

EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO – Su creación compete al concejo municipal / COMPETENCIA DE CONCEJO MUNICIPAL – Para crear empresa social del Estado y establecer su estructura orgánica / ESTRUCTURA ORGÁNICA DE EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO – Su modificación debe contar con la aprobación del concejo municipal / JUNTA DIRECTIVA DE EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO - Para modificar la estructura orgánica funcional debe obtener la aprobación previa del concejo municipal / ACTO COMPLEJO – Lo es el que modifica la estructura orgánica funcional de una empresa social del Estado / FALTA DE COMPETENCIA DE LA JUNTA DIRECTIVA DE EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO – Para establecer unilateralmente unos órganos de dirección y administración distintos a los señalados en el acto de creación sin contar con la aquiescencia del concejo

Según los apartes citados de las leyes 100 de 1994 y 489 de 1998, corresponde a los concejos municipales crear las entidades descentralizadas dentro de su jurisdicción, mediante acuerdo municipal. **Dicho acto de creación debe señalar los órganos superiores de dirección y de administración** de la nueva entidad, dentro de un marco contenido en el Decreto 1876 de 1994, compuesto por tres áreas: dirección, atención al usuario y logística. Así las cosas, la expedición de cualquier acto que modifique esos órganos superiores de dirección y administración fijados implica alterar el contenido del acto de creación y en consecuencia, modificar un acuerdo del concejo del municipio al que pertenece la empresa. Estas razones permiten a la Sala concluir que si la junta directiva debe obtener la aprobación de una autoridad para modificar la estructura orgánica funcional de la entidad, esa autorización debe provenir del concejo municipal, lo que no es sino el reflejo de la máxima de derecho según la cual, jurídicamente, las cosas se deshacen como se hacen. (...) En el caso concreto, se advierte que mediante Acuerdo 004 de febrero 13 de 2006, el Concejo Municipal de Pasto creó la empresa social del Estado del Municipio de Pasto. En el artículo 6, dispuso la conformación de la estructura administrativa de la entidad (...) determinó cuáles eran los órganos de dirección y administración de la entidad mediante el acuerdo de creación. También mencionó la composición y forma de designación de los miembros de la junta (artículos 7 y 8), los requisitos y procedimiento de nombramiento del gerente (artículos 11 y 12) y las funciones generales de las distintas dependencias que conformaban la estructura básica. (...) Tres años después, mediante Acuerdo 008 de 12 de noviembre de 2009, la junta directiva de Pasto Salud E.S.E. modificó la estructura interna de la empresa y señaló las funciones de sus distintas dependencias. (...) En criterio de la Sala, en atención a la limitante establecida en el numeral 16 del artículo 11 del Decreto 1876 de 1994, esta modificación comporta una alteración a la estructura orgánica establecida en el acto de creación y por tanto, debía contar con la aprobación del concejo municipal. Como quiera que el acto de creación dispone la organización básica de la empresa, la autonomía administrativa que ostenta la entidad no habilitaba a la junta directiva para establecer unilateralmente unos órganos de dirección y administración distintos sin contar con la aquiescencia del concejo. Esta concurrencia de voluntades configura lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado un acto administrativo complejo.

ACTO COMPLEJO – Lo es el que modifica la estructura orgánica funcional de una empresa social del Estado. Características

En el presente asunto se aprecia que el acto que modifica la estructura orgánica funcional de una empresa social del Estado cumple con las características de un acto complejo, por las siguientes razones: i. Concurre la voluntad de dos autoridades distintas, en este caso, la junta directiva de la empresa y el concejo

municipal. ii. La manifestación de voluntad de las entidades intervinientes se dan en distintos momentos y de manera sucesiva, pues una vez expedido el acto que define la estructura orgánica funcional, debe presentarse posteriormente al concejo municipal para su aprobación. iii. Los actos administrativos expedidos por las dos entidades guardan unidad de finalidad y contenido, ya que tienen como objeto fijar la estructura de la entidad.

NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO CARÁCTER GENERAL – Sus efectos no comportan un juicio sobre la validez de los actos que de él se derivaron / PÉRDIDA DE FUERZA EJECUTORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO – Por desaparecimiento de sus fundamentos de hecho y de derecho / DECAIMIENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO - No impide su juicio de legalidad

El Acuerdo 009 de 2009 que modificó la planta de personal de Pasto Salud S.A., se derivó de la estructura prevista en la decisión de la junta directiva que se anula mediante el presente fallo, (...) Sobre el particular ha señalado la jurisprudencia que los efectos anulatorios del fallo de un acto de carácter general no comportan un juicio sobre la validez de los actos que de él se derivaron (...) No obstante, no pasa por alto la Sala que la desaparición de los fundamentos de hecho o de derecho de un acto administrativo genera la pérdida de su fuerza ejecutoria, conforme lo establece el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo. Esta pérdida de fuerza ejecutoria es lo que se denomina comúnmente como la teoría del decaimiento del acto administrativo; este fenómeno jurídico ocurre por ministerio de la ley e impide que el acto siga surtiendo efectos jurídicos. (...) Esta diferenciación también tiene sustento en que las dos figuras parten de supuestos distintos: mientras la pérdida de fuerza ejecutoria del acto se restringe al acaecimiento de las causales contenidas en la ley, las cuales son ajenas a la formación misma del acto, el juicio de nulidad versa sobre la convergencia de los elementos para la validez del mismo, en el momento mismo de su expedición. Como quiera que la pérdida de fuerza ejecutoria opera sobre la eficacia del acto, es decir, su capacidad de producir efectos jurídicos, y no sobre los requisitos de validez del mismo, nada obsta para que el juez se pronuncie sobre estos últimos, los cuales estructuran el juicio de nulidad que efectúa el juez natural del acto. Bajo estas consideraciones, la Sala efectuará el juicio de legalidad del Acuerdo 09 de 2009, por el cual la junta directiva modificó la estructura interna de la empresa social del Estado Pasto Salud E.S.E.

COMPETENCIA DE LA JUNTA DIRECTIVA DE EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO – Para modificar la planta de personal

[E]ncuentra la Sala que al expedir dicho acto administrativo, la junta directiva ejerció una de las competencias que se encuentra dentro de las potestades asignadas por las normas aplicables y por el acto de creación de la entidad, en concordancia con lo establecido en el Decreto 1876 de 1994 (...) La jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que, dentro del margen de autonomía administrativa otorgada por el legislador a las empresas sociales del Estado se encuentra la facultad de las juntas directivas para modificar la planta de personal, de acuerdo con las necesidades del servicio (...) Así, de acuerdo al marco legal y jurisprudencial descrito, la junta directiva ostenta la atribución de modificar la planta de personal, de manera que este cargo no está llamado a prosperar.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 / LEY 489 DE 1998 – ARTÍCULO 50 / DECRETO 1876 DE 1994 – ARTÍCULO 5 / DECRETO 1876 DE 1994 –

ARTÍCULO 11 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 66 /
DECRETO 1572 DE 1998 – ARTÍCULO 149

NORMA DEMANDADA: ACUERDO 008 DE 2009 (12 de noviembre) EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO PASTO SALUD E.S:E. (Anulado) / ACUERDO 009 DE 2009 EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO PASTO SALUD E.S:E. (No anulado)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 52001-23-31-000-2011-00002-01

Actor: SINDICATO DE SERVIDORES PÚBLICOS DE PASTO SALUD E.S.E

Demandado: PASTO SALUD E.S.E

Referencia: Nulidad Simple – Fallo de Segunda Instancia

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante contra la sentencia dictada el 19 de abril de 2013 por el Tribunal Administrativo de Nariño, que negó las pretensiones de la demanda de nulidad.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

Actuando por intermedio de apoderada y en ejercicio de la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo -en adelante CCA-, el Sindicato de Servidores Públicos de la Empresa Social del Estado Pasto Salud E.S.E., solicitó que se declarara la nulidad de los siguientes actos administrativos, proferidos por la junta directiva de la Empresa Social del Estado Pasto Salud E.S.E.:

- Acuerdo 008 de 2009, “*por medio del cual se modifica la estructura interna de la Empresa Social del Estado Pasto Salud E.S:E., se señalan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones*”.

- Acuerdo 009 de 2009, “*por medio del cual se modifica la planta de personal de la Empresa Social del Estado Pasto Salud ESE*” (Resalta la Sala).

El demandante señaló las siguientes, como normas violadas:

- Constitución Política: artículos 2, 48, 49, 58, 209, 365.
- Ley 909 de 2004: artículo 46.
- Ley 100 de 1993: artículo 195.
- Decreto Nacional 1227 de 2005: artículo 96
- Decreto Nacional 1876 de 1994.

Propuso los siguientes cargos en contra de las disposiciones demandadas:

(a) Falta de competencia.

Explicó que a través de los actos administrativos demandados, la junta directiva de Pasto Salud E.S.E. modificó la estructura interna y la planta de personal de la entidad, desconociendo el contenido del Acuerdo 004 de 2006, acto administrativo de creación, según el cual la junta debía someter esa modificación a la aprobación del Concejo Municipal de Pasto.

En su criterio, dicha actuación vulnera el principio de legalidad y va en contravía de lo dispuesto en el Decreto 1876 de 1994, relativo a la organización de las empresas sociales del Estado.

(b) Desviación de poder.

Señaló que la reestructuración efectuada mediante los actos acusados incrementó el número de cargos administrativos y redujo los cargos asistenciales dentro de la planta de personal, lo cual atenta contra la calidad y acceso a los servicios de salud.

Sostuvo que ello evidencia que la decisión de modificar la planta no estuvo dirigida a mejorar la ejecución de los procesos misionales de la entidad sino a satisfacer intereses individuales, relegando a un segundo plano el desarrollo del objeto social de Pasto Salud, que es la garantía a la prestación efectiva del servicio público de salud.

Adujo que por esa razón, la expedición de los actos administrativos demandados atenta contra los fines esenciales del Estado y se aparta del interés general.

(c) Falsa Motivación.

Sostuvo que la modificación de la estructura interna y de la planta de personal de la entidad priorizó la creación de cargos administrativos sobre la creación de cargos asistenciales, lo que únicamente incrementa los gastos de funcionamiento de la entidad a nivel directivo para satisfacer intereses de terceros, sin repercutir de manera directa en la calidad del servicio prestado a los usuarios.

(d) Insuficiencia de motivación.

Aunque los actos demandados se basaron en un estudio técnico y certificaron la viabilidad presupuestal del proyecto de reestructuración, esto no significa que fueran debidamente motivados, porque no tuvieron en cuenta el objeto social y la misión de Pasto Salud E.S.E. y no precisaron cuál es el propósito de la junta al modificar la planta de personal de la entidad.

De igual manera solicitó la suspensión provisional de las disposiciones acusadas.

2. Admisión de la demanda y decisión respecto de la solicitud de suspensión provisional

El 21 de enero de 2011 el Tribunal Administrativo de Nariño, Sala Tercera, admitió la demanda y ordenó notificar al representante legal de Pasto Salud E.S.E.

También se negó la suspensión provisional solicitada porque, en criterio del Tribunal, no se evidenció la flagrante contradicción entre los actos administrativos demandados y las normas que fundamentaron la solicitud de nulidad.

3. Contestación de la demanda

La apoderada judicial de Pasto Salud E.S.E. se opuso a las pretensiones de la demanda.

Frente al primer cargo manifestó que no es cierto que la junta directiva de Pasto Salud E.S.E. no tuviera la competencia para modificar la estructura de la entidad.

Señaló que de acuerdo con el artículo 313 de la Constitución Política, las facultades de los concejos municipales respecto de las empresas sociales del Estado se limitan exclusivamente a su creación y a la determinación de su estructura básica.

Destacó que de conformidad con lo establecido en el Decreto 1876 de 1994¹, la estructura básica de dichas empresas debe incluir tres áreas –dirección, atención al usuario y logística- a partir de las cuales las empresas deberán definir su estructura organizacional.

Con base en ello, cada entidad determina por medio de su junta directiva la estructura orgánica funcional, en atención a lo dispuesto en la Ley 142 de 1994 y el Decreto 1876 de 1994. Para Pasto Salud E.S.E., esta facultad se encuentra contenida tanto en el acto de creación de la entidad, Acuerdo 004 de 2006, como en los estatutos de la empresa, por lo que no tiene la obligación de refrendar sus decisiones ante el concejo municipal.

Manifestó que el proceso de reestructuración se hizo con base en un estudio técnico basado en las directrices expedidas por el Departamento Administrativo de la Función Pública, que arrojó la necesidad de modificar la estructura de la planta.

Sostuvo que el impacto económico de la decisión es casi nulo para la empresa, puesto que con la creación de los nuevos cargos se reduce la contratación mediante órdenes de prestación de servicios.

Adujo que dentro de las funciones de la junta directiva establecidas en el acto de creación, se encuentra la facultad para modificar la planta de personal y fijar la estructura orgánica funcional de la misma, lo cual significa que los actos demandados se encuentran acordes con las normas superiores aplicables a la materia.

¹ “Por el cual se reglamentan los artículos 96, 97 y 98 del Decreto Ley 1298 de 1994 en lo relacionado con las Empresas Sociales del Estado”.

Por último, afirmó que la demandante no logró probar que existían intereses ajenos al bien común que motivaran el proceso de reestructuración contenido en los actos demandados.

4. Trámite del proceso en primera instancia

El 30 de junio de 2011 se decretó la apertura del período probatorio y el 4 de noviembre de ese mismo año se corrió traslado para alegar de conclusión, término en el cual las partes reiteraron los argumentos expuestos en la demanda y en la contestación, respectivamente.

5. Concepto del agente del Ministerio Público en primera instancia

El Ministerio Público solicitó al Tribunal denegar las pretensiones de la demanda de nulidad.

Sostuvo que la empresa social del Estado Pasto Salud E.S.E. es una entidad descentralizada del orden territorial, que cuenta con la independencia y autogobierno suficientes para determinar el modelo administrativo con el que opera. Al interior de la empresa, la junta directiva es el órgano administrativo competente determinar la estructura administrativa y la planta de personal que la conforma.

6. Cambio de ponente

El Acuerdo No. PSAA 12-9459 de 2012, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, dispuso que el despacho del magistrado ponente que conoció el proceso desde su inicio debía ingresar al sistema oral a partir del 2 de julio de 2012, con el fin de implementar el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

El acuerdo también estableció que los procesos que se venían desarrollando con base en las disposiciones del C.C.A., debían distribuirse entre los despachos que continuarían con el sistema escritural.

Como consecuencia de lo anterior, mediante auto de 29 de junio de 2012, el despacho del magistrado ponente ordenó la entrega del presente expediente al Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño,

quién lo asignó al despacho de la magistrada Beatriz Isabel Melodelgado Pabón.

7. Fallo de primera instancia

En sentencia de 19 de abril de 2013, el Tribunal Administrativo de Nariño negó las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

En cuanto al cargo de falta de competencia de la junta para expedir los actos acusados, manifestó que el Decreto 1876 de 1994 estableció reglas de conformación y funcionamiento para las juntas directivas de las empresas sociales del Estado, que les otorgaron un margen de autonomía suficiente para modificar por sí mismas la estructura interna y la planta de personal.

Afirmó que el proceso de modernización adelantado en Pasto Salud E.S.E. no vulneró ninguno de los principios y objetivos fijados en las normas superiores para ese tipo de entidades.

Manifestó que en casos similares el Consejo de Estado² ha sostenido de acuerdo a lo establecido en el artículo 5 del decreto en mención, que la junta directiva tiene plenas potestades para aprobar la conformación de la planta de personal.

Afirmó que el acto administrativo que modificó la planta se basó en las conclusiones del estudio de modernización contratado por la entidad, necesario para reformar las plantas de personal según la Ley 443 de 1498. Este estudio es el soporte que evidencia la necesidad de efectuar las reformas que adoptó la junta directiva, razón por la cual el Tribunal no encontró justificado el reproche por insuficiencia de motivación.

² Al respecto hizo referencia a la sentencia proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 1 de marzo de 2012, expediente 05001-23-31-000-2003-03397-01 (1654-10), consejero ponente Gustavo Gómez Aranguren.

En cuanto a la desviación de poder, indicó que *“la reestructuración de la entidad se ajustó a la normatividad que debía aplicarse al caso y obedeció a un proceso de modernización con el cual se buscaba prestar un servicio con eficacia, eficiencia, economía y celeridad (...) sobre la evaluación que contiene el estudio en relación con el recurso humano, es necesario destacar que en él se señala, que la planta de personal de la E.S.E. Pasto Salud no es la que corresponde a su misión(...) y que si bien es necesario incrementar cargos, se reducirá su costo en tanto se obtenga una mejor y más efectiva prestación del servicio”*.

Indicó que es carga del demandante probar la materialización de las causales de nulidad alegadas, pero que en el expediente no se encuentran demostradas.

Por último, destacó que la supresión de cargos no vulneró derechos fundamentales de los trabajadores, puesto que la misma atendió a un proceso que se encuentra justificado en las necesidades del servicio.

8. Recurso de apelación

Inconforme con la sentencia de 19 de abril de 2013 el demandante presentó recurso de apelación, en el que solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se accediera a las pretensiones de la demanda, con fundamento en los siguientes argumentos:

Insistió en que la decisión de modificar la estructura interna y la planta de personal de la entidad debía ser sometida a consideración y posterior aprobación del concejo municipal.

En criterio del recurrente, las reflexiones del Tribunal encuentran apoyo en argumentos del Consejo de Estado que desconocen el principio de interpretación útil de las normas, según el cual debe considerarse, de entre varias interpretaciones de una disposición normativa, aquella que permita consecuencias jurídicas, sobre la que no las prevea.

El acuerdo de creación de la entidad determina que la estructura orgánica funcional de la misma debe ser objeto de aprobación por la autoridad competente y en esa medida, esa disposición debe tener

algún efecto útil. Esa regla, erróneamente interpretada, no puede ser una remisión inocua que otorgue libertad a la junta para reformar la planta y estructurar la entidad a su arbitrio.

Adujo que la interpretación efectuada por la demandada y por el Tribunal priva de efectividad a los estatutos de la empresa, que buscaron limitar la capacidad de reforma de la junta directiva. Lo anterior, en el marco del control administrativo que ha querido establecer la ley a la modificación de plantas de personal en el sector público.

Reiteró que las modificaciones efectuadas únicamente se destinaron a aumentar el número de cargos administrativos y no misionales dentro de la planta de personal. Lo anterior, según el demandante, generó un aumento en la suscripción de contratos de prestación de servicios para cumplir con la misión de la entidad, que contraría las normas aplicables en la materia.

Sostuvo que las modificaciones efectuadas a la planta de personal desconocen que el fin último de las empresas sociales del Estado es la prestación de un servicio de salud de alta calidad.

Por último relacionó cada una de las pruebas que a su juicio soportan los cargos de nulidad formulados contra los actos administrativos demandados, con el objetivo de contradecir la inactividad probatoria alegada por el Tribunal.

9. Trámite en segunda instancia

El recurso propuesto fue admitido por el Despacho Ponente³ el 5 de agosto de 2013.

10. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Durante este término no se pronunció ninguna de las partes.

11. Concepto del agente del Ministerio Público en segunda instancia

En esta instancia no intervino el Ministerio Público.

³ En ese momento fungía como ponente la Consejera María Elizabeth García González.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Corresponde a la Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de esta Sección, conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el 19 de abril de 2013 por el Tribunal Administrativo de Nariño en los términos del artículo 129 del CCA, en concordancia con lo decidido en el Acuerdo de Descongestión No. 357 de 5 de diciembre de 2017, suscrito entre las Secciones Primera y Quinta de esta Corporación.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad de los actos administrativos demandados por falta de competencia de la autoridad que los profirió, o si dichos actos fueron expedidos con desviación de poder o insuficiencia de motivación.

3. Caso concreto

A partir de los argumentos de la apelación y con fines metodológicos, la Sala procederá al estudio de los cargos propuestos para cada uno de los actos administrativos demandados de manera separada, de acuerdo al siguiente esquema:

Respecto del Acuerdo 008 de 2009, *por medio del cual **se modifica la estructura interna** de la Empresa Social del Estado Pasto Salud E.S:E., se señalan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones*".

- a. Competencia de las juntas directivas para modificar la estructura orgánica funcional de las empresas sociales del Estado.

Respecto del Acuerdo 009 de 2009, *por medio del cual **se modifica la planta de personal** de la Empresa Social del Estado Pasto Salud ESE*".

- a. Competencia de las juntas directivas para modificar la planta de las empresas sociales del Estado.
- b. Desviación de poder.
- c. Insuficiencia de motivación.

Finalmente se pronunciará la Sala sobre la solicitud de condena en costas formulada en la demanda.

Respecto del Acuerdo 008 de 2009, “por medio del cual se modifica la estructura interna de la Empresa Social del Estado Pasto Salud E.S:E., se señalan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones”:

- a. Competencia de las juntas directivas para modificar la estructura orgánica funcional de las empresas sociales del Estado.**

La Ley 100 de 1993 dispuso que la prestación directa del servicio de salud por parte de la nación o de las entidades territoriales se realizara a través de empresas sociales del Estado, creadas por la ley, las asambleas o los concejos municipales, como entidades públicas descentralizadas, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa.

Con posterioridad, la Ley 489 de 1998 precisó que las entidades descentralizadas en el orden departamental, distrital o municipal se crearían por la ordenanza o acuerdo respectivo, o con su autorización.

La misma norma dispuso en su artículo 50 que el acto de creación de dichas entidades debía contener sus objetivos, el soporte presupuestal y la estructura orgánica, la cual comprende los siguientes elementos:

- “1. La denominación.*
- 2. La naturaleza jurídica y el consiguiente régimen jurídico.*
- 3. La sede.*
- 4. La integración de su patrimonio.*
- 5. El señalamiento de los órganos superiores de dirección y administración y la forma de integración y de designación de sus titulares, y**
- 6. El Ministerio o el Departamento Administrativo al cual estarán adscritos o vinculados” (Resalta la Sala).*

En punto de los aspectos relativos a los objetivos, principios, organización general y órganos de dirección de las empresas sociales del Estado, el Decreto 1876 de 1994 reglamentó la Ley 100 de 1993.

Respecto a la estructura básica de las E.S.E., el artículo 5º del decreto dispone que, sin perjuicio de la autonomía otorgada a las corporaciones administrativas, dichas entidades se organizarían a partir de tres áreas básicas:

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

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

En criterio de la Sala, las disposiciones jurídicas anteriores deben analizarse desde un punto de vista armónico: en primer lugar, el legislador dispuso que el acto de creación de una entidad administrativa de este tipo debe, como mínimo, señalar sus órganos superiores de dirección y administración. En concordancia con lo anterior, el reglamento determinó la estructuración básica de las empresas sociales del Estado, conforme a tres áreas básicas.

Así, estas dos normas constituyen el marco general sobre el cual deben actuar los concejos municipales, en ejercicio de la facultad otorgada por el artículo 194 de la Ley 100 de 1993.

De conformidad con el Decreto 1876 de 1994, las juntas directivas de las empresas sociales del Estado tienen como funciones, las siguientes:

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

1. *Expedir, adicionar y reformar el Estatuto Interno.*
2. *Discutir y aprobar los Planes de Desarrollo de la Empresa social.*
3. *Aprobar los Planes Operativos Anuales.*
4. *Analizar y aprobar el proyecto de presupuesto anual, de acuerdo con el Plan de Desarrollo y el Plan Operativo para la vigencia.*
5. *Aprobar las modificaciones de tarifas y cuotas de recuperación que proponga el Director o Gerente, para ajustarse a las políticas tarifarias establecidas por las autoridades competentes en el sistema general de seguridad social en salud, en sus distintos órdenes.*
6. *Aprobar la planta de personal y las modificaciones a la misma, para su posterior adopción por la autoridad competente.*
7. *Aprobar los Manuales de Funciones y Procedimientos, para su posterior adopción por la autoridad competente.*
8. *Establecer y modificar el Reglamento Interno de la Empresa Social.*
9. *Analizar los Informes Financieros y los informes de ejecución presupuestal presentados por el Gerente y emitir concepto sobre los mismos y sugerencias para mejorar el desempeño institucional.*
10. *Supervisar el cumplimiento de los planes y programas definidos para la Empresa Social.*
11. *Servir de voceros de la Empresa Social ante las instancias político-administrativas correspondientes y ante los diferentes niveles de Dirección del Sistema de Salud, apoyando la labor del Gerente en este sentido.*
12. *Asesorar al Gerente en los aspectos que este considere pertinente o en los asuntos que a juicio de la Junta lo ameriten.*
13. *Diseñar la política, de conformidad con las disposiciones legales, para la suscripción de los Contratos de Integración Docente Asistencial por el Gerente de la Empresa Social.*
14. *Elaborar terna para la designación del responsable de la Unidad de Control Interno.*
15. *Fijar honorarios para el Revisor Fiscal.*
16. ***Determinar la estructura orgánica-funcional de la entidad, y someterla para su aprobación ante la autoridad competente.***
17. *Elaborar terna de candidatos para presentar al Jefe del al respectiva Entidad Territorial para la designación del Director o Gerente” (Resalta la Sala).*

De la transcripción parcial del citado decreto se evidencia que sobre el punto específico de la estructura general de la entidad, el margen de autonomía de este tipo de entidades se encuentra sujeto no sólo a las

disposiciones legales y reglamentarias, **sino también a la aquiescencia de otra autoridad.**

Este límite establecido en el decreto no es una disposición vacía; para la Sala, es indudable que la norma en comento distingue entre la autoridad competente para determinar la estructura orgánica funcional de una empresa social del Estado, y la que tiene la facultad de aprobar dicha estructura.

Sin embargo, la norma no especifica qué autoridad ostenta esa potestad.

Con apoyo en un pronunciamiento de la Sección Segunda de esta Corporación⁴, la entidad demandada afirma en su escrito de contestación que si bien la norma no señala cual es la autoridad que debe aprobar la reforma, no puede concluirse que esta atribución corresponde a los concejos municipales. Lo anterior, puesto que las competencias otorgadas a esas corporaciones en cuanto a las empresas sociales del Estado se restringen a su creación y a la determinación de su estructura básica.

En criterio de la Sala, esta conclusión parte de una imprecisión. Las competencias de los concejos municipales para la creación y organización de entidades públicas no están determinadas exclusivamente en la Constitución Política⁵.

Según los apartes citados de las leyes 100 de 1994 y 489 de 1998, corresponde a los concejos municipales crear las entidades descentralizadas dentro de su jurisdicción, mediante acuerdo municipal. **Dicho acto de creación debe señalar los órganos superiores de dirección y de administración** de la nueva entidad, dentro de un marco contenido en el Decreto 1876 de 1994, compuesto por tres áreas: dirección, atención al usuario y logística.

Así las cosas, la expedición de cualquier acto que modifique esos órganos superiores de dirección y administración fijados implica

⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, expediente 3603-2001. Consejero Ponente Alejandro Ordoñez Maldonado.

⁵ Constitución Política. "Artículo 313. Corresponde a los concejos (...) 6. Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta".

alterar el contenido del acto de creación y en consecuencia, modificar un acuerdo del concejo del municipio al que pertenece la empresa.

Estas razones permiten a la Sala concluir que si la junta directiva debe obtener la aprobación de una autoridad para modificar la estructura orgánica funcional de la entidad, esa autorización debe provenir del concejo municipal, lo que no es sino el reflejo de la máxima de derecho según la cual, jurídicamente, las cosas se deshacen como se hacen.

A su turno, la demandada reitera su argumento con base en el párrafo del artículo quinto del Decreto 1876 de 1994, que dispone lo siguiente:

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

Esta norma no contradice en modo alguno la interpretación acogida por la Sala. Del estudio sistemático de las disposiciones aplicables se desprende que las empresas sociales del Estado cuentan con la facultad de definir su estructura organizacional, de acuerdo con sus necesidades y requerimientos; lo anterior, sin perjuicio de solicitar la aprobación del concejo municipal cuando la decisión implica modificar la estructura general fijada en el acto de creación, como ya se explicó.

Esta conclusión reconoce el margen de autonomía que otorgó la ley a las empresas sociales del Estado. Si bien existe una restricción para la modificación de la estructura general de la entidad por parte de la junta directiva, lo cierto es que según lo dispuesto en la Ley 489 de 1998, el acto de creación **únicamente debe señalar**, en punto del esquema organizacional, cuáles son los órganos superiores de dirección y administración de la nueva entidad y la forma de integración y de designación de sus titulares.

En el caso concreto, se advierte que mediante Acuerdo 004 de febrero 13 de 2006, el Concejo Municipal de Pasto creó la empresa social del Estado del Municipio de Pasto. En el artículo 6, dispuso la conformación de la estructura administrativa de la entidad de la siguiente manera:

“Artículo 6. ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA. La E.S.E. PASTO SALUD tendrá la siguiente estructura de dirección y administración:

1. JUNTA DIRECTIVA
2. GERENCIA
 - 2.1 SUBGERENCIA DE SERVICIOS DE SALUD
 - 2.2.1 COORDINACIONES DE REDES DE CENTROS DE ATENCIÓN EN SALUD
 - 2.1.1.1 GRUPOS DE TRABAJO PROMOCIÓN Y PREVENCIÓN.
 - 2.1.1.2 GRUPOS DE TRABAJO RECUPERACIÓN Y APOYO TERAPÉUTICO.
 - 2.1.1.3 GRUPOS DE TRABAJO SERVICIO FARMACÉUTICO.
 - 2.2 SUBGERENCIA ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA
 - 2.2.1 GRUPO DE TRABAJO TALENTO HUMANO
 - 2.2.2 GRUPO DE TRABAJO ADMINISTRATIVO Y LOGÍSTICO
 - 2.2.3 GRUPO DE TRABAJO CONTABLE Y FINANCIERO
 - 2.3 OFICINA DE ASESORÍA JURÍDICA
 - 2.4 OFICINA ASESORA DE PLANEACIÓN
 - 2.5 OFICINA CONTROL INTERNO DE GESTIÓN Y CALIDAD
 - 2.6 OFICINA DE CONTROL INTERNO DISCIPLINARIO

Parágrafo. Además de la estructura de dirección y administración la E.S.E. PASTO SALUD tendrá una REVISORÍA FISCAL”.

En concordancia con el aparte citado de la Ley 489 de 1998, el Concejo Municipal de Pasto determinó cuáles eran los órganos de dirección y administración de la entidad mediante el acuerdo de creación. También mencionó la composición y forma de designación de los miembros de la junta (artículos 7 y 8), los requisitos y procedimiento de nombramiento del gerente (artículos 11 y 12) y las funciones generales de las distintas dependencias que conformaban la estructura básica.

Tres años después, mediante Acuerdo 008 de 12 de noviembre de 2009, la junta directiva de Pasto Salud E.S.E. modificó la estructura interna de la empresa y señaló las funciones de sus distintas dependencias. El artículo 1º dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 1º.- ESTRUCTURA INTERNA. Para el desarrollo de sus funciones la Empresa Social del Estado Pasto Salud E.S.E., tendrá la siguiente Estructura:

1. JUNTA DIRECTIVA.
2. GERENCIA.
 - 2.1. Oficina Asesora Jurídica.
 - 2.2. Oficina Asesora de Planeación.
 - 2.3. Oficina Asesora de Comunicaciones y Sistemas.

- 2.4. Oficina de Control Interno.
3. Secretaría General.
4. Subgerencia de salud e investigación.
5. Subgerencia financiera y comercial.
6. Direcciones de red.”

En el siguiente esquema se aprecia la modificación de la que fue objeto la estructura básica de Pasto Salud E.S.E. de conformidad con el Acuerdo 08 de 2009, expedido por la junta directiva:

Acuerdo 4 de 2006 (Acto de creación)	Acuerdo 008 de 2009
<p>Artículo 6. Estructura Administrativa. La E.S.E. Pasto Salud tendrá la siguiente estructura de dirección y administración:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Junta directiva 2. Gerencia <ol style="list-style-type: none"> 2.1 Subgerencia de servicios de salud <ol style="list-style-type: none"> 2.1.1 Coordinaciones redes de centros de atención en salud <ol style="list-style-type: none"> 2.1.1.1 Grupos de trabajo Promoción y prevención 2.1.1.2 Grupos de trabajo recuperación y apoyo terapéutico 2.1.1.3 Grupos de trabajo servicio farmacéutico 2.2 Subgerencia administrativa y financiera <ol style="list-style-type: none"> 2.2.1 Grupo de trabajo talento humano 2.2.2 Grupo de trabajo administrativo y logístico 2.2.3 Grupo de trabajo contable y financiero 2.3 Oficina de asesoría jurídica 2.4 Oficina asesora de planeación 2.5 Oficina de control interno de gestión y calidad 2.6 Oficina de control interno disciplinario 	<p>Artículo 1º. Para el desarrollo de sus funciones la Empresa Social del Estado Pasto Salud E.S.E., tendrá la siguiente estructura:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Junta directiva 2. Gerencia <ol style="list-style-type: none"> 2.1 Oficina Asesora Jurídica 2.2 Oficina Asesora de Planeación 2.3 Oficina Asesora de Comunicaciones y Sistemas 2.4 Oficina de Control Interno 3. Secretaría General 4. Subgerencia de salud e investigación 5. Subgerencia financiera y comercial 6. Direcciones de red <p>Órganos internos de asesoría y coordinación</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Comité de Coordinación del Sistema de Control Interno y del Sistema de Gestión de Calidad 2. Comisión de personal 3. Comité de contratación

En criterio de la Sala, en atención a la limitante establecida en el numeral 16 del artículo 11 del Decreto 1876 de 1994⁶, esta modificación comporta una alteración a la estructura orgánica establecida en el acto de creación y por tanto, debía contar con la aprobación del concejo municipal. Como quiera que el acto de creación dispone la organización básica de la empresa, la autonomía administrativa que ostenta la entidad no habilitaba a la junta directiva

⁶ “Artículo 11º.- Funciones de la Junta Directiva. Sin perjuicio de las funciones asignadas a las Juntas Directivas por ley, Decreto, Ordenanza o Acuerdo u otras disposiciones legales, ésta tendrá las siguientes: (...) 16. Determinar la estructura orgánica-funcional de la entidad, **y someterla para su aprobación ante la autoridad competente**” (Resalta la Sala).

para establecer unilateralmente unos órganos de dirección y administración distintos sin contar con la aquiescencia del concejo.

Esta concurrencia de voluntades configura lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado un acto administrativo complejo. El Consejo de Estado se ha referido a este fenómeno en los siguientes términos:

“Los actos administrativos complejos son aquellos que se forman por la concurrencia de una serie de actos que no tienen existencia jurídica separada e independiente y que provienen de diversas voluntades y autoridades, generándose así una unidad de contenido y de fin, de tal suerte que las diversas voluntades concurren para formar un acto único”⁷

En el presente asunto se aprecia que el acto que modifica la estructura orgánica funcional de una empresa social del Estado cumple con las características de un acto complejo⁸, por las siguientes razones:

- i. Concurre la voluntad de dos autoridades distintas, en este caso, la junta directiva de la empresa y el concejo municipal.
- ii. La manifestación de voluntad de las entidades intervinientes se dan en distintos momentos y de manera sucesiva, pues una vez expedido el acto que define la estructura orgánica funcional, debe presentarse posteriormente al concejo municipal para su aprobación.
- iii. Los actos administrativos expedidos por las dos entidades guardan unidad de finalidad y contenido, ya que tienen como objeto fijar la estructura de la entidad.

Con base en este análisis la Sala declarará la nulidad del Acuerdo 008 de 2009 proferido por la junta directiva de la empresa social del Estado Pasto Salud E.S.E.

Como consecuencia de esta decisión anulatoria, la sala se exime de analizar los demás cargos formulados contra dicho acto administrativo

⁷ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 14 de febrero de 2012, expediente 11001-03-26-000-2010-0036-01(IJ). Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁸ Al respecto véase: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de 18 de abril de 2013, expediente 11001-03-28-000-2013-00012-00. Consejero Ponente Alberto Yepes Barreiro.

y procederá a estudiar los reproches expuestos frente al segundo acto demandado.

Respecto del Acuerdo 009 de 2009, “por medio del cual se modifica la planta de personal de la Empresa Social del Estado Pasto Salud ESE”:

a. Competencia de las juntas directivas para modificar la planta de las empresas sociales del Estado.

El Acuerdo 009 de 2009 que modificó la planta de personal de Pasto Salud S.A., se derivó de la estructura prevista en la decisión de la junta directiva que se anula mediante el presente fallo, según lo expuso el Acuerdo 008 de 2009, aquí anulado:

“Artículo 13: Adopción de la planta de personal de la empresa social del Estado Pasto Salud ES.E. De conformidad con la estructura prevista en el presente Acuerdo, la Junta Directiva procederá a determinar la nueva planta de personal de la Empresa”.

Sobre el particular ha señalado la jurisprudencia que los efectos anulatorios del fallo de un acto de carácter general no comportan un juicio sobre la validez de los actos que de él se derivaron⁹.

No obstante, no pasa por alto la Sala que la desaparición de los fundamentos de hecho o de derecho de un acto administrativo genera la pérdida de su fuerza ejecutoria, conforme lo establece el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo.

Esta pérdida de fuerza ejecutoria es lo que se denomina comúnmente como la teoría del decaimiento del acto administrativo; este fenómeno jurídico ocurre por ministerio de la ley e impide que el acto siga surtiendo efectos jurídicos.

Con ocasión del estudio de esta figura, el Consejo de Estado ha sostenido que el decaimiento de un acto no impide un juicio de legalidad sobre el mismo:

⁹ “Por manera que no existe en principio una “nulidad ex officio” como tampoco una nulidad consecuencial o por consecuencia”, toda vez que los efectos del fallo de nulidad del acto que sirve de fundamento no se extienden con efectos idénticos al segundo”. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 5 de julio de 2006, expediente 25000232600019990048201 (21051). Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

“Esta Corporación ha sostenido mayoritariamente que la figura del decaimiento del acto administrativo no impide el juicio de legalidad del mismo, en tanto éste debe realizarse según las circunstancias vigentes al momento de su expedición y habida consideración de que el decaimiento sólo opera hacia el futuro, en tanto la desaparición del fundamento jurídico del acto no afecta su validez”¹⁰.

Esta diferenciación también tiene sustento en que las dos figuras parten de supuestos distintos: mientras la pérdida de fuerza ejecutoria del acto se restringe al acaecimiento de las causales contenidas en la ley, las cuales son ajenas a la formación misma del acto, el juicio de nulidad versa sobre la convergencia de los elementos para la validez del mismo, en el momento mismo de su expedición¹¹.

Como quiera que la pérdida de fuerza ejecutoria opera sobre la eficacia del acto, es decir, su capacidad de producir efectos jurídicos, y no sobre los requisitos de validez del mismo, nada obsta para que el juez se pronuncie sobre estos últimos, los cuales estructuran el juicio de nulidad que efectúa el juez natural del acto.

Bajo estas consideraciones, la Sala efectuará el juicio de legalidad del Acuerdo 09 de 2009, por el cual la junta directiva modificó la estructura interna de la empresa social del Estado Pasto Salud E.S.E.

Al respecto encuentra la Sala que al expedir dicho acto administrativo, la junta directiva ejerció una de las competencias que se encuentra dentro de las potestades asignadas por las normas aplicables y por el acto de creación de la entidad, en concordancia con lo establecido en el Decreto 1876 de 1994:

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

(...)

6. Aprobar la planta de personal y las modificaciones a la misma, para su posterior adopción por la autoridad competente (...).”

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ “En ese orden de ideas, se debe entender que la convergencia del sujeto, objeto, causa, fin y forma en la configuración del acto administrativo, permite establecer que efectivamente el acto existe, y por lo mismo, ante la ausencia o vicio de alguno de esos elementos esenciales, la consecuencia será la nulidad del acto jurídico, situación en la cual realmente, se ve comprometida su validez”. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de 30 de octubre de 2015, expediente 2500023410002015005430. Consejero ponente Alberto Yepes Barreiro.

La jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que, dentro del margen de autonomía administrativa otorgada por el legislador a las empresas sociales del Estado se encuentra la facultad de las juntas directivas para modificar la planta de personal, de acuerdo con las necesidades del servicio:

“Así las cosas, resulta evidente que las corporaciones administrativas en el nivel territorial, dentro de la facultad con que cuentan para crear, transformar y categorizar las empresas sociales del Estado no les está permitido ejercer algún tipo de injerencia en lo que se refiere a la determinación y modificación de sus plantas de personal toda vez que, esa función, se repite, se encuentra reservada a sus juntas directivas y a sus gerente en ejercicio de la autonomía y capacidad de dirección, previstas en el artículo 5º del Decreto 1876 de 1994”¹².

Así, de acuerdo al marco legal y jurisprudencial descrito, la junta directiva ostenta la atribución de modificar la planta de personal, de manera que este cargo no está llamado a prosperar.

b. Desviación de poder.

Respecto del cargo en mención, afirmó la recurrente que las modificaciones efectuadas a la planta de personal únicamente se destinaron a aumentar el número de cargos administrativos y no misionales dentro de la planta de personal. Manifestó que esta situación ha generado un aumento en la suscripción de contratos de prestación de servicios para cumplir con las actividades propias del objeto social de la entidad, lo que evidencia que los actos administrativos demandados se expidieron en contravía del interés público.

Al respecto destaca la Sala que el vicio de desviación de poder se configura cuando la intención del funcionario que profiere la decisión se aparta de los motivos enmarcados dentro del ámbito específico de sus competencias, de manera que el objetivo por el cual se expide el acto administrativo es ilegítimo y en consecuencia, el acto es ilegal. En este caso, ha señalado la jurisprudencia, el interés real de quién expide el acto no se encuentra explícito dentro del mismo, a diferencia del vicio de falsa motivación¹³.

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 27 de octubre de 2011, expediente 68001-23-31-000-2000-03063-01(1402-10). Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 5 de diciembre de 1997, expediente 8381. Consejero Ponente: Delio Gómez Leyva.

Por ello, para valorar la existencia de la causal es imprescindible que el juzgador cuente con todos los elementos probatorios que le permitan evidenciar los motivos implícitos que condujeron a la indebida expedición del acto. Tal carga probatoria corresponde por supuesto a quién alega la existencia de la causal, en tanto el acto administrativo se encuentra amparado por la presunción de legalidad.

En punto de la modificación de plantas de personal, el Decreto 1572 de 1998 estableció un parámetro para identificar la debida motivación de un acto de tal naturaleza:

“Artículo 149º.- Modificado por el art. 7, Decreto Nacional 2504 de 1998. Se entiende que la modificación de una planta de personal está fundada en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración, cuando las conclusiones del estudio técnico de la misma deriven en la creación, supresión o reclasificación de empleos con ocasión de:

- 1. Cambios en la misión u objeto social o en las funciones generales de la entidad.*
- 2. Supresión, fusión o creación de dependencias.*
- 3. Modificación de las funciones generales institucionales o de las dependencias.*
- 4. Traslado de funciones o competencias de un organismo a otro.*
- 5. Eliminación, simplificación o creación de procesos o trámites.*
- 6. Eliminación o reducción de prestación de servicios o la creación de nuevos servicios.*
- 7. Redistribución de funciones y cargas de trabajo.*
- 8. Introducción de tecnología.*
- 9. Culminación o cumplimiento de planes, programas, proyectos o funciones cuando los perfiles de los empleos involucrados para su ejecución no se ajustan al desarrollo de nuevos planes, programas, proyectos o funciones de la entidad”.*

Sobre el particular, la jurisprudencia también ha señalado que dentro del amplio margen de autodeterminación establecido por la Ley 100 de 1993 para las empresas sociales del Estado, el estudio es el instrumento idóneo para determinar los motivos del servicio que conducen el proceso de reestructuración¹⁴.

El estudio técnico de reorganización, rediseño y modernización de la empresa social del Estado Pasto Salud E.S.E. que se encuentra en el expediente, contiene el análisis relativo a la modificación de la planta de personal.

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 5 de diciembre de 2013. Expediente 050012331000200300455 01. Consejero Ponente. Gerardo Arenas Monsalve.

En este se advierte un examen de la estructura de la planta que condujo a identificar la necesidad de ajustarla de acuerdo con los grados, cargas de trabajo y funciones de cada dependencia, de acuerdo con los procesos misionales y de apoyo de la entidad¹⁵. También se expone la justificación de la supresión de ciertos cargos, soportada en la necesidad de garantizar la viabilidad financiera, la redistribución de funciones y el rediseño de los procesos de la entidad.

Por ello, en criterio de la Sala, el estudio reúne las características que permiten concluir que la modificación de la planta de personal se fundamentó en razones del servicio, en atención a lo establecido en el Decreto 1572 de 1998¹⁶.

Se observa que si bien la creación de cargos producto de la reestructuración se concentra en el área administrativa, ese sólo hecho no comporta por sí mismo un vicio de ilegalidad del acto administrativo ni evidencia un interés indebido en su expedición, pues la modificación encuentra soporte en la identificación de las necesidades del servicio detectadas mediante las herramientas anteriormente descritas en el estudio técnico citado.

Por esta razón, no hay lugar a la anulación del Acuerdo 009 de 2009 que modificó la planta de personal, por el cargo descrito.

c. Insuficiencia de motivación

Con respecto a este reproche sostuvo la recurrente que las modificaciones efectuadas a la planta de personal desconocen que el fin último de las empresas sociales del Estado es la prestación de un servicio de salud de alta calidad.

Como se evidenció anteriormente, del estudio técnico se desprende que los cambios efectuados en el área administrativa tuvieron como base la redistribución de cargas laborales en la entidad y la optimización de procesos dentro de la misma. Esto no comporta *per se* una desmejora en la prestación del servicio, como narran los testimonios que soportan esta acusación.

¹⁵ Folios 206 a 230, cuaderno 17.

¹⁶ "Por el cual se reglamenta la Ley 443 de 1998 y el Decreto - Ley 1567 de 1998".

De hecho, del estudio se desprende que si bien se amplió la planta a nivel administrativo, lo cierto es que únicamente se suprimieron dos cargos a nivel asistencial¹⁷, por lo que no se aprecia un desequilibrio con la magnitud suficiente para generar una desmejora directa y automática en la prestación de servicios.

En las declaraciones rendidas por los miembros del sindicato¹⁸ se da cuenta de las consecuencias adversas para la prestación del servicio de salud que, en concepto de los declarantes, generó el proceso de reestructuración. Sin embargo, en el expediente no existen elementos probatorios adicionales que permitan corroborar esas afirmaciones, razón por la cual no se advierte la desmejora generalizada en el servicio, alegada por la parte demandante.

Costas procesales

De conformidad con el artículo 171 del C.C.A., el juzgador podrá condenar en costas a la parte que resulte vencida, teniendo en cuenta la conducta desplegada en el trámite del proceso.

La Sala no accederá a la condena en costas solicitada por la parte demandante, toda vez que no se observó el manejo inadecuado de los medios procesales para dilatar o entorpecer el curso normal del proceso ni conducta alguna que evidenciara la mala fe de la entidad.

En mérito de 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,

III. FALLA

Primero: Revocar parcialmente la sentencia de 19 de abril de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño en cuanto negó las pretensiones de la demanda para en su lugar, **declarar** la nulidad del Acuerdo 008 de 12 de noviembre de 2009, proferido por la junta directiva de la empresa social del Estado Pasto Salud E.S.E.

Segundo: Confirmar en lo demás el fallo apelado.

¹⁷ Folio 210, cuaderno 17.

¹⁸ Folios 228-231, 248-252

Tercero: Devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cuarto: Sin costas en esta instancia.

Notifíquese y Cúmplase.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente
Aclaración de voto

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero
Aclaración de voto

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA
ACLARACIÓN DE VOTO DE ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 52001-23-31-000-2011-00002-01

Actor: SINDICATO DE SERVIDORES PÚBLICOS DE PASTO SALUD E.S.E

Demandado: PASTO SALUD E.S.E

Referencia: Nulidad Simple

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de esta Sección, me permito exponer las razones por las cuales suscribo la providencia del vocativo de la referencia con aclaración de voto.

1. Antecedentes

En el caso concreto, el Sindicato de Servidores Públicos de Pasto solicitó la nulidad de los Acuerdos 008 de 2009 por medio del cual se modifica la estructura interna de Pasto Salud E.S.E. y el 009 de 2009 que modifica la planta de personal de la referida empresa, ambos proferidos por la junta directiva de la Empresa Social del Estado E.S.E por cuanto consideró que los referidos actos administrativos habían sido proferidos sin competencia, falta de motivación, falsa motivación y desviación del poder.

En sentencia del 25 de julio de 2013, el Tribunal Administrativo de Nariño negó las pretensiones de la demanda dado que de acuerdo con el análisis llevado a cabo, determinó que ninguno de los cargos formulados tenía vocación de prosperidad.

Contra la sentencia de primera instancia, la parte actora presentó recurso de apelación, en el que insistió en la totalidad de los cargos esbozados en la demanda sin que allí se hubiera podido avizorar argumentos o situaciones novedosas o sobrevinientes a las previamente relatadas, por lo que solicita la revocatoria de la misma y que se acceda a sus pretensiones.

2. Decisión

En la providencia que suscribo con aclaración de voto se revocó parcialmente la sentencia de primera instancia, en tanto la Sección encontró que la junta directiva de la Pasto Salud E.S.E. carecía de competencia para proferir el Acuerdo 008 de

2009 toda vez que de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 1876 de 1994¹⁹ para llevar a cabo modificaciones en la estructura interna de la E.S.E. era necesario contar con la aprobación del Concejo Municipal, órgano competente para crear la entidad y para convalidar las modificaciones en la estructura interna propuestas por la junta directiva.

De suerte que, al encontrar que la junta directiva no solicitó la aprobación del Consejo Municipal para la expedición del Acuerdo 008 de 2009, la Sala declaró la nulidad del mismo.

En relación con el Acuerdo 009 de 2009, la Sala observó que aunque se presenta el fenómeno de decaimiento de los actos administrativos respecto de su eficacia, en consideración a que el fundamento de éste era Acuerdo 008 de 2009, declarado nulo, el referido acto administrativo supera el estudio de legalidad en tanto la junta directiva es competente para modificar la planta de personal de la E.S.E., con base en lo previsto en el Decreto 1876 de 1994.

Así mismo, se estudiaron los demás cargos propuestos frente al Acuerdo 009 de 2009 para concluir que, con base en las pruebas obrantes en el expediente ninguno de estos tenía vocación de prosperidad y por tal motivo se denegó la pretensión de nulidad respecto de este Acuerdo.

3. Razones de la aclaración de voto

Comparto plenamente la decisión de la Sala en tanto la sentencia del vocativo determinó que el Acuerdo 008 de 2009 debía declararse nulo por cuanto quedó demostrado en el plenario que el acuerdo fue expedido sin competencia, vicio que afecta la expedición del acto administrativo y por ello resultaba procedente la nulidad decretada.

No obstante, considero que la providencia obvió pronunciarse sobre los efectos que debe dársele a la declaratoria de nulidad del acto administrativo, en consideración a que en el ordenamiento jurídico no existe una norma que de manera expresa determine dichos efectos y por tal motivo ante el silencio del legislador le corresponde al juez de lo contencioso administrativo fijarlos en cada caso concreto y definir de forma clara si éstos son *ex tunc* o *ex nunc*²⁰.

Para el caso que nos ocupa, es un hecho cierto que el Acuerdo 008 de 2009 nació a la vida jurídica y produjo efectos jurídicos pues, a través de éste se modificó la estructura interna de la Empresa Social del Estado Pasto Salud E.S.E. y, posteriormente, con base en el referido acuerdo se modificó la planta de personal de la misma entidad por medio del Acuerdo 009 de 2009.

De este modo, no pueden confundirse las nociones de existencia, validez y eficacia del acto administrativo, toda vez que no puede desconocerse que estos

¹⁹ Lo anterior, en concordancia con lo previsto en la Ley 100 de 1993 y la Ley 489 de 1998

²⁰ Sobre este punto, se precisa que el juez también está facultado para modular los efectos de la declaratoria de nulidad si de acuerdo con el estudio y análisis del caso concreto se evidencia esta necesidad.

producen efectos jurídicos hasta tanto se declare su nulidad por vía judicial, cuando se demuestre que su expedición se realizó de manera irregular y en consecuencia adolece de una causal de nulidad que produce su retiro definitivo del ordenamiento jurídico.

Al respecto, vale la pena resaltar que por regla general los actos administrativos producen efectos jurídicos, salvo que por circunstancias específicas y especiales de cada caso en concreto pueda deducirse lo contrario, tal y como ocurrió en el presente caso, motivo por el cual era esencial precisar tanto en la parte motiva como en la resolutive del fallo que los efectos de la declaratoria de nulidad en este trámite son hacia el futuro –*ex nunc*-²¹ de modo que, con absoluta claridad, se indicara que deben respetarse las situaciones jurídicas que se hayan consolidado hasta antes de la declaratoria de nulidad del Acuerdo 008 de 2009.

En este sentido, se resalta el pronunciamiento producido por esta misma sección en providencia del 6 de octubre de 2011²² en la que, entre otros aspectos, se modularon los efectos de la declaratoria de nulidad:

“Con ocasión de la nulidad diferida que habrá de decretarse, y con el fin de evitar que la Organización Electoral quede acéfala en época electoral, los actuales magistrados del CNE seguirán fungiendo como tales para todos los efectos legales, máximo hasta el quince (15) de diciembre de dos mil once (2011), momento para el cual el Congreso de la República deberá haber cumplido con las órdenes impartidas en la parte resolutive de esta providencia. Por primera vez en materia electoral, se fija un alcance diferido a la eficacia de la Sentencia con argumentos que superan la discusión tradicional de la retroactividad como condición necesaria de la nulidad y que introducen la evaluación de las consecuencias de la decisión en el caso concreto”

Finalmente, también considero pertinente mencionar que en el evento en que el operador judicial guarde silencio frente a los efectos de la declaratoria de nulidad éstos habrán de entenderse hacia el futuro –*ex nunc*- justamente para respetar la garantía de las situaciones jurídicas que se hayan consolidado hasta antes de la declaratoria.

En los anteriores términos presento mi aclaración de voto.

Fecha up supra,

²¹ Así lo ha manifestado esta Corporación en varios casos. Por citar algunos ejemplos. (i) Sección Segunda, sentencia del 31 de mayo de 1994, Exp. 7245; (ii) Sección Primera, sentencia del 22 de noviembre de 2001, Exp. 25000232400019977236001 (6572); (iii) Sección Cuarta, sentencia del 4 de junio de 2009 Exp. 08001233100020020064001 (16085); (iv) Sección Cuarta, sentencia del 4 de junio de 2009 Exp. 0800123310002002 0097501 (16086); (v) Sección Cuarta, sentencia del 23 de febrero de 2011 Exp. 76001233100020050219201 (17139); (vi) Sección Cuarta, sentencia del 13 de junio de 2011 Exp. 25000232700020080018701 (17782); (vii) Sección Cuarta, sentencia del 16 de junio de 2011 Exp. 25000232700020080018601 (17922); (viii) Sección Cuarta, sentencia del 21 de julio de 2011, Exp. 11001032700020070000500 (16356).

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 6 de octubre de 2011, C.P Alberto Yepes Barreiro, radicación número: 11001-03-28-000-2010-00120-00 (2010-00120).

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado



SC5780-6-1



GP059-6-1

