

EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO- Regulación legal. Naturaleza Jurídica

Teniendo en cuenta que el servicio de salud en todo el territorio nacional es prestado por las Empresas Sociales del Estado, como entidades descentralizadas por servicios, debe decirse que dichas empresas hacen parte de los distintos niveles de la administración, esto es, nacional o territorial. En efecto, se infiere de los artículos 194 de la Ley 100 de 1993 y 68 de la Ley 489 de 1998, antes transcritos, que son Empresas Sociales del Estado del orden nacional las creadas por el Congreso de la República y, en su defecto, del orden territorial las establecidas por las Asambleas departamentales o los Concejos municipales, respectivamente, con clara autonomía administrativa en la forma de organizarse.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993- ARTICULO 194/ DECRETO 1876 DE 1994- ARTICULO 5 / LEY 489 DE 1998- ARTICULO 687CONSTITUCION POLITICA- ARTICULO 210

PLANTA DE PERSONAL DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO – Modificación. Competencia de la Junta Directiva de la entidad y no del Consejo Municipal. Inaplicación del artículo 10 del Acuerdo No. 031

Las Empresas Sociales del Estado cuentan con la autonomía y capacidad de dirección, en los términos del artículo 5 del Decreto 1876 de 1994, necesaria para darse su propia organización, esto mediante el establecimiento de sus plantas de personal y adoptando sus manuales de funciones y reglamentos, entre otros aspectos, lo que en el caso bajo examen se concretó mediante la expedición de la Resolución No. 0057 de 28 de febrero de 2000, por la cual, el Gerente de la Empresa Social del Estado, Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, teniendo en cuenta las facultades conferidas previamente por la Junta Directiva, modificó la planta de personal de la citada Empresa Social del Estado. Estima la Sala como acertada la decisión del Tribunal, en el caso concreto, en cuanto inaplicó por vía de excepción el literal p, del artículo 10 del Acuerdo No. 031 de 30 de julio de 1997 toda vez que, como quedó visto el Gerente y la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado, Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, contaban con la autonomía y capacidad de dirección suficientes, en los términos del artículo 5 del Decreto 1876 de 1994, para presentar el proyecto de modificación de su planta de personal y decidir su aprobación o improbación, respectivamente, sin la intervención del Concejo municipal de Bucaramanga dado que, su competencia se circunscribía a la creación y fijación de su estructura básica, esto es, únicamente a la definición de su naturaleza jurídica, la sede, integración de su patrimonio, denominación, y señalamiento de los órganos superiores de dirección y administración.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1876 DE 1991 – ARTICULO 5 / DECRETO 1876 DE 1991 – ARTICULO 11 / DECRETO 1876 DE 1991 – ARTICULO 4

SUPRESION DE CARGO DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD – Facultad discrecional

El nombramiento en provisionalidad no le confiere al empleado de que se trate un fuero de estabilidad, hasta tanto la administración pueda designar en propiedad su reemplazo dirá la Sala, para el caso concreto, que la Empresa Social del Estado, Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, bien podía dar por terminado los nombramientos en provisionalidad existentes en su planta de personal, de acuerdo con lo dispuestos en la Ley 443 de 1998 y el Decreto reglamentario 1572 de 1998, vigentes al momento en que fueron expedidos los actos mediante los

cuales se reestructuró su planta de personal y, en consecuencia, se dispuso el retiro del servicio de la demandante por supresión del cargo pese su condición de provisional.

FUENTE FORMAL: LEY 443 DE 1998 / DECRETO 1572 DE 1998

PROTECCION ESPECIAL DE PERSONAS EN CONDICIONES DE DEBILIDAD MANIFESTA – Regulación legal / RETIRO DEL SERVICIO POR SUPRESION DE CARGO DE EMPLEADO PROVISIONAL EN TRAMITE DE RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ – Estabilidad reforzada / ACTO DE PROTECCION A LA ESTABILIDAD REFORZADA – Desconocimiento por la administración. Violación de la confianza legítima

Tanto la jurisprudencia constitucional como la contencioso administrativa han coincidido en afirmar que la administración dentro de los procesos de modernización o reestructuración, que impliquen ajustes en sus plantas de personal, deben diseñar programas dirigidos a proteger la estabilidad laboral reforzada de los trabajadores sujetos de especial protección del Estado, entre ellos quienes han visto afectada su capacidad laboral. En el caso concreto debe decirse que la Empresa Social del Estado, Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, no respetó la protección que ella misma había establecido a favor de la demandante, esto por cuanto dispuso su retiro del servicio mediante Oficio de 9 de junio de 2000, sin que a esa fecha a la señora Nidia Celmira Gama le hubiera sido definida su situación pensional por invalidez, tal como lo exigía el artículo 7 de la Resolución No. 0057 de 2000. En concreto estima la Sala, que la decisión de la administración de la Empresa Social de Estado, Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, no sólo situó a la demandante en una condición de absoluta desprotección e imposibilidad de contar con los recursos económicos necesarios para sufragar las necesidades propias y familiares sino que, también, violó el principio de la confianza legítima y respeto del acto propio, en tanto le hizo creer que gozaba de una especial protección en atención a su delicado estado de salud para luego, sin que mediara justificación alguna, dispusiera su retiro del servicio en forma absoluta, con el argumento de que había vencido el término de la incapacidad médica que venía disfrutando. Bajo las consideraciones que anteceden, estima la Sala que el Oficio de 9 de junio de 2000, por el cual se dispuso el retiro del servicio de la demandante adolece del vicio de falsa motivación toda vez que, sus fundamentos no corresponden a la situación real de la señora Nidia Celmira Gama en tanto su situación pensional a la fecha de retiro no le había sido definida.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 13 / LEY 361 DE 1997 / LEY 762 DE 2002 / CONVENIO 159 DE 1985 / RECOMENDACIÓN 99 DE 1955 / RECOMENDACIÓN 168 DE 1983

RETIRO DEL SERVICIO – Restablecimiento del derecho. Alcance

Así las cosas, y en atención a las especiales circunstancias que rodean a la señora Nidia Celmira Gama Piñeres estima la Sala que su reintegro al cargo de Auxiliar Administrativo, código 55005, de la Empresa Social del Estado, Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, únicamente se hará efectivo si a la fecha de ejecutoria de esta providencia su derecho pensional no le ha sido definido, y hasta tanto se defina, cuya permanencia en el cargo queda condicionada al reconocimiento de la pensión de invalidez y su inclusión efectiva en la nómina. En caso contrario, esto es, si a la fecha de ejecutoria de esta providencia a la demandante ya le hubiera sido reconocido su derecho pensional por invalidez,

sólo será procedente reconocerle los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde su retiro del servicio y hasta la fecha en que se hubiera producido dicho reconocimiento pensional e inclusión en nómina.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil once (2011)

Radicación número: 68001-23-31-000-2000-03063-01(1402-10)

Actor: NIDIA CELMIRA GAMA PIÑERES

Demandado: EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO INSTITUTO DE SALUD DE BUCARAMANGA

AUTORIDADES DEPARTAMENTALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia de 19 de noviembre de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander que negó las pretensiones de la demanda promovida por NIDIA CELMIRA GAMA PIÑERES contra la Empresa Social del Estado Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A., la señora Nidia Celmira Gama Piñeres solicitó por conducto de apoderado judicial, la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 0057 de 28 de febrero de 2000 suscrita por el Gerente de la Empresa Social del Estado Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, por la cual se modifica su planta de personal y se suprime el cargo de Auxiliar Administrativo, código 55005, que venía desempeñando la demandante.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se solicita, que se ordene a la Empresa Social del Estado Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, a reintegrar a la demandante al cargo que venía desempeñando, o a uno de igual o superior categoría, y reconocerle y pagarle todos los salarios, primas, vacaciones, bonificaciones, auxilios, subsidios y demás prestaciones sociales dejadas de percibir desde la fecha de su retiro efectivo del servicio hasta la de su reintegro.

Así mismo, que se declare para todos los efectos legales que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios a la entidad demandada. Y, que se ordene cumplir la sentencia en los términos señalados en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Los hechos de la demanda se resumen así:

La señora Nidia Celmira Gama Piñeres se vinculó a la Empresa Social del Estado Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, a partir del 8 de marzo de 1991 en el cargo de Auxiliar Contable, grado 5, de la División Administrativa.

Sostuvo que su vinculación fue a través de nombramiento provisional en tanto la citada Empresa Social del Estado no convocó a concurso de méritos para proveer en propiedad la totalidad de los empleos de carrera que hacían parte de su planta de personal.

El 28 de febrero de 2000 el Gerente de la Empresa Social del Estado Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, mediante Resolución No. 0057, dispuso la modificación de la planta de personal de la citada entidad prestadora de los servicios de salud, suprimiendo el cargo de Auxiliar Administrativo, código 55005, que venía desempeñando la demandante.

Manifestó que, la Resolución No. 0057 de 2000 en su artículo 7 mantuvo en forma transitoria, a favor de la demandante un cargo de Auxiliar Administrativo, código 55005, teniendo en cuenta su estado de salud, y hasta tanto se definiera el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez.

No obstante lo anterior, mediante oficio de 4 de junio de 2000 el Coordinador (e) del Grupo de Gestión del Talento Humano de la Empresa Social del Estado Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, le informó a la demandante que quedaba retirada del servicio, por la supresión del cargo que venía ocupando, teniendo en cuenta que su incapacidad médica había finalizado, sin considerar que su situación pensional no había sido definida.

Precisó que, el proyecto de modificación de la Empresa Social del Estado demandada no contó con la aprobación del Concejo Municipal de Bucaramanga lo que torna en irregular el referido proceso de reestructuración y en consecuencia el retiro del servicio de la señora Nidia Celmira Gama Piñeres.

Finalmente manifestó que, en la práctica lo que se dio en la Empresa Social del Estado Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, fue una supresión aparente de cargos en tanto las funciones que venían asignadas a la antigua planta de personal se conservaron mediante al suscripción de órdenes o contratos de prestación de servicio.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se citan como normas vulneradas las siguientes:

De la Constitución Política, los artículos 53, 287 y 315.

Del Código del Régimen Municipal, los artículos 288 y 289.

Del Código Contencioso Administrativo, los artículos 51, 84, 85, 176, 177 y 178.

Al explicar el concepto de violación se sostiene, que el acto administrativo singularizado en la demanda, resulta ilegal en tanto fue expedido sin la previa aprobación del Concejo Municipal de Bucaramanga, tal como lo ordenaba el Acuerdo Municipal No. 31 de 30 de julio de 1997.

Sostuvo que tal como lo preceptúa la Constitución Política la competencia para modificar la estructura y planta de personal de las Empresas Sociales del Estado está asignada de manera exclusiva a los respectivos alcaldes y concejos, municipales por lo que, en el caso concreto, la Junta directiva de la Empresa Social del Estado Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, se extralimitó al aprobar la modificación a su propia planta de personal.

Argumentó que, la entidad demandada no respetó la protección especial, prevista en el acto acusado, consistente en garantizar la permanencia de la señora Nidia Celmira Gama Piñeres en el cargo que venía desempeñando hasta tanto le fuera definido el reconocimiento de una pensión de invalidez.

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al proceso compareció la Empresa Social del Estado Hospital Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, para oponerse a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, con las siguientes razones (fls. 64 a 72, cuaderno No.1):

Se argumenta entre otros aspectos, que el nombramiento de la demandante en el cargo de Auxiliar Administrativo, código 55005, siempre tuvo el carácter de provisional en tanto, no fue posible convocar a concurso de méritos para proveerlo en propiedad, teniendo en cuenta la declaratoria parcial de inexequibilidad de la Ley 443 de 1998, en punto de las Comisiones Seccionales del Servicio Civil.

Sostuvo que, el eventual reconocimiento de una pensión de invalidez a favor de la señora Nidia Celmira Gama Piñeres está a cargo de la respectiva E.P.S. y/o A.R.P., en caso de que su incapacidad provenga de un accidente o enfermedad laboral, y no de la Empresa Social del Estado a la cual se encontraba vinculada.

Manifestó que, el proceso de reestructuración al que fue sometida la Empresa Social del Estado Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, estuvo orientado a reducir sus gastos de funcionamiento en razón a la difícil situación financiera por la que venía atravesando, la cual se hacía evidente en la ausencia de suministros y materiales de trabajo.

Indicó que, de acuerdo con la Ley 100 de 1993 las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado están facultadas para introducir modificaciones en sus plantas de personal razón por la cual, no es cierto como lo sostiene la parte demandante que la Empresa Social del Estado, Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, no podía modificar su planta de personal y, en consecuencia suprimir el empleo que venía ocupando la actora.

Precisó que, las únicas labores contratadas por la Empresa Social del Estado Instituto de Salud de Bucaramanga, con posterioridad al proceso de restructuración al que fue sometida su planta de personal, fueron las de vigilancia y celaduría toda vez que, tales actividades requieren un personal altamente calificado y dotado de armas y equipos con los que no contaba la citada Empresa Social del Estado.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Santander mediante sentencia de 19 de noviembre de 2009 negó las pretensiones de la demanda, con los siguientes argumentos (fls. 214 a 219, cuaderno No.1):

Manifestó que, el hecho de que el Concejo Municipal de Bucaramanga, mediante Acuerdo No. 031 de 1997, hubiera establecido que toda reforma introducida a la planta de personal de la Empresa Social del Estado Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, debía contar previamente con su aprobación, constituye una vulneración a los artículos 6 y 121 de la Constitución Política al arrogarse una competencia que no le corresponde.

Precisó que, es el Gerente de la Empresa Social del Estado Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, a quien le corresponde modificar la estructura y planta de personal del citado centro asistencial, previa autorización de su junta directiva y no del Concejo Municipal como lo sostiene la demandante.

Manifestó que, el proceso de restructuración al que fue sometido el Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, obedeció a las políticas de estabilidad financiera y racionalización del gasto establecidas por el Gobierno Nacional en el Plan Nacional de Desarrollo 1998 a 2000, y no a intereses políticos y ajenos al buen servicio como lo sugiere la parte demandante.

Argumentó que, tampoco está llamado a prosperar el argumento de la demandante según el cual las funciones existentes en la antigua planta de personal subsistente en la entidad, mediante la celebración de contratos de prestación de servicios, dado que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no es el mecanismo idóneo *“para demostrar la ilegalidad contractual, ni pueden servir estos contratos como prueba de una supresión simulada.”*

Finalmente, reiteró el Tribunal que la administración, en general, está facultada para crear, modificar, reorganizar y suprimir los cargos existentes en sus plantas de personal cuando las necesidades del servicio así lo impongan, sin que ello por sí solo implique una vulneración de los derechos y prerrogativas laborales de quienes puedan llegarse a ver afectados por tal medida.

RAZONES DE IMPUGNACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra el anterior proveído según consta de folios 231 a 248, cuaderno No.1):

En primer lugar, sostuvo que de acuerdo con el artículo 313 de la Constitución Política le corresponde a los concejos municipales reglamentar la eficiente prestación de los servicios públicos a cargo del respectivo municipio lo que para el caso concreto se traduce en la creación, modificación y supresión de las Empresas Sociales del Estado y sus plantas de personal.

Bajo este supuesto, manifestó que era necesario que el Concejo Municipal de Bucaramanga hubiera autorizado, previamente a la expedición del acto acusado, el proceso de reestructuración que se adelantó al interior de la Empresa Social del Estado Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, según lo previsto en el Acuerdo municipal No. 031 de 1997.

Insistió en que, el hecho de que el Concejo de Bucaramanga hubiera creado la Empresa Social del Estado Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, le confería la facultad de asignarle las funciones a su junta directiva, entre ellas la de modificar su planta de personal, previo su conocimiento y aprobación.

Manifestó que, teniendo en cuenta que el cargo que venía desempeñando la demandante hacía parte del sistema de la carrera administrativa, y que su nombramiento tenía el carácter de provisional, su retiro del servicio únicamente podía darse al momento en que la administración del ente demandado hubiera designado su reemplazo en propiedad, esto es, producto de un proceso de selección por méritos.

Incluso sostuvo que, dada la precaria condición de salud de la demandante, al momento de la supresión de su cargo, su retiro del servicio no podía efectuarse hasta tanto le hubiera sido definida su situación pensional, tal como lo estableció el artículo 7 de la Resolución No. 057 de 2000.

CONSIDERACIONES

Como no se observa causal que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes consideraciones.

Problemas jurídicos por resolver

Corresponde a la Sala definir, en primer lugar, si el Concejo Municipal de Bucaramanga cuenta con la competencia constitucional y legal para aprobar la reforma de la planta de personal de la Empresa Social del Estado, Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU.

Y, en segundo lugar, si el retiro definitivo del servicio de la demandante respetó la protección especial prevista en la Resolución No. 0057 de 28 de febrero de 2000, esto es, que el mismo sólo podía darse al momento en que le fuera definida su situación pensional por invalidez.

Análisis de la Sala

I. Hechos probados

El Concejo de Bucaramanga, mediante Acuerdo No. 031 de 30 de julio de 1997 dispuso la transformación del establecimiento público Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, en Empresa Social del Estado del orden municipal (fls. 31 a 39, cuaderno No.1).

La Junta Directiva de la Empresa Social del Estado, Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, a través del Acuerdo No. 00004 de 3 de febrero de 2000 facultó al Gerente de dicha institución asistencial para que reformara su planta de personal, de acuerdo con lo previsto en el estudio técnico de ajuste institucional (fls. 164 a 165, cuaderno No.1).

El 28 de febrero de 2000 el Gerente de la Empresa Social del Estado Instituto de Salud de Bucaramanga, en uso de las facultades conferidas por la Junta Directiva de dicha entidad, mediante Resolución No. 0057, suprimió varios cargos existentes en su planta de personal, entre ellos el de Auxiliar Administrativo, código 55005, que venía desempeñando la demandante (fls. 188 a 190, cuaderno No.1).

El 9 de junio de 2000 el Coordinador (e) del Grupo de Gestión de Talento Humano de la Empresa Social del Estado Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, le informó a la demandante que *“El estudio técnico realizado por la Universidad Industrial de Santander concluyó que se debía suprimir el empleo de Auxiliar de Administración, que usted desempeña en la entidad con nombramiento provisional, supresión que se hace efectiva de acuerdo con la resolución No. 00000057 de febrero de 28 de 2000. Pero teniendo en cuenta que usted se encuentra en incapacidad médica, su cargo siguió transitoriamente hasta el día 4 de junio fecha en que se terminó su incapacidad (...).”* (fl. 2, cuaderno No.1)

II. De la proposición jurídica en el caso concreto

Sobre el particular, estima la Sala que teniendo en cuenta el concepto de violación de la demanda, y el recurso de apelación, son dos los actos administrativos en los cuales se concretan los cargos formulados por la demandante, esto es, la Resolución No. 0057 de 2000, en lo relacionado con la competencia del Concejo Municipal de Bucaramanga para aprobar la planta de personal de la Empresa Social del Estado, Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, y el Oficio de 9 de junio de 2000, en cuanto a la protección especial que la Resolución No. 0057 de 2000 establecía a su favor, esto al condicionarse su retiro del servicio al hecho de que se le definiera el reconocimiento de una pensión de invalidez.

No obstante lo anterior, debe decirse que la señora Nidia Celmira Gama Piñeres, en el caso concreto, no solicitó la nulidad del Oficio de 9 de junio 2000 lo que, en principio, constituye un vicio de forma que tornaría en inepta la demanda, dando lugar a un pronunciamiento inhibitorio.

Sin embargo, para la Sala resulta evidente que los actos administrativos que de manera conjunta individualizaron la situación particular de la demandante, frente al proceso de reestructuración al que fue sometida la Empresa Social del Estado, Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, lo fue de una parte la Resolución No. 0057 de 2000, en tanto dispuso la supresión de un número de cargos, entre ellos el de Auxiliar Administrativo, código 55005, al tiempo que estableció una protección especial a su favor, y el Oficio de 9 de junio de 2000, suscrito por el Coordinador del Grupo de Gestión del Talento Humano, de la citada Empresa Social del Estado mediante el cual se dispuso su retiro definitivo del servicio, sin consideración a su estado de salud.

En efecto, el hecho de que, como quedó visto, la Resolución No. 0057 de 2000 estableciera una protección especial a favor de la actora, la cual sólo se da por terminada mediante el Oficio de 9 de junio de 2000, le permite afirmar a la Sala que los referidos actos constituyen una unidad inescindible que obliga al estudio de su legalidad de manera conjunta, aún cuando la demandante no hubiera solicitado la nulidad del referido oficio en la presente demanda.

Así las cosas, debe concluirse que la voluntad de la administración en cuanto a la protección establecida a favor de la demandante, y su posterior retiro del servicio, está contenida tanto en la Resolución No. 0057 como en el Oficio de 9 de junio de 2000 lo que obliga a la Sala a considerar de manera simultánea la legalidad de ambos actos administrativos, de acuerdo con los cargos propuestos por la parte demandante en el concepto de violación de la demanda y el recurso de apelación, lo anterior con el fin de evitar un pronunciamiento inhibitorio, que atente contra su derecho fundamental de acceso a la administración de justicia.

III. De las Empresas Sociales del Estado.

Sobre el particular, debe decirse que, el constituyente de 1991 le atribuye al Estado la facultad para organizar y establecer las condiciones en que debe prestarse el servicio público de salud, siempre con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, y en los términos establecidos por la ley².

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

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

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

De acuerdo con el precepto constitucional en cita, puede decirse que resulta innegable la potestad con que cuenta legislador para configurar el diseño y la estructura del servicio público en salud lo anterior, en virtud del especial significado que adquiere el derecho y servicio público fundamental a la salud en el Estado Social de Derecho³.

Al respecto, los artículos 150 y 152 de la Constitución Política le confieren al Congreso de la República la facultad para expedir leyes que regulen la prestación de los servicios públicos y, adicionalmente, todo lo relacionado con los derechos y deberes fundamentales de los asociados, entre los que sin duda alguna se encuentra la salud. Para mayor ilustración se transcriben los artículos en cita:

“ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...)

23. Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos. (...).”.

ARTICULO 152. Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias:

a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección. (...).”.

Teniendo en cuenta lo anterior, el legislador mediante la Ley 100 de 1993, por la cual se crea el Sistema General de Seguridad Social Integral, en su artículo 194 dispuso que los servicios de salud en todo el territorio nacional serían prestados en forma directa por la Nación o las entidades territoriales, a través de las Empresas Sociales del Estado, entendidas éstas como una categoría especial de entidades descentralizadas por servicios, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, de origen o creación legal.

Así se lee en el citado artículo 194 de la Ley 100 de 1993:

“ARTÍCULO 194. NATURALEZA. La prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado, que

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

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

constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo.”.

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

Para mayor ilustración se transcribe el artículo 5 del Decreto 1876 de 1994:

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

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

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

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

En este mismo sentido, la Ley 489 de 1998 por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, en su artículo 68 no sólo reitera el carácter de entidades descentralizadas por servicios, de que gozan las Empresas Sociales del Estado del orden nacional, sino que también lo hace extensivo a las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial, en virtud de lo dispuesto por el artículo 210⁵ de la Constitución Política.

Para mayor ilustración se transcribe el artículo 68 de la Ley 489 de 1998:

“ARTICULO 68. ENTIDADES DESCENTRALIZADAS.

Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las **empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, **autonomía administrativa** y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.**

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

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

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

Bajo estos supuestos, y teniendo en cuenta que el servicio de salud en todo el territorio nacional es prestado por las Empresas Sociales del Estado, como

⁵ *“ARTICULO 210. Las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios sólo pueden ser creadas por ley o por autorización de ésta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa. Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley. La ley establecerá el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes.”.*

entidades descentralizadas por servicios, debe decirse que dichas empresas hacen parte de los distintos niveles de la administración, esto es, nacional o territorial. En efecto, se infiere de los artículos 194 de la Ley 100 de 1993 y 68 de la Ley 489 de 1998, antes transcritos, que son Empresas Sociales del Estado del orden nacional las creadas por el Congreso de la República y, en su defecto, del orden territorial las establecidas por las Asambleas departamentales o los Concejos municipales, respectivamente, con clara autonomía administrativa en la forma de organizarse.

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

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

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

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

- 1. Expedir, adicionar y reformar el Estatuto Interno.*
- 2. 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 de la respectiva Entidad Territorial para la designación del Director o Gerente. (...).”.*

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

Bajo estos supuestos, advierte la Sala que es al Gerente y a la Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado a quienes en virtud de la autonomía que les confiere su propia dirección, en los términos del artículo 4, 5 y 11 del Decreto 1876 de 1994 a quienes le está dada la competencia para reformar sus respectivas plantas de personal.

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

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

Sobre este particular, la Sala no pasa por alto la facultad con que cuentan las corporaciones administrativas en el ámbito territorial para la creación, transformación y categorización de las Empresas Sociales del Estado. Sin embargo, debe decirse, que el ejercicio de la referida facultad se circunscribe a la adopción de lo que la jurisprudencia de esta Corporación⁶ ha denominado estatutos orgánicos, esto es, *“los conformados por las normas de categoría legal que crean, autorizan la creación o reforman cada entidad descentralizada. [que] Para las entidades de los órdenes departamentales y municipales, estos estatutos están contenidos en las ordenanzas o acuerdos (...)”* esto, en plena concordancia con lo dispuesto por el Artículo 5 del Decreto 1876 de 1994 en cuanto le atribuye a las corporaciones administrativas la facultad únicamente de *“crear o establecer Empresas Sociales del Estado.”*

Lo anterior, a diferencia de las normas internas, también conocidos como estatutos internos, adoptadas por la Junta Directiva en cuanto regulan lo concerniente a la organización y funcionamiento de las entidades descentralizadas, dentro de lo que cabe todo lo relacionados con la modificación y aprobación de sus plantas de personal.

Teniendo en cuenta lo anterior, advierte la Sala que en el caso concreto el Concejo municipal de Bucaramanga mediante Acuerdo No. 031 de 30 de julio de 1997 dispuso la Transformación del Instituto de Salud del Municipio de Bucaramanga en una Empresa Social del Estado.

Y, de manera particular, en el artículo 10 del citado Acuerdo fijó las funciones de la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado, Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 9 del Decreto 1876 de 1994, en los siguientes términos:

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 17 de septiembre de 1993 M.P. Libardo Rodríguez.

Artículo 10o. *Funciones de la Junta Directiva.- de conformidad con el artículo 11 del Decreto 1876 de 1994, la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado Instituto de Salud de Bucaramanga, tendrá las siguientes funciones:*

- a. Expedir, adicionar y reformar el Estatuto de la empresa.*
- b. Discutir y aprobar los Planes de Desarrollo de la empresa.*
- c. Aprobar los Planes Operativos Anuales.*
- d. Analizar y aprobar el proyecto de presupuesto anual y las operaciones presupuestales de crédito de la empresa, de acuerdo con el plan de desarrollo y el plan operativo para la vigencia.*
- e. 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 diversos órdenes.*
- f. Aprobar el proyecto de la planta de personal y las modificaciones a la misma, para su posterior adopción por el gerente de la empresa***
- g. Aprobar los Manuales de Funciones y Procedimientos, para su posterior adopción por el gerente de la empresa.*
- h. Establecer y modificar el Reglamento Interno de la empresa.*
- i. Autorizar al gerente de la empresa la celebración o suscripción de los contratos a través de los cuales la empresa adquiera o suministre bienes y servicios.*
- j. 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.*
- k. Supervisar el cumplimiento de los planes y programas definidos para la empresa.*
- l. 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.*
- m. Asesorar al Gerente en los aspectos que éste considere pertinente o en los asuntos que a juicio de la Junta lo ameriten.*
- n. 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.*
- ñ. Elaborar terna para la designación del responsable de la Unidad de Control Interno.*
- o. Designar el revisor fiscal y fijar sus honorarios, cuando el presupuesto de la institución lo exija, de conformidad con el artículo 22 del Decreto 1876 de 1994.*
- p. Aprobar el proyecto planta de personal y las modificaciones a la misma para su posterior adopción, previa aprobación del Honorable Concejo de (sic) Municipal.***
- q. Elaborar terna de candidatos y presentarla al jefe de la respectiva entidad territorial para la designación del director o gerente de la empresa. (...).”*

De la transcripción parcial del Acuerdo No. 031 de 30 de julio de 1997 resulta evidente que el Concejo Municipal de Bucaramanga le atribuyó a la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado, Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, la facultad de aprobar los proyectos de planta de personal y sus modificaciones, condicionado al hecho de que previamente debía contar con la aprobación de la referida Corporación administrativa. Sin embargo, estima la Sala que tal condicionamiento, en primer lugar, constituye una abierta contradicción con lo dispuesto en el literal f, del citado Acuerdo en el cual, se le atribuye única y exclusivamente a la junta Directiva y al Gerente de la referida Empresa Social del Estado la competencia para la aprobación y adopción de la planta de personal y sus modificaciones y, en segundo lugar, no sólo excede los límites impuestos por el artículo 5 del Decreto 1876 de 1994 a las corporaciones administrativas, en cuanto únicamente están facultadas para la creación, transformación o categorización de las Empresas Sociales del Estado sino que, también desconoce **la autonomía y capacidad de dirección** que la misma norma les confiere a dichas entidades descentralizadas para darse su propia organización, en punto del elemento humano que requieren para la prestación de sus servicios.

De acuerdo con el artículo 50⁷ de la Ley 489 de 1998, los actos de creación de las entidades descentralizadas, expedidos en el ámbito territorial por las Asambleas departamentales y los Concejos Municipales, deberán determinar únicamente sus objetivos y estructura orgánica, entendida esta última como la definición de su naturaleza jurídica, la sede, integración de su patrimonio, denominación, y señalamiento de los órganos superiores de dirección y administración.

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

⁷ "ARTICULO 50. CONTENIDO DE LOS ACTOS DE CREACION. La ley que disponga la creación de un organismo o entidad administrativa deberá determinar sus objetivos y estructura orgánica, así mismo determinará el soporte presupuestal de conformidad con los lineamientos fiscales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

La estructura orgánica de un organismo o entidad administrativa comprende la determinación de los siguientes aspectos:

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."

sus Juntas Directivas y a sus Gerente en ejercicio de la autonomía y capacidad de dirección, previstas en el artículo 5 del Decreto 1876 de 1994.

Lo anterior toda vez que, estando atribuida a las juntas directivas y a los gerentes de las Empresas Sociales del Estado la función de aprobación y adopción de los manuales de funciones y procedimientos, así como de sus reglamentos, según el artículo el artículo 11 del Decreto 1876 de 1994, resulta coherente que sean estos órganos de dirección los que intervengan en la adopción o modificación de la planta de personal, dada la estrecha e inescindible relación que existe en los fundamentos de los actos administrativos mediante los cuales se adopta tanto la planta de personal como el manual de funciones de una Empresa Social del Estado.

Una interpretación en contrario, llevaría al extremo de contar al interior de las Empresas Sociales del Estado con manuales específicos de funciones en los cuales no se vea reflejada la verdadera estructura de sus plantas de personal, lo que naturalmente incidiría de manera negativa en la prestación del servicio público de la salud.

Sobre el particular, esta Sección en sentencia de 3 de agosto de 2006. Rad. 1774-2004. M.P. Jesús María Lemos Bustamante, tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto a la facultad que el Decreto 1876 de 1994, le confería a la Junta Directiva de una Empresa Social del Estado, del nivel territorial, esto es, el Hospital de Caldas, para efectuar la modificación de su propia planta de personal, así:

“(...) De acuerdo con lo precedentemente reseñado, la Junta Directiva del Hospital de Caldas E.S.E. se encontraba plenamente facultada para efectuar la modificación de la planta de personal contenida en el acto atacado, Acuerdo H-011 del 25 de julio de 2000, de acuerdo con la preceptiva del artículo 11, numeral 6 del Decreto 1876 de 1994 ya citado, basándose para ello en los planes de evaluación y seguimientos y estudios técnicos que obran de folios 232 a 364 del Cuaderno Principal y en el Convenio de desempeño No. 000429 de 22 de diciembre de 1999.

La necesidad de supresión del cargo de terapeuta desempeñado por la demandante se encuentra justificada con el estudio técnico que obra de folios de 232 a 364 del cuaderno principal. Obra también en el plenario (fls. 171 a 186 del cuaderno principal) el convenio de desempeño celebrado el 22 de diciembre de 1999 entre el Ministerio de Salud, el Departamento de Caldas, la Dirección Seccional de Salud de Caldas, el Municipio de Manizales y el Hospital de Caldas, con el fin de fijar los términos y condiciones bajo las cuales dichas entidades

concurrer para adelantar las acciones de mejoramiento y fortalecimiento de la gestión del Hospital de Caldas E.S.E. (...)

Así las cosas, advierte la Sala que, tal y como quedó visto las Empresas Sociales del Estado cuentan con la **autonomía y capacidad de dirección**, en los términos del artículo 5 del Decreto 1876 de 1994, necesaria para darse su propia organización, esto mediante el establecimiento de sus plantas de personal y adoptando sus manuales de funciones y reglamentos, entre otros aspectos, lo que en el caso bajo examen se concretó mediante la expedición de la Resolución No. 0057 de 28 de febrero de 2000, por la cual, el Gerente de la Empresa Social del Estado, Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, teniendo en cuenta las facultades conferidas previamente por la Junta Directiva, modificó la planta de personal de la citada Empresa Social del Estado.

Así se lee en la parte motiva de la citada Resolución No. 0057 de 28 de febrero de 2000 (fls. 188 a 190):

“Que el Plan Nacional de Desarrollo para la vigencia de 1998 al 2000 plantea como estrategia de trabajo para lograr la estabilidad financiera y la eficiencia en las Empresas Sociales del Estado: Reestructurar las plantas de personal, flexibilizar su sistema de contratación, mejorar su gestión, garantizar la solvencia de su sistema de referencia y contrarreferencia y adecuar los servicios que se prestan de tal manera que se garantice su sostenibilidad y sea competitivas.

Que la División de Asesorías y Servicios Especializados de la Universidad Industrial de Santander, con el apoyo del equipo interdisciplinario de personal de la E.S.E., ISABU, y la dirección de Mejoramiento de Servicios de Salud del Ministerio de Salud realizó un estudio técnico de ajuste institucional de la entidad, incluyendo el análisis de los procesos técnicos, misionales y de apoyo, evaluación de las funciones asignadas, perfiles y cargas de trabajo de los diferentes empleos de la entidad, concluyendo que la planta de personal de la E.S.E. ISABU se encuentra sobredimensionada y recomendando reestructurar la planta de personal, modificación de funciones, flexibilizar su sistema de contratación, racionalización del gasto público y adecuar los servicios que presta de tal manera que mejoren los niveles de eficacia, eficiencia, economía y celeridad y garantice su sostenibilidad y competitividad dentro del sistema general de seguridad social en salud.

Que mediante acuerdo No. 0004 aprobado en junta directiva de la E.S.E. ISABU realizada el 3 de febrero de 2000 se aprobó el estudio técnico institucional de la Empresa Social IASBU realizado por la División de Asesoría y Servicios Especializados de la Universidad Industrial de Santander y se facultó al gerente de la entidad para implementar y ejecutar dicho plan, expedir los actos administrativos

necesarios de reforma de planta de personal y efectuar las operaciones presupuestales necesarias.

Que se hace necesario adecuar la planta de cargos de la ESE, ISABU, para que responda a las exigencias del proceso de racionalización del gasto y el logro de los principios rectores de la administración Pública. (...).”.

De acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial que antecede, estima la Sala como acertada la decisión del Tribunal, en el caso concreto, en cuanto inaplicó por vía de excepción el literal p, del artículo 10 del Acuerdo No. 031 de 30 de julio de 1997 toda vez que, como quedó visto el Gerente y la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado, Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, contaban con la **autonomía y capacidad de dirección** suficientes, en los términos del artículo 5 del Decreto 1876 de 1994, para presentar el proyecto de modificación de su planta de personal y decidir su aprobación o improbación, respectivamente, sin la intervención del Concejo municipal de Bucaramanga dado que, su competencia se circunscribía a la creación y fijación de su estructura básica, esto es, únicamente a la definición de su naturaleza jurídica, la sede, integración de su patrimonio, denominación, y señalamiento de los órganos superiores de dirección y administración.

Así las cosas, estima la Sala que los razonamientos expuestos en precedencia son suficientes para desestimar el argumento de la parte demandante según el cual, el proceso de restructuración de la Empresa Social del Estado Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, debió contar con la aprobación del Concejo municipal de Bucaramanga para su perfeccionamiento, razón por la cual se negará la pretensión de nulidad de la Resolución No. 0057 de 28 de febrero de 2000.

IV. De la permanencia de la demandante en el empleo de Auxiliar Administrativo, código 55005, hasta tanto fuera provisto en propiedad.

En relación con el argumento de la demandante según el cual la Empresa Social del Estado, Instituto de Salud de Bucaramanga, no podía dar por terminado su nombramiento provisional, como Auxiliar Administrativo, código 55005, hasta tanto su reemplazo fuera designado en propiedad, producto de un proceso de selección por méritos, dirá la Sala que, el empleado nombrado en provisionalidad ostenta una posición diferente de la del vinculado y escalafonado en la carrera, por

no haber accedido al cargo mediante concurso. Así las cosas, el hecho de que el cargo que viene desempeñando un empleado vinculado provisionalmente no haya podido ser provisto en propiedad, no enerva la facultad discrecional con que cuenta la administración para disponer su retiro por motivos que, como quedó visto, se presumen en procura del buen servicio, esto de acuerdo con la Ley 443 de 1998 vigente al momento de expedirse el acto administrativo demandado en el caso concreto.

Una interpretación distinta llevaría al extremo de que, la administración, incluso frente a actos de indisciplina que afecten gravemente la prestación del servicio no podría retirar al empleado nombrado en provisionalidad, hasta tanto fuera posible designar su reemplazo en propiedad.

Sobre el particular, esta Sección en sentencia de 15 de febrero de 2007. Rad. 1469-2004. M.P. Jesús María Lemos Bustamante sostuvo, que:

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

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

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

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

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

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

Bajo estos supuestos, y teniendo en cuenta, como quedó visto, que el nombramiento en provisionalidad no le confiere al empleado de que se trate un fuero de estabilidad, hasta tanto la administración pueda designar en propiedad su reemplazo dirá la Sala, para el caso concreto, que la Empresa Social del Estado, Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, bien podía dar por terminado los nombramientos en provisionalidad existentes en su planta de personal, de acuerdo con lo dispuestos en la Ley 443 de 1998 y el Decreto reglamentario 1572 de 1998, vigentes al momento en que fueron expedidos los actos mediante los cuales se reestructuró su planta de personal y, en consecuencia, se dispuso el retiro del servicio de la demandante por supresión del cargo pese su condición de provisional.

Así las cosas el cargo propuesto por la demandante, en el recurso de apelación según el cual su retiro del servicio únicamente podía darse cuando el empleo que venía ocupando fuera provisto en propiedad, no está llamado a prosperar.

No obstante lo anterior, y pese estar probado que la vinculación de la demandante tenía el carácter de provisional, lo cual no le generaba un fuero de estabilidad en relación con el empleo de Auxiliar Administrativo, código 55005, que venía desempeñando, la Sala entrará a estudiar la legalidad del acto administrativo mediante el cual se concretó su retiro del servicio en consideración a su especial condición de salud, y a la protección establecida a su favor por la misma Empresa Social del Estado, Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, en el artículo 7 de la Resolución No. 0057 de 2000.

V. De la protección especial prevista a favor de la demandante en la Resolución No. 0057 de 28 de febrero de 2000.

Sostiene la señora Nidia Celmira Gama Piñeres que su retiro del servicio por supresión del cargo que venía desempeñando estaba condicionado a la definición de su derecho pensional de invalidez toda vez que, su estado de salud se había visto disminuido gravemente.

Precisó que, en el momento en que se adelantó el citado proceso de reestructuración se encontraba disfrutando de una incapacidad médica, como lo reconoce la misma entidad demandada en el oficio de 9 de junio de 2000, dando cuenta de su precario estado de salud lo que, a su juicio, imposibilitaba su retiro del servicio.

En relación con este argumento, observa la Sala que mediante Resolución No. 0057 de 28 de febrero de 2000 el Gerente de la Empresa Social del Estado, Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, ordenó la modificación de la planta de personal de dicha institución, suprimiendo varios cargos entre ellos el de Auxiliar Administrativo, código 55005, que venía desempeñando la demandante. Sin embargo, debe anotarse que el artículo 7 de la citada Resolución dispuso transitoriamente la permanencia de un empleo de Auxiliar Administrativo, código 55005, *“por encontrarse su titular en incapacidad médica y hasta tanto se defina su pensión de invalidez.”*

Así se lee en la citada Resolución No. 0057 de 2000 (fls. 188 a 190):

“Que el Plan Nacional de Desarrollo para la vigencia de 1998 al 2000 plantea como estrategia de trabajo para lograr la estabilidad financiera y la eficiencia en las Empresas Sociales del Estado: Reestructurar las plantas de personal, flexibilizar su sistema de contratación, mejorar su gestión, garantizar la solvencia de su sistema de referencia y contrarreferencia y adecuar los servicios que se prestan de tal manera que se garantice su sostenibilidad y sea competitivas.

Que la División de Asesorías y Servicios Especializados de la Universidad Industrial de Santander, con el apoyo del equipo interdisciplinario de personal de la E.S.E., ISABU, y la dirección de Mejoramiento de Servicios de Salud del Ministerio de Salud realizó un estudio técnico de ajuste institucional de la entidad, incluyendo el análisis de los procesos técnicos, misionales y de apoyo, evaluación de las funciones asignadas, perfiles y cargas de trabajo de los diferentes empleos de la entidad, concluyendo que la planta de personal de la E.S.E. ISABU se encuentra sobredimensionada y recomendando reestructurar la planta de personal, modificación de funciones, flexibilizar su sistema de contratación, racionalización del gasto público y adecuar los servicios que presta de tal manera que mejoren los niveles de eficacia, eficiencia, economía y celeridad y garantice su sostenibilidad y competitividad dentro del sistema general de seguridad social en salud.

Que mediante acuerdo No. 0004 aprobado en junta directiva de la E.S.E. ISABU realizada el 3 de febrero de 2000 se aprobó el estudio técnico institucional de la Empresa Social ISABU realizado por la

División de Asesoría y Servicios Especializados de la Universidad Industrial de Santander y se facultó al gerente de la entidad para implementar y ejecutar dicho plan, expedir los actos administrativos necesarios de reforma de planta de personal y efectuar las operaciones presupuestales necesarias.

Que se hace necesario adecuar la planta de cargos de la ESE, ISABU, para que responda a las exigencias del proceso de racionalización del gasto y el logro de los principios rectores de la administración Pública.

RESUELVE

ARTÍCULO 1. *Suprímense a partir del primero (1) de marzo de 2000, los siguientes empleos de la planta de personal de la E.S.E. ISABU:*
(...)

No.	Cargos	Denominación del empleo	Código -
Grado (...)			
Veintiuno	21	Auxiliar administrativo	
55005			
(...)			

ARTÍCULO 7. *Establecer un cargo transitorio de auxiliar administrativo 55005 dentro de la planta de personal por encontrarse su titular en incapacidad médica y hasta tanto se defina su pensión de invalidez. (...).”*

Sobre el particular, advierte la Sala que a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, se ha venido consolidando en el país un marco jurídico que determina los derechos de la población con discapacidad y al mismo tiempo las obligaciones del Estado y la sociedad para con ellos. En este sentido, se observa que el artículo 13 de la Constitución consagra una cláusula de protección especial en favor de las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

Para mayor ilustración se transcribe el artículo 13 de la Constitución Política:

“ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

Por su parte, el legislador se ha encargado de desarrollar dicha protección especial mediante la Ley 361 de 1997, por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación, y la Ley 762 de 2002, que aprueba la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.

En el ámbito internacional, la Organización Internacional del Trabajo OIT, se ha ocupado del tema de la discriminación laboral contra personas discapacitadas, así se observan, entre otros instrumentos, en el Convenio No. 159 de 1983 sobre adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos, ratificado por Colombia el 7 de diciembre de 1989 y en las Recomendaciones Nos. 99 de 1955 y 168 de 1983, mediante las cuales se consideró que la adaptación y la readaptación de estas personas son imprescindibles para que puedan recuperar al máximo posible su capacidad física y mental y reintegrarse a la función social, profesional y económica que puedan desempeñar.

Con fundamento en lo expuesto, tanto la jurisprudencia constitucional como la contencioso administrativa⁸ han coincidido en afirmar que la administración dentro de los procesos de modernización o reestructuración, que impliquen ajustes en sus plantas de personal, deben diseñar programas dirigidos a proteger la estabilidad laboral reforzada de los trabajadores sujetos de especial protección del Estado, entre ellos quienes han visto afectada su capacidad laboral.

Así lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia T-724 de 8 de octubre de 2009. M.P. Mauricio González Cuervo:

“(…) Ahora bien, con relación a los procesos de renovación y readecuación funcional de la Administración pública, el Estado tiene el deber de garantizar de manera reforzada, esto es, con una mayor intensidad que a los demás servidores públicos, la permanencia y estabilidad de las madres, los padres cabeza de familia y los disminuidos físicamente en sus empleos, lo cual obliga a todas las entidades públicas a adoptar medidas adecuadas que

⁸ Al respecto pueden verse la sentencia de esta Sección de 7 de octubre de 2010. Rad. 0319-2009. M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

armonicen sus planes de reforma institucional con las acciones afirmativas a que tiene derecho este grupo especial de personas, de modo tal que se privilegien aquellos mecanismos que propugnen por su continuidad laboral para que puedan seguir sufragando sus gastos de manutención y los de su núcleo familiar (...).”

Bajo las consideraciones que anteceden, no resulta extraño que en el caso concreto la Empresa Social del Estado, Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, dentro del proceso de reestructuración al que había sido sometida, hubiera previsto en el artículo 7 de la Resolución No. 0057 de 28 de febrero de 2000 una medida de protección afirmativa a favor de la señora Nidia Celmira Gama Piñeres consistente en establecer de manera transitoria un cargo *“auxiliar administrativo 55005 dentro de la planta de personal por encontrarse su titular en incapacidad médica y hasta tanto se definiera su pensión de invalidez.”*

Sobre este particular, para la Sala no existe duda que el cargo de Auxiliar Administrativo 55005, creado de forma transitoria por el artículo 7 de la Resolución No. 0057 de 28 de febrero de 2000 corresponde al que venía desempeñando la demandante hasta el momento de su retiro definitivo del servicio, lo anterior toda vez que, la misma entidad demandada en el Oficio de 9 junio de 2000 sostiene que *“teniendo en cuenta que usted [Nidia Celmira Gama Piñeres] se encuentra en incapacidad médica, su cargo siguió transitoriamente hasta el día 4 de junio fecha en que se terminó su incapacidad.”* (fl. 2).

Teniendo en cuenta lo expuesto, a juicio de la Sala la referida medida de protección constituye una expresión clara y concreta del derecho a la igualdad y de la protección especial que el constituyente de 1991 quiso introducir, de manera expresa, en el ordenamiento jurídico colombiano a favor de las personas cuya disminución de la capacidad sicofísica le impidieran su normal desarrollo psicosocial.

Lo anterior, si se quiere, teniendo en cuenta que el concepto de igualdad material resulta intrínseco al concepto de Estado Social de Derecho, el cual se concreta en la implementación efectiva de acciones o medidas afirmativas orientadas a proteger a las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, con el fin de que gocen de una igualdad real y sustancial.

No obstante, en el caso concreto debe decirse que la Empresa Social del Estado, Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, no respetó la protección que ella misma había establecido a favor de la demandante, esto por cuanto dispuso su retiro del servicio mediante Oficio de 9 de junio de 2000, sin que a esa fecha a la señora Nidia Celmira Gama le hubiera sido definida su situación pensional por invalidez, tal como lo exigía el artículo 7 de la Resolución No. 0057 de 2000.

En concreto estima la Sala, que la decisión de la administración de la Empresa Social de Estado, Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, no sólo sitió a la demandante en una condición de absoluta desprotección e imposibilidad de contar con los recursos económicos necesarios para sufragar las necesidades propias y familiares sino que, también, violó el principio de la confianza legítima y respeto del acto propio, en tanto le hizo creer que gozaba de una especial protección en atención a su delicado estado de salud para luego, sin que mediara justificación alguna, dispusiera su retiro del servicio en forma absoluta, con el argumento de que había vencido el término de la incapacidad médica que venía disfrutando.

Bajo las consideraciones que anteceden, estima la Sala que el Oficio de 9 de junio de 2000, por el cual se dispuso el retiro del servicio de la demandante adolece del vicio de falsa motivación toda vez que, sus fundamentos no corresponden a la situación real de la señora Nidia Celmira Gama en tanto su situación pensional a la fecha de retiro no le había sido definida.

Así las cosas, resulta procedente revocar la sentencia de 19 de noviembre de 2009, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Santander negó las pretensiones de la demanda y, en su lugar, declaró la nulidad del Oficio de 9 de junio de 2000, mediante el cual se dispuso el retiro del servicio de la demandante como Auxiliar Administrativo, código 55005, de la Empresa Social del Estado, Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU.

VI. Del restablecimiento del derecho.

Teniendo en cuenta las anteriores circunstancias, y en punto a concretar el restablecimiento del derecho en el caso concreto, la Sala no pasa por alto que al momento en que fue expedida la Resolución No. 0057 de 28 de febrero de 2000 la demandante le había sido reconocida incapacidad médica a causa de su grave estado de salud, lo cual reconoce la misma entidad demandada en el Oficio de 9 de junio de 2000, suscrito por la coordinadota del Grupo de Gestión de la entidad

demandada, en la medida en que se condiciona su retiro definitivo del cargo de Auxiliar Administrativo, código 55005, a la definición de su derecho pensional por invalidez (fl.2 cuaderno No. 1).

Así las cosas, y en atención a las especiales circunstancias que rodean a la señora Nidia Celmira Gama Piñeres estima la Sala que su reintegro al cargo de Auxiliar Administrativo, código 55005, de la Empresa Social del Estado, Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, únicamente se hará efectivo si a la fecha de ejecutoria de esta providencia su derecho pensional no le ha sido definido, y hasta tanto se defina, cuya permanencia en el cargo queda condicionada al reconocimiento de la pensión de invalidez y su inclusión efectiva en la nómina.

En caso contrario, esto es, si a la fecha de ejecutoria de esta providencia a la demandante ya le hubiera sido reconocido su derecho pensional por invalidez, sólo será procedente reconocerle los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde su retiro del servicio y hasta la fecha en que se hubiera producido dicho reconocimiento pensional e inclusión en nómina.

Lo anterior, en la medida en que no es posible obligar a la administración a que mantenga en el servicio a empleados cuya disminución de su capacidad sicofísica les impida la adecuada prestación de sus servicios.

Al liquidar las sumas dinerarias en favor del demandante, los valores serán ajustados en los términos del artículo 178 del C.C.A., utilizando la siguiente fórmula:

$$R= Rh X \frac{\text{Indice final}}{\text{Indice inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a lo dejado de percibir, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el último inciso del artículo 177 del C.C.A., adicionado por el artículo 60 de la Ley 446 de 1998.

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

F A L L A

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia de 19 de noviembre de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander que negó las pretensiones de la demanda presentada por Nidia Celmira Gama Piñeres contra la Empresa Social del Estado, Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU. En su lugar, se dispone:

SEGUNDO: DENIÉGASE la pretensión de nulidad de la Resolución No. 0057 de 28 de febrero de 2000, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: INAPLÍQUESE por inconstitucional e ilegal el literal p, del artículo 10 del Acuerdo No. 031 de 30 de julio de 1997, expedido por el Concejo municipal de Bucaramanga, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLÁRASE la nulidad del Oficio de 9 de junio de 2000, suscrito por el Coordinador del Grupo de Gestión del Talento Humano, de la citada Empresa Social del Estado mediante el cual se dispuso el retiro definitivo del servicio de la señora Nidia Celmira Gama Piñeres, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Como consecuencia de lo anterior, **CONDÉNASE** a la entidad demandada a reincorporar a la actora, sin solución de continuidad para todos los efectos legales, a un cargo equivalente al de Auxiliar, código 565-2-8, y al pago de los sueldos, prestaciones sociales, emolumentos y demás haberes causados y dejados de percibir desde su retiro del servicio y hasta la fecha en que se produzca su reintegro, en aplicación a la fórmula expresada en la parte motiva de esta providencia, previas las deducciones de ley a que hubiere lugar, lo anterior únicamente en el evento de que a la fecha de ejecutoria de esta providencia aún no le hubiera sido reconocida una pensión de invalidez y hasta tanto se defina, esto mediante el reconocimiento efectivo de la citada prestación pensional y la correspondiente inclusión en nómina.

En caso contrario, esto es, si a la fecha de ejecutoria de esta providencia a la demandante ya le hubiera sido reconocido su derecho pensional por invalidez, sólo será procedente reconocerle los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde su retiro y hasta la fecha en que se incluyó efectivamente en nómina.

QUINTO: DÉSE aplicación a los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y publíquese en los Anales del Consejo de Estado. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA
MONSALVE

GERARDO ARENAS

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

Referencia: 1402-2010 – supresión de cargo

Actor: NIDIA CELMIRA GAMA PIÑERES Contra: E.S.E., Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU.

HECHOS: La señora Nidia Celmira Gama Piñeres se vinculó a la Empresa Social del Estado Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, a partir del 8 de marzo de 1991 en el cargo de Auxiliar Contable, grado 5, de la División Administrativa.

El 28 de febrero de 2000 el Gerente de la Empresa Social del Estado Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, mediante Resolución No. 0057, dispuso la modificación de la planta de personal de la citada entidad prestadora de los servicios de salud, suprimiendo el cargo de Auxiliar Administrativo, código 55005, que venía desempeñando la demandante.

Manifestó que, la Resolución No. 0057 de 2000 en su artículo 7 mantuvo en forma transitoria, a favor de la demandante un cargo de Auxiliar Administrativo, código 55005, teniendo en cuenta su estado de salud, y hasta tanto se definiera el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez.

No obstante lo anterior, mediante oficio de 4 de junio de 2000 el Coordinador (e) del Grupo de Gestión del Talento Humano de la Empresa Social del Estado Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, le informó a la demandante que quedaba retirada del servicio, por la supresión del cargo que venía ocupando, sin considerar que su situación pensional no había sido definida.

Precisó que, el proyecto de modificación de la Empresa Social del Estado demandada no contó con la aprobación del Concejo municipal de Bucaramanga lo que torna en irregular el referido proceso de reestructuración y en consecuencia el retiro del servicio de la señora Nidia Celmira Gama Piñeres.

PRIMERA INSTANCIA: (niega las pretensiones) Manifestó que, el hecho de que el Concejo municipal de Bucaramanga, mediante Acuerdo No. 031 de 1997, hubiera establecido que toda reforma introducida a la planta de personal de la Empresa Social del Estado Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, debía contar previamente con su aprobación, constituye una vulneración a los artículos 6 y 121 de la Constitución Política al arrogarse una competencia que no le corresponde.

Precisó que, es el Gerente de la Empresa Social del Estado Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, a quien le corresponde modificar la estructura y planta de personal del citado centro asistencial, previa autorización de su junta directiva y no del Concejo municipal como lo sostiene la demandante.

Finalmente, reiteró el Tribunal que la administración, en general, está facultada para crear, modificar, reorganizar y suprimir los cargos existentes en sus plantas de personal cuando las necesidades del servicio así lo impongan, sin que ello por sí solo implique una vulneración de los derechos y prerrogativas laborales de quienes puedan llegarse a ver afectados por tal medida.

RECURSO DE APELACIÓN: En primer lugar, sostuvo que de acuerdo con el artículo 313 de la Constitución Política le corresponde a los concejos municipales reglamentar la eficiente prestación de los servicios públicos a cargo del respectivo municipio lo que para el caso concreto se traduce en la creación, modificación y supresión de las Empresas Sociales del Estado y sus plantas de personal.

Bajo este supuesto, manifestó que era necesario que el Concejo municipal de Bucaramanga hubiera autorizado, previamente a la expedición del acto acusado, el proceso de reestructuración que se adelantó al interior de la Empresa Social del Estado Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, según lo previsto en el Acuerdo municipal No. 031 de 1997.

Sostuvo que, dada la precaria condición de salud de la demandante, al momento de la supresión de su cargo, su retiro del servicio no podía efectuarse hasta tanto le hubiera sido definida su situación pensional, tal como lo estableció el artículo 7 de la Resolución No. 057 de 2000.

PROYECTO: revoca por lo siguiente:

I. De la proposición jurídica en el caso concreto: De acuerdo con el texto de la demanda, que obra a folio 6 del expediente, observa la Sala que en la pretensión declarativa, únicamente se solicita la nulidad de la Resolución No. 0057 de 28 de febrero de 2000, suscrita por el Gerente de la Empresa Social del Estado, Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, por la cual se modifica su planta de personal y se suprime el cargo de Auxiliar Administrativo, código 55005, que venía desempeñando la demandante.

Sin embargo, estima la Sala que los actos que individualizaron la situación particular de la demandante frente al proceso de reestructuración al que fue sometida la Empresa Social del Estado, Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, lo fue de una parte la Resolución No. 0057 de 2000, en tanto dispuso la supresión de un número de cargos, entre ellos el de Auxiliar Administrativo, código 55005, al tiempo que estableció una protección especial a su favor, y el Oficio de 9 de junio de 2000, suscrito por el Coordinador del Grupo de Gestión del Talento Humano, de la citada Empresa Social del Estado mediante el cual se dispuso su retiro definitivo del servicio, sin consideración a su estado de salud. Sin embargo, en las pretensiones de la demanda no se solicitó la nulidad del citado Oficio en forma expresa.

La anterior circunstancia, debe decirse, que en principio constituye un vicio de forma que tornaría en inepta la demanda, lo cual da lugar a un pronunciamiento inhibitorio, toda vez que como quedó visto, en el caso concreto, no fue cuestionada la legalidad del acto administrativo que extinguió la relación legal y reglamentaria existente entre la demandante y la Empresa Social del Estado.

No obstante lo anterior, para la Sala resulta evidente que el Tribunal al momento de admitir la demanda tenía el deber de verificar el cumplimiento de cada uno de los presupuestos formales, exigidos por el Código Contencioso Administrativo para su admisión, entre ellos la plena individualización de las pretensiones, y en consecuencia de los actos administrativos que crearan, modificaran o extinguieran la situación jurídica de la accionante, artículo 138, y, sin embargo, pasó por alto el defecto formal en el que incurrió la parte demandante al no formular de manera acertada la proposición jurídica, esto es, en relación con la solicitud de nulidad del Oficio de 9 de junio de 2000.

Bajo este supuesto, si bien es cierto la demandante en el caso concreto no formuló la proposición jurídica de manera acertada, al tenor de lo dispuesto por el artículo 138 del CCA., al no solicitar la anulación del Oficio de 9 de junio de 2000, acto administrativo a través del cual se dispuso su retiro del servicio, tal omisión debió ser advertida por el Tribunal, al momento de estudiar la admisión de la presente demanda, y puesta en conocimiento de la parte actora, antes de proferir el auto admisorio de la demanda, con el fin de que esta subsanar los defectos formales que debió advertir.

Así las cosas, estima la Sala que las consecuencias derivadas de la omisión en que incurrió el Tribunal al inadvertir que la proposición jurídica en la presente demanda, no se formuló de manera acertada no pueden ser trasladadas a la parte actora razón por la cual la Sala, en aras de garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia de la demandante, entrará a estudiar la legalidad del Oficio de 9 de junio de 2000, con el fin de evitar un pronunciamiento inhibitorio en relación con cada una de las pretensiones de la demanda.

II. De las Empresas Sociales del Estado: El legislador mediante la Ley 100 de 1993, por la cual se crea el Sistema General de Seguridad Social Integral, en su artículo 194 dispuso que los servicios de salud en todo el territorio nacional serían prestados en forma directa por la Nación o las entidades territoriales, a través de las Empresas Sociales del Estado, entendidas éstas como una categoría especial de entidades descentralizadas por servicios, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, de origen o creación legal.

Con posterioridad, el Presidente de la República mediante el Decreto 1876 de 3 de agosto de 1994, reglamentó los artículos 196, 197 y 198 de la Ley 100 de 1993, haciendo referencia a las Empresas Sociales del Estado y, puntualmente, a su estructura básica y las áreas que ella comprende.

En este mismo sentido, la Ley 489 de 1998 por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, en su artículo 68 no sólo reitera el carácter de entidades descentralizadas por servicios, de que gozan las Empresas Sociales del Estado del orden nacional, sino que también lo hace extensivo a las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial, en virtud de lo dispuesto por el artículo 210 de la Constitución Política.

Bajo estos supuestos, y teniendo en cuenta que el servicio de salud en todo el territorio nacional es prestado por las Empresas Sociales del Estado, como entidades descentralizadas por servicios, debe decirse que dichas empresas hacen parte de los distintos niveles de la administración, esto es, nacional o territorial. En efecto, se infiere de los artículos 194 de la Ley 100 de 1993 y 68 de la Ley 489 de 1998, antes transcritos, que son Empresas Sociales del Estado del orden nacional las creadas por el Congreso de la República y, en su defecto, del orden territorial las establecidas por las Asambleas departamentales o los Concejos municipales, respectivamente, con clara autonomía administrativa en la forma de organizarse.

En punto de la organización de la Empresas Sociales del Estado, advierte la Sala que el artículo 5 del Decreto 1876 de 1994 establece que, si bien la Constitución Política y la ley le otorgan a las corporaciones administrativas, llámense Asambleas Departamentales o Concejos Municipales, la facultad para su creación, transformación o categorización, dichas entidades descentralizadas por servicios se erigen a partir de una **estructura básica, compuesta por tres áreas,**

a saber: I) Dirección; II) Atención al usuario y III) logística, cuya única finalidad es la de garantizar una adecuada prestación del servicio público de la salud.

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

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

Bajo estos supuestos, advierte la Sala que es al Gerente y a la Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado a quienes en virtud de la autonomía que les confiere su propia dirección, en los términos del artículo 4, 5 y 11 del Decreto 1876 de 1994 a quienes le está dada la competencia para reformar sus respectivas plantas de personal.

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

Sobre este particular, la Sala no pasa por alto la facultad con que cuentan las corporaciones administrativas en el ámbito territorial para la creación, transformación y categorización de las Empresas Sociales del Estado. Sin embargo, debe decirse, que el ejercicio de la referida facultad se circunscribe a la adopción de lo que la jurisprudencia de esta Corporación⁶ ha denominado estatutos orgánicos, esto es, *“los conformados por las normas de categoría legal que crean, autorizan la creación o reforman cada entidad descentralizada. [que] Para las entidades de los órdenes departamentales y municipales, estos estatutos están contenidos en las ordenanzas o acuerdos (...)”* esto, en plena concordancia con lo dispuesto por el Artículo 5 del Decreto 1876 de 1994 en cuanto le atribuye a las corporaciones administrativas la facultad únicamente de *“crear o establecer Empresas Sociales del Estado.”*

Teniendo en cuenta lo anterior, advierte la Sala que en el caso concreto el Concejo municipal de Bucaramanga mediante Acuerdo No. 031 de 30 de julio de 1997 dispuso la Transformación del Instituto de Salud del Municipio de Bucaramanga en una Empresa Social del Estado.

De la transcripción parcial del Acuerdo No. 031 de 30 de julio de 1997 resulta evidente que el Concejo Municipal de Bucaramanga le atribuyó a la Junta

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 17 de septiembre de 1993 M.P. Libardo Rodríguez.

Directiva de la Empresas Social del Estado, Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, la facultad de aprobar los proyectos de planta de personal y sus modificaciones, condicionado al hecho de que previamente debía contar con la aprobación de la referida Corporación administrativa. Sin embargo, estima la Sala que tal condicionamiento, en primer lugar, constituye una abierta contradicción con lo dispuesto en el literal f, del citado Acuerdo en el cual, se le atribuye única y exclusivamente a la junta Directiva y al Gerente de la referida Empresa Social del Estado la competencia para la aprobación y adopción de la planta de personal y sus modificaciones y, en segundo lugar, no sólo excede los límites impuestos por el artículo 5 del Decreto 1876 de 1994 a las corporaciones administrativas, en cuanto únicamente están facultadas para la creación, transformación o categorización de las Empresas Sociales del Estado sino que, también desconoce **la autonomía y capacidad de dirección** que la misma norma les confiere a dichas entidades descentralizadas para darse su propia organización, en punto del elemento humano que requieren para la prestación de sus servicios.

De acuerdo con el artículo 50 de la Ley 489 de 1998, los actos de creación de las entidades descentralizadas, expedidos en el ámbito territorial por las Asambleas departamentales y los Concejos Municipales, deberán determinar **únicamente sus objetivos y estructura orgánica**, entendida esta última como la definición de su naturaleza jurídica, la sede, integración de su patrimonio, denominación, y señalamiento de los órganos superiores de dirección y administración.

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 5 del Decreto 1876 de 1994.

Lo anterior toda vez que, estando atribuida a las juntas directivas y a los gerentes de las Empresas Sociales del Estado la función de aprobación y adopción de los manuales de funciones y procedimientos, así como de sus reglamentos, según el artículo el artículo 11 del Decreto 1876 de 1994, resulta coherente que sean estos órganos de dirección los que intervengan en la adopción o modificación de la planta de personal, dada la estrecha e inescindible relación que existe en los fundamentos de los actos administrativos mediante los cuales se adopta tanto la planta de personal como el manual de funciones de una Empresa Social del Estado.

Una interpretación en contrario, llevaría al extremo de contar al interior de las Empresas Sociales del Estado con manuales específicos de funciones en los cuales no se vea reflejada la verdadera estructura de sus plantas de personal, lo que naturalmente incidiría de manera negativa en la prestación del servicio público de la salud.

De acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial que antecede, estima la Sala como acertada la decisión del Tribunal, en el caso concreto, en cuanto inaplicó por vía de excepción el literal p, del artículo 10 del Acuerdo No. 031 de 30 de julio de 1997 toda vez que, como quedó visto el Gerente y la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado, Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, contaban con la **autonomía y capacidad de dirección** suficientes, en los términos del artículo 5 del Decreto 1876 de 1994, para presentar el proyecto de modificación de su planta de personal y decidir su aprobación o improbación, respectivamente, sin

la intervención del Concejo municipal de Bucaramanga dado que, su competencia se circunscribía a la creación y fijación de su estructura básica, esto es, únicamente a la definición de su naturaleza jurídica, la sede, integración de su patrimonio, denominación, y señalamiento de los órganos superiores de dirección y administración.

III. De la permanencia de la demandante en el empleo de Auxiliar Administrativo, código 55005, hasta tanto fuera provisto en propiedad.

En relación con este argumento dirá la Sala que, el empleado nombrado en provisionalidad ostenta una posición diferente de la del vinculado y escalafonado en la carrera, por no haber accedido al cargo mediante concurso. Así las cosas, el hecho de que el cargo que viene desempeñando un empleado vinculado provisionalmente no haya podido ser provisto en propiedad, no enerva la facultad discrecional con que cuenta la administración para disponer su retiro por motivos que, como quedó visto, se presumen en procura del buen servicio, esto de acuerdo con al Ley 443 de 1998 vigente al momento de expedirse el acto administrativo demandado en el caso concreto.

Una interpretación distinta llevaría al extremo de que, la administración, incluso frente actos de indisciplina que afecten gravemente la prestación del servicio no podría retirar al empleado nombrado en provisionalidad, hasta tanto fuera posible designar su reemplazo en propiedad.

IV. De la protección especial prevista a favor de la demandante en la Resolución No. 0057 de 28 de febrero de 2000. Observa la Sala que mediante Resolución No. 0057 de 28 de febrero de 2000 el Gerente de la Empresa Social del Estado, Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, ordenó la modificación de la planta de personal de dicha institución, suprimiendo varios cargos entre ellos el de Auxiliar Administrativo, código 55005, que venía desempeñando la demandante. Sin embargo, debe anotarse que el artículo 7 de la citada Resolución dispuso transitoriamente la permanencia de un empleo de Auxiliar Administrativo, código 55005, *“por encontrarse su titular en incapacidad médica y hasta tanto se defina su pensión de invalidez.”*

Sobre el particular, advierte la Sala que a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, se ha venido consolidando en el país un marco jurídico que determina los derechos de la población con discapacidad y al mismo tiempo las obligaciones del Estado y la sociedad para con ellos. En este sentido, se observa que el artículo 13 de la Constitución consagra una cláusula de protección especial en favor de las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

Por su parte, el legislador se ha encargado de desarrollar dicha protección especial mediante la Ley 361 de 1997, por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación, y la Ley 762 de 2002, que aprueba la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.

En el ámbito internacional, la Organización Internacional del Trabajo OIT, se ha ocupado del tema de la discriminación laboral contra personas discapacitadas, así se observan, entre otros instrumentos, en el Convenio No. 159 de 1983 sobre adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos, ratificado por Colombia el 7 de diciembre de 1989 y en las Recomendaciones Nos. 99 de 1955 y 168 de 1983, mediante las cuales se consideró que la adaptación y la

readaptación de estas personas son imprescindibles para que puedan recuperar al máximo posible su capacidad física y mental y reintegrarse a la función social, profesional y económica que puedan desempeñar.

Con fundamento en lo expuesto, tanto la jurisprudencia constitucional como la contencioso administrativa han coincidido en afirmar que la administración dentro de los procesos de modernización o reestructuración, que impliquen ajustes en sus plantas de personal, deben diseñar programas dirigidos a proteger la estabilidad laboral reforzada de los trabajadores sujetos de especial protección del Estado, entre ellos quienes han visto afectada su capacidad laboral.

Bajo las consideraciones que anteceden, no resulta extraño que en el caso concreto la Empresa Social del Estado, Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, dentro del proceso de reestructuración al que había sido sometida, hubiera previsto en el artículo 7 de la Resolución No. 0057 de 28 de febrero de 2000 una medida de protección afirmativa a favor de la señora Nidia Celmira Gama Piñeres consistente en establecer de manera transitoria un cargo *“auxiliar administrativo 55005 dentro de la planta de personal por encontrarse su titular en incapacidad médica y hasta tanto se definiera su pensión de invalidez.”*

En efecto, a juicio de la Sala la referida medida de protección constituye una expresión clara y concreta del derecho a la igualdad y de la protección especial que el constituyente de 1991 quiso introducir, de manera expresa, en el ordenamiento jurídico colombiano a favor de las personas cuya disminución de la capacidad sicofísica le impidieran su normal desarrollo psicosocial.

Lo anterior, si se quiere, teniendo en cuenta que el concepto de igualdad material resulta intrínseco al concepto de Estado Social de Derecho, el cual se concreta en la implementación efectiva de acciones o medidas afirmativas orientadas a proteger a las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, con el fin de que gocen de una igualdad real y sustancial.

No obstante, en el caso concreto debe decirse que la Empresa Social del Estado, Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, no respetó la protección que ella misma había establecido a favor de la demandante, esto por cuanto dispuso su retiro del servicio mediante Oficio de 9 de junio de 2000, sin que a esa fecha a la señora Nidia Celmira Gama le hubiera sido definida su situación pensional por invalidez, tal como lo exigía el artículo 7 de la Resolución No. 0057 de 2000.

En concreto estima la Sala, que la decisión de la administración de la Empresa Social de Estado, Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, no sólo situó a la demandante en una condición de absoluta desprotección e imposibilidad de contar con los recursos económicos necesarios para sufragar las necesidades propias y familiares sino que, también, violó el principio de la confianza legítima y respeto del acto propio, en tanto le hizo creer que gozaba de una especial protección en atención a su delicado estado de salud para luego, sin que mediara justificación alguna, dispusiera su retiro del servicio en forma absoluta, con el argumento de que había vencido el término de la incapacidad médica que venía disfrutando.

Bajo las consideraciones que anteceden, estima la Sala que el Oficio de 9 de junio de 2000, por el cual se dispuso el retiro del servicio de la demandante adolece del vicio de falsa motivación toda vez que, sus fundamentos no corresponden a la situación real de la señora Nidia Celmira Gama en tanto su situación pensional a la fecha de retiro no le había sido definida.

Así las cosas, resulta procedente revocar la sentencia de 19 de noviembre de 2009, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Santander negó las pretensiones de la demanda y, en su lugar, declarar la nulidad del Oficio de 9 de junio de 2000, mediante el cual se dispuso el retiro del servicio de la demandante como Auxiliar Administrativo, código 55005, de la Empresa Social del Estado, Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU.

V. Del restablecimiento del derecho. En atención a las especiales circunstancias que rodean a la señora Nidia Celmira Gama Piñeres estima la Sala que su reintegro al cargo de Auxiliar Administrativo, código 55005, de la Empresa Social del Estado, Instituto de Salud de Bucaramanga, ISABU, únicamente se hará efectivo si a la fecha de ejecutoria de esta providencia su derecho pensional no le ha sido definido, y hasta tanto se defina, cuya permanencia en el cargo queda condicionada al reconocimiento de la pensión de invalidez y su inclusión efectiva en la nómina.

En caso contrario, esto es, si a la fecha de ejecutoria de esta providencia a la demandante ya le hubiera sido reconocido su derecho pensional por invalidez, sólo será procedente reconocerle los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde su retiro del servicio y hasta la fecha en que se hubiera producido dicho reconocimiento pensional e inclusión en nómina.

Proyectó: Hernán Guzmán
Revisó: Dra. Elizabeth Becerra

