

**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCION "A"**

**Bogotá, D.C., dieciséis (16) de octubre de dos mil ocho (2008).-**

**CONSEJERO PONENTE: DR. ALFONSO VARGAS RINCÓN**

**No. de Referencia: 170012331000200500781 01**

**No. Interno: 0775-2008**

**Actor: MELBA DÍAZ**

**Autoridades Municipales**

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida el 15 de noviembre de 2007, por el Tribunal Administrativo. de Caldas.

**ANTECEDENTES**

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A. y por conducto de apoderado judicial, la señora Melba Díaz solicitó de esta jurisdicción que se declare la nulidad del Acuerdo No. H011 de 17 de noviembre de 2004, proferido por la Junta Directiva del Hospital de Caldas E.S.E. en cuanto suprimió el cargo que desempeñaba, y de la Resolución No. G-047 - 04 de 17 de noviembre de 2004, expedida por el Gerente del Hospital de Caldas E.S.E, por el cual se adoptó el Acuerdo H-011.

A título de restablecimiento del derecho pidió su reintegro al cargo que ocupaba o a otro de igual o superior jerarquía y el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de devengar, sin solución de continuidad.

Subsidiariamente solicitó el reconocimiento y pago de la diferencia salarial y prestacional que desde el 2003 se le aduda lo correspondiente al incremento que recibieron todos los empleados públicos, así como la indemnización laboral de que trata la convención colectiva de la cual es beneficiaria. Solicitó también que se ordene el pago de los auxilios de transporte, de alimentación, subsidio familiar y dotaciones de calzado y vestido de labor por los años 2002 a 2004, así como los intereses a las cesantías por todo el tiempo laborado.

Igualmente requirió la aplicación de los artículos 176 a 178 del C.C.A.

**FUNDAMENTOS DE HECHO**

El 17 de noviembre de 2004 el Hospital de Caldas E.S.E, le comunicó a la actora que su cargo había sido suprimido, en virtud del Acuerdo H-11, el cual fue ejecutado sin haber sido adoptado por la autoridad competente de acuerdo con el numeral 6 del artículo 11 del Decreto 1876 de 1994 y con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 139 de 1996, razón por la cual el citado acuerdo no podía producir efectos jurídicos.

Además de lo anterior, a la demandante no le fue reconocida la indemnización establecida por el artículo 12 de la convención. colectiva suscrita entre la asociación sindical ANTHOC a la que se encontraba afiliada, y la entidad, de la cual era beneficiaria por haber sido vinculado en calidad de trabajadora oficial.

Así mismo, con la negativa del reconocimiento y pago de la mencionada prestación se viola el derecho a la igualdad, pues en situaciones similares sí fue reconocida.

### **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

Como tales, se invocaron en la demanda los artículos 13, 29 y 315 de la Constitución Política; numeral 6 del artículo 11 del Decreto 1876 de 1994; numeral 16 del artículo 4 del Decreto 139 de 1996; artículo 43 del Código Contencioso Administrativo; artículo 71 del Decreto 111 de 1996, artículo 19 del Decreto 568 de 1996, artículos 137 Parágrafo, 148, 149 y 150 del Decreto 1572 de 1998; artículos 1, 2, 3, 121, 122, 123, 209 y 305 del Código de Procedimiento Civil, artículo 41 de la Ley 443 de 1998; artículos 16 y 17 de la Ley 10 de 1990; y los artículos 1, 2, 3 y 4 del Decreto 1399 de 1990.

Fundamentalmente alegó que:

Existió violación al debido proceso en cuanto el Acuerdo No. H011 -04 de la Junta Directiva del Hospital de Caldas E.S.E., no fue adoptado por el Alcalde Municipal quien era la autoridad competente para el efecto, de conformidad con lo establecido por los Decretos 1876 de 1994 y 139 de 1996, y que al haber sido adoptado por el Gerente del Hospital de Caldas se encuentra viciado de desviación y. abuso de poder, ya que se tomó atribuciones de las cuales no era el titular.

Adujo tener derecho a la indemnización por supresión del cargo en primer lugar por ser beneficiario de la convención colectiva pactada entre la entidad y la asociación sindical ANTHOC, pues al momento de su suscripción. (27 de junio de. 1995) era trabajadora oficial; agregó que al no reconocerle la indemnización reclamada se estaría vulnerando el derecho a • la igualdad pues en, casos semejantes se reconoció la prestación a otros empleados.

Alegó que presentó una falsa motivación pues la supresión del cargo desempeñado por la actora, se soportó en la conclusión de los estudios técnicos según los cuales era necesario que el empleo desapareciera de la planta de personal y en su lugar se celebraran contratos de prestación de servicios, a pesar de que la naturaleza del cargo requiere una subordinación permanente. Tal situación desencadena la imposibilidad de una eficiente prestación del servicio público.

Así mismo, se desconocieron las previsiones del Decreto 1572 de 1998, en cuanto al momento de suprimir los cargos no existía certificado de disponibilidad presupuestal.

### **LA SENTENCIA APELADA**

El Tribunal Administrativo declaró no probada la excepción de proposición jurídica incompleta, y probada la denominada culpa o hecho de la demandante propuestas por la demandada. Se declaró inhibido para pronunciarse sobre las pretensiones subsidiarias por falta de agotamiento de la vía gubernativa y negó las súplicas de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

El proceso de reestructuración de la planta de personal del Hospital de Caldas E.S.E., cumplió con los presupuestos legales en cuanto a la competencia de la Junta Directiva y del Gerente del Hospital para la expedición de los actos demandados, pues tal competencia recae sobre la autoridad nominadora y no sobre el Alcalde.

Respecto de la falta de disponibilidad presupuestal, acogiendo pronunciamientos sobre el particular emitidos por esta Corporación, estimó que no constituía una causal de anulación de los actos.

Concluyó de igual forma, que los estudios que sirvieron como fundamento de la supresión de cargos se encuentran ajustados a la normatividad que regula la materia, pues en ellos se evidencia la necesidad de adoptar tal medida ante las dificultades financieras, de producción y productividad que se venían presentando en la E.S.E..

En cuanto a la indemnización convencional reclamada, consideró que no le asistía el derecho en razón a su calidad de empleada pública, cuya vinculación era de carácter legal y reglamentario, y no contractual que surge como presupuesto del reconocimiento de la prestación solicitada.

### **LA APELACIÓN**

Inconforme con la decisión de primera instancia la parte actora la apeló.

Sostuvo que no podía el Tribunal declarar la falta de agotamiento de la vía gubernativa en lo relacionado con las pretensiones subsidiarias, pues fue solamente hasta el 17 de agosto de 2006 que la entidad se pronunció sobre la petición del demandante, por lo que no se podía demandar un acto administrativo que aún no existía.

Insistió en sus argumentos respecto de la facultad del Gerente del Hospital de Caldas para la adopción de la nueva planta. de personal y sobre la solicitud de indemnización que considera le debe ser reconocida con fundamento en la Convención Colectiva.

Para resolver se,

### **CONSIDERA**

El presente asunto se contrae a establecer la legalidad del Acuerdo, No. H-011 de 17 de noviembre de 2004 proferido por la Junta Directiva del Hospital de Caldas E.S.E. en cuanto suprimió el cargo que desempeñaba la actora como Auxiliar Código 565 Grado 01, y de la Resolución No. G-047 - 04 de 17 de noviembre de 2004 expedida por el Gerente del Hospital de Caldas E.S.E. por la cual se adoptó el Acuerdo H-011.

Se alegaron en el escrito de apelación como motivos de inconformidad con los actos acusados los siguientes:

- El acto de supresión de cargos debió haber sido adoptado por el Alcalde Municipal y no por el Gerente del Hospital de Caldas E.S.E
- La entidad debió haber reconocido a la demandante la indemnización de que trata el artículo 12 de la Convención Colectiva suscrita entre la entidad y la asociación sindical ANTHOC.
- No existió indebido agotamiento de la vía gubernativa en relación con la pretensión correspondiente a la nivelación salarial desde el 2003.

En relación con el fondo del asunto se tiene:

#### **De la supresión de cargos en el Hospital de Caldas E.S.E**

El Hospital de Caldas fue creado mediante el Decreto Extraordinario No. 489 de 10 de agosto de 1991 expedido por la Alcaldía Municipal, y se reestructuró como Empresa Social del Estado por el Decreto Extraordinario No. 142 de 31 de marzo de 1995 (fl. 30 a 36 Cd. Ppal).

El Decreto 1876 de 3 de agosto de 1994 (aclarado por el Decreto 1621 del 25 de septiembre de 1995), reglamentó los artículos 96, 97 y 98 de la Ley 100 de 1993 en lo relacionado con las Empresas Sociales del Estado, y estableció disposiciones relacionadas con la conformación y funciones de las juntas directivas de dichas entidades.

En su artículo 5 se refirió a la organización de las Empresas Sociales del Estado, y en lo que interesa para el presente asunto, determinó que el área de dirección estaría conformada por la

Junta Directiva y el Gerente, 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; ...*

*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".*

A su turno el artículo 11 ibidem fijó las funciones de la Junta Directiva, asignándole entre ellas, las de:

"(...)

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

(...)

*16. Determinar la estructura orgánica-funcional de la entidad, y someterla para su aprobación ante la autoridad competente. (...)"*

De acuerdo con lo anterior, era facultad de la Junta Directiva del Hospital de Caldas E.S.E. efectuar la modificación de la planta de personal contenida en el acto acusado.

En relación con la competencia del Gerente del Hospital el artículo 4º numeral 16 establece:

*"16. 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."*

Aprobación ésta que debe ser efectuada por la Junta Directiva de la Entidad, procedimiento que fue respetado en el sub júdece.

Por su parte el Decreto 489 de 1991 por el cual se creó el Hospital de Caldas como establecimiento público del orden municipal determinó dentro de las funciones del Gerente:

*"g) Hacer cumplir las decisiones de la Junta Directiva"*

Además tratándose de entes del orden descentralizado que cuentan con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, no requieren de la voluntad de otras' autoridades que aprueben las decisiones respecto de su organización interna, a menos que exista norma especial que así lo determine, mandato que no se presenta en este caso, pues el Decreto 1298 de 1994 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-255 de 1995 del 7 de junio de 1995.

En estas condiciones el cargo formulado en relación con la falta de competencia del Gerente de la E.S.E no está llamado a prosperar.

### **De la indemnización por supresión del cargo**

La Ley 10 de 1990 en su artículo 26 señaló:

*... PARÁGRAFO. Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones."*

En razón a tal preceptiva el Acuerdo No. 001 de 30 de enero de 1997 se incorporó un total de 23 cargos de Auxiliar, 3 de Auxiliar Información en Salud, 7 de Auxiliar de Droguería, 22 Auxiliar de Laboratorio Clínico y 403 de Auxiliar de Enfermería a la planta. de la entidad en calidad de empleados públicos, en consideración a que no eran de dirección, ni estaban destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales (fls. 320 a 322 del Cd. Ppal.)

Siendo así no cabe duda de que la actora se desempeñaba como Auxiliar Código 565 Grado 01 era empleada pública al momento de la supresión del cargo.

Ahora bien, la Ley 909 de 2004 de 23 de septiembre de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, en su artículo 41 establece las causales de retiro del servicio dentro de las cuales se encuentra la supresión del empleo. En tal evento' el artículo 44 prescribe los derechos que le asisten a los empleados inscritos en carrera así:

*ARTÍCULO 44. DERECHOS DEL EMPLEADO DE CARRERA ADMINISTRATIVA EN CASO DE SUPRESIÓN DEL CARGO. Los empleados públicos de carrera administrativa, que como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de planta de personal, se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización. El Gobierno Nacional reglamentará el proceso de reincorporación y el reconocimiento de la indemnización."*

Este derecho preferencial que asiste a los empleados en carrera administrativa, cuando se presente la supresión de su cargo de optar entre la reincorporación o la indemnización, también está contemplado en el artículo 39 de la Ley 443 de 1998.

En el caso bajo estudio, a folios 185 a 192 se encuentra el oficio GTH 002 de 17 de enero de 2003, donde se indica el listado de los empleados que no se encuentran inscritos en carrera administrativa, entre los que figura la' actora señalando además que no existe documentación ni solicitud alguna presentada por el Hospital para su inscripción.

Así mismo a folios 193 a 217 obra el oficio UGTH 012 de 27 de enero de 2003, de la Unidad de Gestión y Talento Humano de la Gobernación de Caldas, donde se relaciona el personal inscrito en carrera, sin que se incluya el nombre de la actora, y no existe documento alguno en el plenario que acredite la inscripción de la señora Melba Díaz en el escalafón de carrera administrativa.

En este orden de ideas, no tiene derecho a la indemnización por supresión del cargo, por no estar inscrita en carrera administrativa.

Respecto del derecho a beneficiarse de las disposiciones contenidas en la Convención Colectiva suscrita entre el Hospital de Caldas y la organización sindical ANTHOC, el 27 de junio de 1995, y establecido como está que la actora tenía la calidad de empleada pública, se tiene lo siguiente:

Obra a folios 37 a 50 vuelto, copia del documento en cuestión, cuya cláusula 12 se pactó en los siguientes términos:

*"12. ESTABILIDAD LABORAL:*

*El Hospital de Caldas Empresa Social del Estado, podrá prescindir de los servicios de-sus trabajadores por las causales establecidas en la ley.*

*Cuando la terminación del contrato de trabajo se produzca sin justa causa, tendrá derecho el trabajador a que se le indemnice de conformidad con la escala que a continuación se estipula:*

De los documentos señalados se desprende que las prerrogativas invocadas por la actora, están contenidas en la Convención Colectiva de 1995.

En cuanto a este particular, se dirá que, de acuerdo con el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas. En el mismo sentido ésta Corporación ha manifestado que los empleados públicos no pueden ser favorecidos por los beneficios pactados en las Convenciones Colectivas, bajo la premisa que ello supone la existencia de un contrato de trabajo, circunstancia que se encuentra regulada por un régimen, legal distinto al aplicable a los empleados públicos, y cualquier manifestación que haga extensivos tales acuerdos a los empleados que ostenten aquella calidad, se tendrán como cláusulas ineficaces.

Demostrado como está, que la demandante no tenía derecho a la indemnización por supresión del cargo, no puede predicarse que se violó el derecho a la igualdad en relación con otros empleados a quienes sí les fue concedida tal prestación.

#### **De las peticiones subsidiarias**

Argumenta la parte actora que no es cierto que se haya presentado un indebido agotamiento de la vía gubernativa, pues solo hasta el 28 de septiembre de 2006 conoció el acto administrativo que resolvió de fondo las peticiones elevadas sobre el particular.

En cuanto a este punto observa la Sala que a 96 del expediente obra la petición elevada por la actora sobre las prestaciones pretendidas (diferencia salarial desde el año 2003 por concepto de incremento salarial), radicado 27 de mayo de 2005, fecha que resulta posterior a la de presentación de la demanda (16 de marzo de 2005) (f1.92 vto. Cd. Ppal). En esas condiciones no podía en aquel momento demandar acto expreso ni presunto, y en consecuencia no podía acreditarse el agotamiento de la vía gubernativa, que se constituye en un presupuesto para acudir a la jurisdicción.

Por las -razones que anteceden, se confirmará la providencia del Tribunal por la cual se negaron las súplicas de la demanda.

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

#### **FALLA**

**Confírmase** la sentencia de 15 de noviembre de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, que negó las pretensiones de la demanda.

Cópiese, Notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase. .

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión..

**GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN**

**ALFONSO VARGAS RINCÓN**

**LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**  
**AUSENTE**

