validez del acto demandado.

Incluso los miembros de la organización sindical invocaron la protección de sus derechos fundamentales que consideraban quebrantados con la expedición de los Decretos 4032 y 4033 de noviembre 10 de 2005 con base en los cuales se modificó la estructura y planta de personal de la ESE Francisco de Paula Santander, pero dicha vulneración no tuvo ocurrencia, dado que incluso la

¹ El concepto obra de folios 299 a 303.

entidad promovió el proceso de levantamiento de fuero sindical con el fin de obtener el permiso para las desvinculaciones.

Soportar la falsa motivación del acto por autorizar la contratación de Cooperativas de Trabajo Asociado prohibidas, sin aportar prueba de que en efecto dicha contratación tuvo lugar, no constituye argumento suficiente para desvirtuar la legalidad del acto acusado, máxime cuando la causal de falsa motivación se configura cuando la causa o antecedente del acto administrativo no concuerda o es divergente de la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del mismo, lo que no ocurrió en el asunto bajo análisis.

Se decide, previas estas:

CONSIDERACIONES

Se trata de establecer la legalidad del Decreto 4033 de noviembre 10 de 2005 “por el cual se modifica la planta de personal de la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander”.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público propuso la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, considerando que su única función dentro de la actuación administrativa comprendió la expedición del certificado de disponibilidad presupuestal que avalaba la modificación de la estructura de personal.

La excepción planteada no está llamada a prosperar, toda vez que el acto acusado fue suscrito por el Gobierno Nacional y en su representación actuaron el Presidente de la República, el Ministro de Hacienda y Crédito Público, el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública y el Gerente de la ESE, por lo que es válido vincular al proceso a todos los que hicieron parte de la decisión allí adoptada.

Los cargos propuestos contra el acto acusado se contraen a establecer i) si es violatorio de la constitución y la ley el haber esgrimido en el estudio técnico, como causa de modificación de la planta de personal que el servicio fuera prestado por cooperativas de trabajo asociado, para desempeñar funciones de carácter permanente; ii) si el acto acusado incurrió en desviación de poder teniendo en consideración que la finalidad de la supresión de cargos no obedeció a las razones que la ley consagra para ese tipo de medidas, sino que tuvo por objeto prestar servicios asistenciales permanentes por medio de cooperativas de trabajo asociado; iii) si se quebrantó la previsión del artículo 11 del Decreto 4032 de 2005 y el artículo 119 de la Ley 489 de 1998 en lo que respecta a la publicación del acto de modificación de la estructura y el término en que se expidió el acto que adoptó la nueva planta de personal de la ESE Francisco de Paula Santander, por lo que se habría configurado la falta de competencia.

Para analizar los cuestionamientos anteriores, se abordarán los siguientes aspectos: 1. Marco normativo que regula la reestructuración de las Empresas Sociales del Estado, 2. Sobre el acto demandado y 3. Si el Decreto 4033 de noviembre 10 de 2005 infringió las normas que la demanda denuncia como trasgredidas.

1. Marco Normativo

Constitución Nacional

“Artículo 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

(...)

15) Suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales de conformidad con la ley.

16) Modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley.”

Ley 489 de 1998 “Por la cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.”

“Artículo 54. Principios y reglas generales con sujeción a las cuales el Gobierno Nacional puede modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás organismos administrativos del orden nacional. Con el objeto de modificar, esto es, varias, transformar o renovar la organización o estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, las disposiciones aplicables se dictarán por el Presidente de la República conforme a las previsiones del numeral 16 del artículo 189 de la Constitución Política y con sujeción a los siguientes principios y reglas generales:

(...)

m) Deberán suprimirse o fusionarse empleos que no sean necesarios y distribuirse o suprimirse las funciones específicas que ellos desarrollaban. En tal caso, se procederá conforme a las normas laborales administrativas;

n) Deberá adoptarse una nueva planta de personal.”

“Artículo 115.- Planta global y grupos internos de trabajo. El Gobierno Nacional aprobará las plantas de personal de los organismos y entidades de que trata la presente Ley de manera global. En todo caso el director del organismo distribuirá los cargos de acuerdo con la estructura, las necesidades de organización y sus planes y programas.

Con el fin de atender las necesidades del servicio y cumplir con eficacia y eficiencia los objetivos, políticas y programas de organismo o entidad, su representante legal podrá crear y organizar, con carácter permanente o transitorio, grupos internos de trabajo.

En el acto de creación de tales grupos se determinarán las tareas que deberán cumplir y las consiguientes responsabilidades y las demás normas necesarias para su funcionamiento.”

“**Artículo 119.-** Publicación en el Diario Oficial. A partir de la vigencia de la presente Ley, todos los siguientes actos deberán publicarse en el Diario Oficial:

a.- Los actos legislativos y proyectos de reforma constitucional aprobados en primera vuelta;

b.- Las leyes y los proyectos de ley objetados por el Gobierno;

c.- Los decretos con fuerza de ley, los decretos y resoluciones ejecutivas expedidas por el Gobierno Nacional y los demás actos administrativos de carácter general, expedidos por todos los órganos, dependencias, entidades u organismos del orden nacional de las distintas Ramas del Poder Público y de los demás órganos de carácter nacional que integran la estructura del Estado.

Parágrafo. Únicamente con la publicación que de los actos administrativos de carácter general que se haga en el Diario Oficial, se cumple con el requisito de publicidad para efectos de su vigencia y oponibilidad.”

Ley 909 de 2004 “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.”

“**Artículo 46.** Reformas de plantas de personal. Las reformas de planta de empleos de las entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, deberán motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren, elaborados por las respectivas entidades, por la ESAP, o por firmas especializadas en la materia; estudios que deberán garantizar el mejoramiento organizacional.

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

Decreto 1227 de abril 21 de 2005 “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1567 de 1998.”

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

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

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

96.1. Fusión, supresión o escisión de entidades.

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

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

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

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

96.6. Redistribución de funciones y cargas de trabajo.

96.7. Introducción de cambios tecnológicos.

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

96.9. Racionalización del gasto público.

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

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

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

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

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

97.2. Evaluación de la prestación de los servicios.

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

2.- Sobre el acto demandado

Mediante Decreto No. 4032 de noviembre 10 de 2005², el Presidente de la República modificó la estructura de la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander, que en su artículo 11 estableció lo siguiente:

“Artículo 11. Aprobación de la planta de personal. De conformidad con la estructura prevista en el presente decreto, la Junta Directiva procederá a establecer la planta de personal de la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander, para someterla a aprobación del Gobierno Nacional.”

Con fundamento en lo anterior y teniendo en consideración el estudio técnico elaborado para el efecto, el Presidente de la República emitió el Decreto 4033 de la misma fecha³ –que constituye el acto acusado- “por el cual se modifica la planta de personal de la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander” mediante el cual se suprimieron los empleos públicos señalados en su artículo 1º y los empleos de trabajadores oficiales señalados en su artículo 2º; así mismo, se estableció la planta de personal enunciada en el artículo 3º.

Como soporte de la decisión anterior, se invocó la existencia de estudios técnicos previstos en los artículos 46 de la Ley 909 de 2004 y 96 del Decreto 1227 de 2005, el concepto favorable del Departamento Administrativo de la Función Pública, el certificado de viabilidad presupuestal por parte de la Dirección General de Presupuesto Público del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Acta No. 005 de agosto 31 de 2005, que da cuenta de la aprobación que el Gobierno Nacional le dio a la modificación de la planta.

En torno al punto debatido en la demanda, relacionado con la contratación de personal mediante agentes externos, en el concepto técnico⁴ se sostuvo lo siguiente:

“CAPÍTULO VI. PROCESOS A PROVEER CON OPERADORES EXTERNOS 6.1.- ANALISIS DE PROCESOS A PROVEER CON AGENTES EXTERNOS.

Teniendo en cuenta la realidad del mercado, la tendencia descendente de la demanda de servicios de la institución, la corrección de las “brechas de ineficiencia” con estándares de rendimiento de servicios asistenciales adecuados para este tipo de instituciones y la búsqueda de mayores niveles de eficiencia y calidad en la prestación de servicios de salud, así como lograr la sostenibilidad en el largo plazo de la

² Folios 6 vuelto y 7 del expediente.

³ Folios 7 vuelto y 8 del expediente.

⁴ Que obra en medio magnético, visible a folio 3.

operación; la empresa ha optado por la provisión con agentes externos para el desarrollo de procesos tanto administrativos, como asistenciales.

La necesidad de alcanzar el equilibrio operacional de la empresa, así como la variabilidad en la demanda de servicios por parte de los usuarios, demanda la reorientación de la institución hacia la flexibilización en la prestación de procesos asistenciales y de apoyo administrativo, que le permita, cuando se requiera, ajustar los procesos ofertados a la demanda real en particular los procesos asistenciales, para lo cual se considera necesario contratar procesos con agentes externos en lo posible con personas jurídicas que ofrecen ventajas competitivas en términos de costos, eficiencia y calidad en la prestación de servicios.

De hecho ya la institución brinda servicios de apoyo por contratación externa con personas jurídicas, estos outsourcing, permiten obtener una mejor relación costo-beneficio. procesos como aseo, vigilancia y alimentación, son algunos ejemplos que debe continuar brindado la institución por este sistema. Se pretende fundamentalmente, tanto con los procesos de apoyo administrativo como con los procesos asistenciales, la eficiencia en la ejecución del gasto público por parte de la Empresa y evitar un mayor deterioro financiero de la ESE.”

En reunión celebrada el 27 de junio de 2007⁵ por la Junta Directiva de la ESE Francisco de Paula Santander, de la que da cuenta el Acta No. 005 de la fecha, se autorizó al gerente de la misma para tramitar y suscribir la prórroga al contrato de encargo fiduciario entre ésta y la Fiduciaria Popular y parte de tales recursos estarían destinados a indemnizar a los empleados que fueren desvinculados con ocasión de la reestructuración de la ESE⁶.

3.- Si el Decreto 4033 de noviembre 10 de 2005 infringió las normas que la demanda denuncia como trasgredidas.

El actor solicita declarar la nulidad del Decreto No. 4033 de noviembre 10 de 2005, emanado del Presidente de la República, mediante el cual se modifica la planta de personal de la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander.

El primer argumento planteado en contra de la legalidad del referido acto, consiste en que el fundamento del estudio técnico que le sirvió de base no estuvo motivado en las razones que de conformidad con la ley se conciben en ese tipo de medidas, sino en el ánimo de contratar al personal asistencial, por medio de cooperativas de trabajo asociado.

⁵ Como consta de folios 180 a 182.

⁶ Como se señala a folios 184 y 189.

El anterior cargo no está llamado a prosperar, toda vez que si bien uno de los capítulos del estudio técnico estaba encaminado a señalar los procesos que podían proveerse con operadores externos⁷, no se precisó que deberían abastecerse exclusivamente con Cooperativas de Trabajo Asociado y tampoco se conceptuó que las labores misionales de la ESE serían radicadas en cabeza de ese tipo de operadores.

Como bien lo señaló el demandante en el libelo, uno de los fines de las Cooperativas de Trabajo Asociado consiste en la prestación de servicios de manera autogestionaria y para la prestación de esa labor, deben ser propietarias, poseedoras o tenedoras de los medios materiales de labor; además, asumen el riesgo sobre la realización de su labor; sin embargo, no pueden enviar trabajadores en misión, pues ello desnaturaliza su actividad y genera perjuicios al trabajador.

No obstante, ello no implica que exista una restricción legal para que presten los servicios para los que están concebidas, en entidades como la ESE demandada, siempre y cuando la prestación de sus servicios se someta en estricto sentido a prestar la labor que la ley le asigna.

En el caso bajo análisis, el estudio técnico que sirvió como soporte a la modificación de la planta de personal de la ESE no solo conceptuó sobre la posibilidad de contratar algunos procesos mediante proveedores externos, independientemente de la conformación de estos⁸, sino que también conceptuó rediseñar la oferta de servicios de la ESE, reorganizar y modernizar la gestión de los funcionarios, entre otras medidas encaminadas a una mejor prestación del servicio; además, la justificación de la supresión de empleos estuvo dada por lo siguiente:

“5.4. JUSTIFICACIÓN SUPRESIONES CARGOS DE LA PLANTA.

Las razones de la supresión de los cargos comprende algunos conceptos fundamentales y concordantes con las Empresas eficientes, basadas en el mejoramiento continuo y en procura de lograr los más altos niveles de competitividad y calidad de sus productos, a saber:

1. Es imprescindible corregir las deficiencias e ineficiencias tanto en servicios asistenciales como administrativos producto del redimensionamiento de la institución, esto se logra al adecuar el tamaño de la Empresa a la capacidad de oferta, comparada con la demanda, los rendimientos de producción y productividad esperados para este tipo de instituciones. Este nuevo esquema contribuye a la expansión o retracción de la Empresa, facilitando su adaptación en tiempo real, de acuerdo a las condiciones cambiantes del mercado.
2. La “red de servicios” demanda el reordenamiento de la organización, de las competencias, responsabilidades y

⁷ Con base en la motivación trascrita en el acápite anterior.

⁸ Mediante Cooperativas de Trabajo Asociado, Empresas de Servicios Temporales u outsourcing.

funciones y por tanto, un rediseño de requerimientos de cargos que permitan la atención de los servicios de salud con niveles claros de atención y en coordinación con el sistema de referencia y contrareferencia.

3. El mejoramiento de procesos, para la producción bienes y la prestación de servicios.

4. La racionalización del gasto público en la búsqueda del mejoramiento de los niveles de eficiencia, eficacia, economía y celeridad de la entidad

5. La supresión de 550 cargos de la planta de personal de la ESE, busca el mejoramiento de las condiciones de eficiencia financiera y la sostenibilidad no solo desde el punto de vista financiero, sino social.

6. La introducción de cambios tecnológicos están permitiendo automatizar actividades que se realizaban con personal de planta.

7. El Decreto Reglamentario 770 del 17 de marzo del 2005, en su artículo 3º, clasifica los niveles jerárquicos de las plantas de personal donde suprime el nivel ejecutivo para las mismas.

8. La supresión de dependencias y cierres de puntos de atención implica ajuste de las necesidades de cargos, al realizar un rediseño de la organización de acuerdo a la demanda real de servicios.

9. La modificación de la estructura que venía, rígida y burocratizada, por una estructura plana y flexible, permite aproximar el nivel de decisión al nivel de operación reduciendo niveles y como consecuencia haciendo innecesarios cargos que ya no se requieren.

10. El determinar una estructura y planta con criterios de razonabilidad, proporcionalidad y prevalencia del interés general.”

Y la modificación de la planta de personal en los términos conceptuados, generaría una notable disminución en los costos de funcionamiento de la ESE, como se refleja en la tabla No. 25 del referido concepto.

Lo anterior permite concluir que el objeto de la modificación de la planta de personal consistió en la modernización de la ESE, la optimización del servicio y la disminución de costos de funcionamiento, razones que justificaban legalmente la medida adoptada y si bien se abrió la posibilidad de contratar servicios con proveedores externos, ello se suponía dentro del marco de legalidad que faculta el uso de ese tipo de provisión; en efecto, de conformidad con lo previsto en el decreto 1227 de 2005 las modificaciones de planta de personal están justificadas cuando se fundan en necesidades del servicio o razones de modernización de la administración, que fueron las que, de conformidad con el estudio técnico, justificaron la decisión acusada.

La Sala estima necesario precisar que si bien es cierto en procesos de acción de nulidad y restablecimiento del derecho⁹ se ha decidido inaplicar los actos de carácter general que motivaron modificaciones de planta de personal, teniendo en consideración que se ha demostrado que las funciones de cargos misionales con posterioridad han sido contratadas con cooperativas de trabajo asociado, este es un análisis que se hace en relación con cada empleo y teniendo en cuenta las características del mismo, si las funciones atribuidas a él se relacionan o no con el giro ordinario de la entidad y con la misión del ente del que fueron suprimidas y posteriormente contratadas bajo tal modalidad.

Bajo el anterior entendido, no es viable declarar probados los cargos I y II propuestos, toda vez que el hecho de que el concepto técnico fundamento de la reestructuración y posterior modificación de la planta de personal de la ESE Francisco de Paula Santander, hubiera conceptualizado acerca de la contratación de ciertos servicios con agentes externos, no constituye ilegalidad alguna, pues es una modalidad de contratación permitida por la ley, en tanto se ajuste a ella.

Ahora bien, el demandante asegura que la publicación del Decreto 4032 de 2005 coetánea con la del Decreto 4033 de 2005, quebranta el artículo 11 del primer decreto citado y el artículo 119 de la Ley 489 de 1998, según los cuales, con fundamento en la nueva estructura de la ESE allí contenida, su Junta Directiva establecería la nueva planta de personal y sería sometida a consideración del Gobierno Nacional y tal Decreto -que estableció la planta- debía ser publicado en el Diario Oficial para predicar de él su vigencia.

Al respecto, la Sala debe precisar que el requisito de publicidad alegado por el demandante, lo predica respecto de un acto diferente al que es objeto de control de legalidad en este proceso, por lo que no es materia de estudio de esta litis y, en todo caso, dicha publicación sí se surtió en el mismo diario oficial en que se publicó el acto acusado, como consta a folios 6 vuelto y 7¹⁰ del expediente.

Sin embargo, entiende la Sala que el reproche respecto a lo anterior, lo hace consistir el demandante en la simultaneidad de la publicación de uno y otro acto, cuando el supuesto del artículo 11 del Decreto 4032 de 2005 prevé que con base en la estructura a que alude dicho decreto, la Junta Directiva debía establecer la planta de personal de la ESE y someterla a aprobación del Gobierno Nacional.

Al respecto, debe decirse que de conformidad con la documental obrante en el expediente, que da cuenta de la actuación previa a la expedición del acto demandado, en la que se destaca el estudio técnico elaborado para la modificación de la estructura y consecuente modificación de la planta de personal de la ESE Francisco de Paula Santander, se puede concluir que tanto la

⁹Ver, entre otras, sentencia de junio 28 de 2012, Radicación número: 05001-23-31-000-2004-00660-02(2160-11), Consejero Ponente Alfonso Vargas Rincón y octubre 12 de 2011, Radicación número: 05001-23-31-000-2004-00724-01(2570-07), del suscrito ponente.

¹⁰ En todo caso, la falta de publicación no afecta la validez del acto, como lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación, ver entre otras las sentencias de noviembre 21 de 2011, Radicación número: 68001-23-15-000-2002-00181-01(0997-08), del suscrito ponente y Sentencia de septiembre 5 de 2012, Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00292-00(2391-10), Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN.

modificación de la estructura como la de la planta de personal, fueron actuaciones que se realizaron simultáneamente, pues la modificación de una conllevaba la de la otra y por ello los fundamentos, estudios, análisis y aprobaciones se llevaron a cabo en forma concurrente.

A juicio de la Sala, la publicación concomitante de uno y otro acto administrativo en nada vicia la validez del acto acusado, pues el estudio técnico que precedió a los dos actos hizo en conjunto el análisis de una y otra modificación, tanto la de la estructura, como la de la planta de personal, es por ello que, establecida la estructura en la forma determinada por el Gobierno Nacional y acorde con lo descrito en el estudio técnico y elaborada por parte de la ESE la modificación en los términos descritos en el estudio técnico y sometida a aprobación del Gobierno Nacional en esos mismos términos, se entiende cumplido el requisito exigido por la ley, a pesar de que tal aprobación se hubiera logrado en forma precedente a la publicación del decreto que fijó la estructura.

La Sala entiende que la concepción y elaboración de la nueva estructura de la ESE, así como la conformación de su nueva planta de personal no fueron adoptadas de un día para otro, sino que fue el desarrollo de una actividad conjunta, precedida, se repite, del estudio técnico elaborado para el efecto y previas las aprobaciones, conceptos y viabilidades exigidas por la ley y que tanto una y otra decisión estaban concebidas y cumplidos sus requisitos mucho antes de su publicación, que era el único requisito que les hacía falta para su vigencia y oponibilidad, más no para su validez, pues en forma previa ya se habían cumplido los requisitos necesarios para ello.

Las anteriores consideraciones, son suficientes para determinar que la publicación simultánea no es razón válida para disponer la anulación del acto demandado, razón por la cual se despacharán desfavorables las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección "A", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

DENIÉGANSE las súplicas de la demanda promovida por LEONARDO REYES CONTRERAS contra el GOBIERNO NACIONAL, de conformidad con las consideraciones de esta providencia.

Declárase no probada la excepción de falta de legitimación en la causa pasiva, propuesta por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y ejecutoriada, ARHIÍVESE el expediente.

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

GERARDO ARENAS MONSALVE

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PAEZ ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO