



## Sentencia 8388 de 2007 Consejo de Estado

DEMANDA DE TUTELA - Competencia cuando se demandan entidades del sector central y descentralizado / COMPETENCIA PARA CONOCER E  
FALTA DE COMPETENCIA - Concepto: Clases / NULIDAD - Falta de competencia / CONTROL DISCIPLINARIO INTERNO - Competencia / FUNCION  
DISCIPLINARIA - Concepto: Competencia / COMPETENCIA FUNCIONAL - La ascensión de competencias para fallar proceso disciplinario está  
determinada por la calificación de la falta cometida

Es claro que la falta de competencia radica en que una autoridad adopta una decisión sin estar legalmente facultado para ello y se configura dicha causal de nulidad cuando se desconocen cualesquiera de los elementos que la componen, como por ejemplo, cuando no se tiene atribución sustancial para la expedición de un acto jurídico (competencia material) o cuando éste no puede dictarse sino dentro de determinada jurisdicción (competencia territorial) o cuando solo se cuenta con un tiempo determinado para su expedición (competencia temporal). Conforme a los artículos 48 y 49 de la ley 200/95 la expresión "control interno disciplinario" se refiere a aquella dependencia que le corresponde asumir conocimiento - se insiste en primera instancia - de la función disciplinaria. Así, se tiene que dicha dependencia hace parte de la estructura organizacional de las diferentes entidades del Estado, cuya atribución especial, en materia disciplinaria, le ha sido asignada en forma expresa por el legislador, precisamente en virtud de la desconcentración de la función disciplinaria a fin de hacerla más efectiva. Según se ha establecido, la función disciplinaria es la capacidad o la aptitud legal que se tiene no solo para investigar una conducta posiblemente reprochable sino para sancionar las faltas cometidas por un servidor del Estado, bien sea por infracción a las normas constitucionales, legales o reglamentarias. Se concreta entonces en la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas. Ciertamente la competencia se determina en consideración a la calidad del sujeto disciplinable, a la naturaleza del hecho o de la omisión, a la jurisdicción en donde se realiza la conducta o debió realizarse la acción y al factor funcional y al de conexidad (artículo 55 de la Ley 200/95). Si bien el artículo 57 de la Ley 200 de 1995 le atribuye a la oficina de control interno la facultad de adelantar las respectivas investigaciones disciplinarias, cuando hubiere lugar a ello, esto no significa una delimitación o restricción en el ejercicio de sus funciones, pues resulta forzoso armonizar esta disposición con lo dispuesto en el artículo 61 de la misma ley, como para comprender que igualmente le asiste a esa oficina la de proferir los correspondientes fallos en primera instancia. Obsérvese como la asunción de competencias para fallar un proceso disciplinario está determinada por la calificación de la falta cometida por el servidor público, pues si se trata de una catalogada como leve le corresponde al jefe inmediato, pero si se trata de una grave o gravísima al jefe de la dependencia o de la seccional o regional, según sea el caso. En tratándose entonces de una falta calificada como grave, la ley no exige que sea decidido por el jefe inmediato, como se afirma en la demanda, sino del jefe de la dependencia o de la seccional o regional, como en el presente caso por el Jefe de la Oficina (dependencia) de Control Interno Disciplinario de la entidad demandada.

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS - Fines / PRINCIPIO DE PUBLICIDAD - Actos de carácter general / PUBLICACION DEL  
ACTO ADMINISTRATIVO - Efectos / VALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO - Ligada al principio de publicación del acto

Entre los atributos del acto administrativo se hallan la presunción de legalidad, la obligatoriedad, la ejecutoriedad y la ejecutividad; que, en tanto los actos no sean conocidos por sus destinatarios, no podrán ser obligatorios, ejecutables u oponible, es decir, mientras no se publique, comunique, notifique o ejecute, según sea el caso, no puede surtir efectos legales y, por tanto, no puede hacerse efectivo por quien lo proferió. Como se sabe, la publicación es el medio empleado para dar a conocer los actos de carácter general, los que, según la ley, no son obligatorios mientras no se divulguen en el órgano oficial, pues sólo de esta forma se cumplirá con dicho requisito que es indispensable para que comience a regir y sea oponible a los particulares. Ciertamente la oponibilidad del acto administrativo resulta siendo diferente de la validez del mismo. Por lo tanto, los defectos que puedan hacer ineficaz un acto no generan su nulidad, por tratarse precisamente de vicios que solo afectan su poder vinculante o fuerza obligatoria, más no hace referencia a su perfección. Así, un acto puede resultar siendo válido pero ineficaz, si no se cumplen oportuna y adecuadamente presupuestos posteriores a su expedición y de los cuales depende forzosamente para hacer viable su materialización. En esas condiciones, el no acatamiento de requisitos ulteriores a su proferimiento, como por ejemplo la falta de notificación, comunicación o publicación, conllevan necesariamente a la ineficacia del acto administrativo pero no a su anulación, pues sus efectos, insiste esta Sala, se hallan supeditados al conocimiento - según la forma exigida en la ley - por sus destinatarios

JORNADA LABORAL - Adecuación en instituciones prestadoras de salud / INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SERVICIOS DE SALUD - Adecuación de la jornada laboral / JORNADA LABORAL - Ampliación / HORARIO DE TRABAJO - Competencia del nominador

Si bien la Resolución No.120 del 15 de julio de 1999, expedida por la Gerente del Hospital de Usaquén I Nivel E.S.E., resuelve "modificar los horarios", se observa que en realidad no se estaba tomando, en ese preciso sentido, una determinación de tal naturaleza pues, examinado su contenido, encuentra esta Sala que simplemente se estaba procediendo a acatar la disposición legal que gobernaba la jornada laboral ordinaria de los empleados, prevista en el artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978. No obstante lo anterior, el Gerente de la entidad demandada, en su condición de representante legal y jefe del respectivo organismo de salud, se encontraba facultado por la norma legal para establecer el horario de trabajo y, según las necesidades del servicio, compensar la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor. El horario de trabajo

establecido en la ley o determinado por el organismo o funcionario facultado para tal efecto, no puede ser objeto de modificación alguna, puesto que se trata de una programación o sistematización laboral que hace parte del buen servicio público (art. 209 C.P.) prestado en las entidades oficiales. Si alguna variación podría presentarse en el ejercicio normal de ciertas funciones en horas predeterminadas, ello será objeto de concertación previa con el funcionario responsable del direccionamiento de las mismas, quien adoptara las medidas correspondientes para no afectar su prestación, pero de ninguna manera puede quedar al arbitrio del servidor público. Observa esta Sala que la demandante cumple inicialmente una jornada laboral, como Odontóloga cuatro (4) horas, comprendida entre la 1:00 y las 5:00 p.m. y luego su horario de trabajo es modificado para ser realizado en horas de la mañana de 7:00 a 11:00. Situación de servicio ésta que se mantiene hasta cuando la empresa social del Estado decide reacomodar su itinerario, por necesidades del servicio de salud, haciéndolo extensivo a los días sábados, pero sin que se excediera en el límite máximo establecido en el Decreto 1042 de 1978. En tratándose de un servicio esencial, como es el de la salud, es posible sacrificar situaciones de menor interés, dadas las circunstancias en que se presenta la tensión pues, aunado a lo anterior, es necesario preservar en este caso aquellos derechos de la comunidad que requiere de especial atención, lo cual se traduce en la supremacía del interés general. En el inciso 2º del artículo 123 de la C.P. se encuentra el fundamento constitucional de la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos, en armonía con el artículo 6º y 209 ibídem. Por lo tanto, el ejercicio de la facultad disciplinaria, en relación con el incumplimiento reiterado en el horario de trabajo por parte de la actora, encuentra sustento normativo constitucional y legal. En consecuencia, se confirmará la sentencia del Tribunal Administrativo, la interesada no logra desvirtuar la legalidad de los actos impugnados

IUS VARIANDI - Concepto según la Corte Constitucional / LIBERTAD RELIGIOSA - Fundamento colectivo / DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA - Faceta de acción. Faceta de omisión / LIBERTAD RELIGIOSA Y DE CULTOS - Protección: Derechos y limitantes

La Corte Constitucional, en sentencia T-407 de 1992 lo define como "(...) la facultad que tiene el patrono de alterar las condiciones de trabajo en cuanto al modo, lugar, cantidad o tiempo de trabajo y ello en virtud del poder subordinante que ejerce sobre sus trabajadores. Su uso estará determinado por las conveniencias razonables y justas que surgen de las necesidades de la empresa y que de todas maneras, según lo tiene establecido la doctrina y la jurisprudencia, habrá de preservarse el honor, la dignidad, los intereses, los derechos mínimos y seguridad del trabajador y dentro de las limitaciones que le imponen la ley, el contrato de trabajo, la convención colectiva y el reglamento de trabajo.". DE LA LIBERTAD DE CULTOS Y DE CONCIENCIA. Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia T-982 del 13 de septiembre de 2001, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, señala: "(...) La libertad religiosa no sólo tiene que ver con la posibilidad de que todo individuo tenga y desarrolle libremente un mundo espiritual propio. El texto constitucional confiere alcances sociales a dicha protección, al garantizar que se practiquen y realicen ciertos actos como consecuencia de profesar creencias religiosas. Por su naturaleza, el derecho individual a la libertad religiosa tiene un fundamento colectivo y una protección comunitaria. La práctica formal y colectiva de un culto no es la única manifestación social de la libertad religiosa. El derecho a la libertad religiosa, tanto en su faceta de acción (poder realizar ciertos actos) como en su faceta de omisión (no ser obligado a hacer algo, en razón a sus creencias), no tiene un carácter absoluto, del que sí goza el derecho en cuestión en su dimensión espiritual individual. En efecto, la Constitución reconoce el derecho a toda persona para que crea en lo que quiera, sin ningún tipo de restricción. En cambio las acciones y omisiones derivadas de la religión, cuyo ejercicio también se garantiza constitucionalmente, sí tienen límites. La disposición constitucional (art. 19) es desarrollada en la Ley Estatutaria 133 de 1994, por la cual se garantiza el derecho fundamental a la libertad religiosa y de cultos, se protege a todas las personas en sus creencias, así como a las iglesias y confesiones religiosas, se facilita la participación de todos en la consecución del bien común y se reconoce la diversidad de credos religiosos. De tal libertad se desprenden, entre otros, estos derechos: (i) el de profesar un credo religioso o de no hacerlo, pasar de una confesión a otra, manifestarla libremente o abstenerse de expresarla; (ii) el de practicar actos de oración y culto, bien sea en forma individual o colectiva, en privado o en público, a celebrar sus festividades y a no ser molestado en el ejercicio de sus derechos; (iii) el de no ser impedido, por motivos religiosos, para acceder a una dignidad privada o pública o para ejercerla; y (iv) el de congregarse con fines religiosos para desarrollar actividades de tal naturaleza (art. 6º ibídem). No obstante garantizarse tales derechos, el ejercicio de la libertad religiosa y de culto encuentra en nuestro sistema unas limitantes, (i) cuando se trata de salvaguardar el derecho de las demás personas en el "ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales" y (ii) cuando se trata de proteger el orden público, concebido éste dentro de las tradicionales nociones de seguridad, salud y moralidad pública, en una sociedad democrática (art. 4º ibídem), obviamente con el propósito de garantizar el interés general (principio finalísimo - art. 209 C.P.).

SEGURIDAD SOCIAL - Naturaleza jurídica / SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Objetivos / EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO - Régimen jurídico: Objeto

Ahora bien, de conformidad con los artículos 48 de la Constitución Política y 4º de la Ley 100 de 1993, la seguridad social en Colombia es un servicio público esencial de carácter obligatorio, el cual se encuentra sujeto a los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad. Como objetivos del sistema general de seguridad social en salud, además de regular el servicio público relacionado con esta materia, está el de crear condiciones de acceso a toda la población al servicio en todos los niveles de atención (art. 152 Ley 100/93); y como normas rectoras del señalado sistema se encuentran la equidad, la obligatoriedad, la protección integral, la libre escogencia, la autonomía institucional, la descentralización administrativa, la participación social, la concertación y la calidad (art. 153 ibídem). Autorizado por la Carta Política, el legislador ordinario instituye las empresas sociales del Estado como una categoría especial de entidad pública descentralizada. Su régimen jurídico se encuentra previsto en el artículo 194 de la Ley 100 de 1993. Su objeto general será la prestación esencial del servicio público de salud y entre sus objetivos específicos se encuentran, entre otros: (i) los de producir un servicio de salud de manera eficiente y eficaz, es decir, que cumpla con las normas de calidad impuestas, contando con personal idóneo, capacitado y dispuesto a su prestación efectiva y (ii) los de atender los servicios de salud que demande la población, en consideración a la disponibilidad de la empresa para ofrecerlos (art. 4º Dcto. 1876/94). De tal suerte que la no prestación del servicio de salud o su defectuosa asistencia no solo genera responsabilidad en el servidor público sino que igualmente compromete otros derechos que le son consubstanciales a la comunidad, como es la atención de la salud y las consecuencias que de allí puedan derivarse.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

CONSEJERO PONENTE: ALBERTO ARANGO MANTILLA

BOGOTÁ D.C., PRIMERO (1º) DE MARZO DE DOS MIL SIETE (2007)

RADICACIÓN NÚMERO: 25000-23-25-000-2002-08388-01(4807-04)

ACTOR: YOLANDA MORENO

DEMANDADO: HOSPITAL DE USAQUEN I NIVEL E.S.E.

SE DECIDE EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA PARTE ACTORA CONTRA LA SENTENCIA DEL 6 DE MAYO DE 2004, PROFERIDA POR LA SALA DE DESCONGESTIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A. y por conducto de apoderado judicial, la señora Yolanda Moreno demanda de esta jurisdicción: 1) Que se inaplique la Resolución No.120 del 15 de julio de 2000, expedida por la Gerente del Hospital de Usaquén I Nivel E.S.E., por la cual se modifican los horarios; 2) Que se anule el fallo de primera instancia - investigación disciplinaria 011-2000 -, proferida por el Jefe de Control Interno Disciplinario, por la cual se le impone, como sanción, suspensión en el ejercicio del cargo por un período de noventa (90) días sin derecho a remuneración salarial (art. 2º); 3) Que se anule el fallo de segunda instancia - investigación disciplinaria 011-2000 -, proferida el Gerente del hospital, que confirma la decisión anterior; 4) Que se anule la Resolución No.00080 del 25 de febrero de 2002, por la cual se da cumplimiento a los fallos anteriores.

A título de restablecimiento del derecho solicita el reintegro y pago de los salarios correspondientes a los noventa (90) días de suspensión, con sus respectivos aumentos anuales y prestaciones sociales legales y extralegales, causadas entre el momento de la suspensión y el de su reintegro, sin solución de continuidad; reconocer y pagar, a título de trabajo suplementario, todos y cada unos de los sábados trabajados, antes y después de la suspensión; ordenar retirar de su hoja de vida la sanción impuesta; condenar al hospital en perjuicios morales y costas; y que se dé aplicación a lo dispuesto en los artículos 176 a 178 del C.C.A.

HECHOS:

Pueden resumirse así:

1) La demandante se vincula el 2 de abril de 1995 al hospital como Odontóloga 4 horas, y es inscrita en el escalafón de carrera administrativa. Cumple una jornada ordinaria de trabajo de lunes a viernes, conforme al acto de nombramiento y normas legales, sin que hubiese sido objeto de llamado de atención alguna, hasta cuando se expide la resolución 120 que modifica los horarios.

2) Mediante resoluciones 004511 de 1992 y 00800 de 1993, la Secretaría Distrital de Salud establece los horarios de trabajo de los hospitales de los niveles I, II y III de atención, y demás organismos adscritos o vinculados, estableciéndola de lunes a viernes de 8 a.m. a 5 p.m., en jornada continua.

3) Después de laborar 4 años en esa jornada, la gerente, con base en facultades otorgadas por la junta directiva, resuelve modificar la jornada laboral mediante la resolución 120 de 1999 y posteriormente por la 0327 del mismo año. Con fundamento en tales actos, la directora de la Unidad Primaria de Atención en Salud - UPAS SERVITA - sitio en donde presta sus servicios la actora, y jefe inmediata, programa jornadas adicionales de 4 horas los días sábados, a partir de enero de 2000, lo que considera como una desmejora de sus condiciones iniciales de trabajo, además de generarle un malestar con la Comunidad Mesiánica Shalom de la cual es devota y miembro activo, en tanto debía incumplir no solo compromisos familiares sino con su comunidad religiosa, constituyéndose la decisión de la administración en arbitraria e ilegal, cuando ha debido reprogramar esas 4 horas de lunes a viernes.

4) Como consecuencia de su desacato e inasistencia a laborar los turnos programados en días sábados se le inicia una investigación disciplinaria, según informe enviado por las quejas Cielo Beltrán y Claudia Ruiz.

5) Al rendir versión libre y espontánea en la indagación preliminar, así como durante el transcurso del proceso disciplinario, alega su condición de miembro de comunidad religiosa que le impedía desarrollar un trabajo remunerado los días sábados, lo cual no es considerado por la entidad.

6) El 8 de octubre de 2001, el jefe de la oficina de control interno disciplinario, sin tener competencia para ello, emite fallo de primera instancia, imponiendo la sanción de suspensión en el ejercicio del cargo, decisión que es ratificada en segunda instancia por el gerente el 11 de febrero de 2002.

Dada la naturaleza de la entidad y el servicio público de salud que presta, la ampliación o modificación de los horarios de atención deben estar contenidos en actos de carácter general y además ser publicados.

## NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Invoca como tales, los artículos 13, 16, 18, 19, 29, 53 y 122 de la Constitución Política; 4, 40, 41, 48, 57, 61, 77 y 131-1 de la Ley 200 de 1995; 1 de la Ley 10 de 1990; 1 y 152 de la Ley 100 de 1993; 1 de la Ley 443 de 1998; 6 de la Ley 133 de 1994; 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Ley 74 de 1968; 12 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José, aprobado por la Ley 16 de 1972; y 6-3 del Convenio 106 de la OIT.

Alega: (i) Falta de competencia funcional de la oficina de control interno disciplinario para fallar en primera instancia, en tanto ella no reside en el jefe de esa oficina sino en su jefe inmediata la directora de la Unidad de Atención Primaria - UPA SERVITA -, conforme a la ley 200/95, en tratándose de la comisión de una falta grave, pues dicho órgano de control sólo tenía facultad para adelantar la investigación (instrucción) más no para asumir la función de fallador. (ii) Violación al principio de publicidad, ya que la Resolución No.120 de 1999 - acto de carácter general y fundamento de la sanción -, no es oponible a terceros y por lo tanto carece de efectos jurídicos, porque no es insertada en la Gaceta Distrital, lo cual la releva de su acatamiento. (iii) Violación al ius variandi y a un trabajo en condiciones dignas y justas, en la medida en que se desconoce que había sido vinculada para laborar una jornada de cuatro (4) horas diarias de lunes a viernes, sin que se viera afectado el servicio público, lo que implica un desmejoramiento de sus condiciones laborales, personales y familiares, pues se modifica su jornada de trabajo sin motivación alguna y sin tener en cuenta que pertenece a una comunidad religiosa. (iv) Violación a la libertad de cultos y de conciencia, al pertenecer a la Comunidad Mesiánica Shalom - de la cual es miembro activo ella y su señor esposo -, pues estrechan sus relaciones a partir del viernes a las 6 p.m. y hasta las 6 p.m. del día sábado, jornada ésta durante la cual no pueden realizar ninguna labor remunerada, en tanto se le está impidiendo ejercer un derecho fundamental constitucional, situación reconocida por el Estado colombiano en los diferentes convenios celebrados. (v) Violación al principio de favorabilidad, primacía de la realidad, derechos adquiridos y a la consensualidad que impera en las relaciones laborales, puesto que tenía una jornada ordinaria de trabajo de cuatro (4) horas diarias de lunes a viernes pactada con la administración.

## LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo niega las pretensiones de la demanda.

Al examinar cada uno de los cargos alegados en la demanda, encuentra esa Corporación que la oficina de control interno disciplinario si estaba facultada para investigar y fallar en primera instancia el proceso disciplinario, conforme lo ha señalado la Corte Constitucional en sentencia C-044/98; que la resolución 120 de 2000 si es dada a conocer por la entidad, previamente a su ejecución, mediante la circular 3-99 de la Gerencia; que por tratarse de una situación legal y reglamentaria, los servidores ejercen sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento, y por ser un servicio público esencial el de salud, obligados a acatar la jornada de trabajo impuesta, puesto que la exigencia que se le hacía a la actora estaba dentro del límite máximo fijado por el Decreto 1042 de 1978 y por la Ley 269 de 1996; que siendo prevalente el interés general - servicio esencial de salud - sobre el particular - libertad religiosa -, la entidad pretendía con el establecimiento del horario buscar la realización de los fines del Estado, además, ella se vincula a la comunidad religiosa con posterioridad a la expedición de la resolución 120; y que no puede señalarse como violado un derecho adquirido cuando éste nace en contra del ordenamiento jurídico.

## LA APELACION

Inconforme con la sentencia de primera instancia la parte actora la apela.

Insiste en la falta de competencia del jefe de la oficina de control interno disciplinario para fallar el asunto. Estima que el Tribunal hace una indebida interpretación de la sentencia C-044/98 de la Corte Constitucional, pues una cosa es (i) conocer e instruir y otra (ii) es fallar, correspondiéndole la primera a esa oficina y la segunda al jefe inmediato si se trata de una falta leve y al jefe de la dependencia, seccional o regional correspondiente si de una grave o gravísima y la segunda instancia al nominador. En este caso le correspondía a su jefe inmediato, quien era a su vez jefe de la dependencia del hospital, Dra. Cielo Constanza Beltrán, como directora del centro de salud, conforme a la estructura orgánica de la entidad y al manual de requisitos y funciones. Que el jefe de la oficina de control interno disciplinario no ejercía sobre la actora una labor de subordinación laboral, pues esta le correspondía al jefe de la dependencia, es decir, al director del CAMI SERVITA o director de la zona centro.

Dice que desde el momento mismo de expedición de la Resolución 120 de 1999, por la cual se adicionan o varían las jornadas laborales, hizo saber a la entidad la situación de incompatibilidad constitucional en que se hallaba para laborar los días sábados, por profesar una religión que le impedía hacerlo en forma remunerada; que las ausencias de la actora se ocasionaron a partir del mes de enero de 2000, después de haberse adherido a la comunidad dos meses y medio atrás; que si bien la resolución 120 es de julio de 1999 y comunicada en agosto, la actora se adhiere a la comunidad religiosa en noviembre de 1999, por lo que se encuentra en una incompatibilidad constitucional sobreviniente; que existiendo la posibilidad de adicionar su jornada ordinaria de trabajo de lunes a viernes, conforme al artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, la administración no se pronuncia ante tal propuesta sino que simplemente guarda silencio y la disciplina; que la entidad no respeta el derecho constitucional a la libertad religiosa y no considera que el servicio de salud no se traumatiza; que en ningún caso el empleado puede ser desmejorado en sus condiciones laborales - ius variandi -, pues no podía la actora ser obligada a laborar los sábados cuando estos días están destinados, por la religión que profesa, para adorar a Dios y acudir al culto; que se hace necesario examinar lo dispuesto en los artículos 18 y 19 de la C.P., 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 12 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 6 del Convenio 106 de la OIT, 4 y 6 de la Ley Estatutaria 133 de 1994 y en la sentencia T-982/01 de la Corte Constitucional.

Finalmente reitera que la Resolución 120 de 2000, por ser un acto de carácter general, debió publicarse en la forma establecida en la ley (Art. 3, 43, 46 y 48 del C.C.A., 1º de la Ley 57 de 1985 y 209 de la C.P.), en el órgano distrital de divulgación correspondiente, en tanto no solo modifica

la intensidad en su jornada de trabajo sino que afecta a la comunidad usuaria de los servicios médicos asistenciales, al incrementar el horario de atención y por ende la prestación de los servicios.

#### ALEGATOS

El apoderado judicial de la entidad demandada señala que la decisión disciplinaria es adoptada por la reiterada violación de la actora a la jornada de trabajo, no obstante tratarse de una reglamentación de carácter legal o estatutario, por lo que no era posible entrar a discutir las condiciones del empleo. Que, conforme al Decreto 1042/78, el trabajo realizado el día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando excede la jornada máxima semanal. Que en el establecimiento de horarios, a la demandante se le olvidó citar la resolución 1686 de 1996 que revocó las resoluciones 004511 de 1992 y 00800 de 1993 por ser violatorias de la ley. Que la resolución 120 de 1999 no modifica la jornada de trabajo sino que la adecua conforme a lo estipulado en la ley, en donde se establecen 44 horas a la semana y, por lo tanto, los de medio tiempo deben laborar 22 horas a la semana. Y que de acuerdo con disposiciones constitucionales (Art. 6, 13, 124 y 209) y legales (Art. 40 y 41 Ley 200/95 y 33 Dcto. 1042/78), la demandante no sólo estaba obligada a cumplir con la jornada de trabajo sino a prestarle un servicio a la comunidad.

Por su parte, el apoderado judicial de la actora insiste fundamentalmente en los argumentos expuestos en el transcurso del proceso, los cuales considera como suficientes para darle prosperidad a las súplicas de la demanda.

Procede la Sala a decidir, previas las siguientes

#### CONSIDERACIONES

Se contrae este proceso a establecer si se ajustan o no a derecho los siguientes actos expedidos por el Hospital de Usaqué I Nivel E.S.E.: 1) Que se inaplique la Resolución No.120 del 15 de julio de 2000, expedida por la Gerente del Hospital de Usaqué I Nivel E.S.E., por la cual se modifican los horarios; 2) Que se anule el fallo de primera instancia - investigación disciplinaria 011-2000 -, proferida por el Jefe de Control Interno Disciplinario, por la cual se le impone como sanción suspensión en el ejercicio del cargo por un período de noventa (90) días, sin derecho a remuneración salarial (art. 2º); 3) Que se anule el fallo de segunda instancia - investigación disciplinaria 011-2000 -, proferida el Gerente del hospital, que confirma la decisión anterior; 4) Que se anule la Resolución No.00080 del 25 de febrero de 2002, por la cual se da cumplimiento a los fallos anteriores.

Se analizarán entonces los aspectos de ilegalidad propuestos en la demanda, relacionados con (i) falta de competencia de la oficina de control interno disciplinario para fallar en primera instancia pues, por tratarse de la comisión de una falta grave, dicho órgano de control sólo tenía facultad para adelantar la investigación (instrucción); (ii) violación al principio de publicidad, ya que la Resolución No.120 de 1999 - acto de carácter general y fundamento de la sanción -, no es oponible a terceros y por lo tanto carece de efectos jurídicos, porque no es insertada en la Gaceta Distrital; (iii) violación del ius variandi, en la medida en que se desconoce que había sido vinculada para laborar una jornada de 4 horas diarias de lunes a viernes, lo que implica una desmejora en sus condiciones laborales, pues se modifica su jornada de trabajo sin motivación alguna y sin tener en cuenta que pertenece a una comunidad religiosa; (iv) violación a la libertad de cultos y de conciencia, por desconocer su pertenencia a la Comunidad Mesiánica Shalom, pues no puede realizar ninguna labor remunerada los días sábados.

##### 1. DE LA COMPETENCIA.-

##### 2.

Es claro que la falta de competencia radica en que una autoridad adopta una decisión sin estar legalmente facultado para ello y se configura dicha causal de nulidad cuando se desconocen cualesquiera de los elementos que la componen, como por ejemplo, cuando no se tiene atribución sustancial para la expedición de un acto jurídico (competencia material) o cuando éste no puede dictarse sino dentro de determinada jurisdicción (competencia territorial) o cuando solo se cuenta con un tiempo determinado para su expedición (competencia temporal).

Conforme a las disposiciones que gobiernan la situación, la Sala examinará cuál es el funcionario competente para decidir en primera instancia el proceso disciplinario.

Disponen los ARTÍCULOS 48 Y 49 DE LA LEY 200 DE 1995:

"ARTICULO 48. CONTROL DISCIPLINARIO INTERNO. Toda entidad u organismo del Estado, excepto la Rama Judicial debe constituir una unidad u oficina del más alto nivel, encargada de conocer en primera instancia, de los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores. La segunda instancia será de competencia del nominador."

"ARTICULO 49. SIGNIFICADO DE CONTROL INTERNO. Cuando en este Código se utilice la locución 'control interno o control interno disciplinario de la entidad' debe entenderse por tal la oficina o dependencia que conforme a la ley tenga a su cargo el ejercicio de la función disciplinaria." (Se resalta).

Indudablemente las entidades u organismos del Estado están obligadas a constituir una unidad u oficina del más alto nivel pues, dada la responsabilidad y complejidad en el manejo de estos asuntos, se requiere de personal altamente calificado para ejercer la función disciplinaria y, de ahí, la facultad que les confiere el legislador para conocer en primera instancia de los procesos adelantados en contra de sus empleados, como prenda de garantía de los derechos de quienes son objeto de una investigación de tal naturaleza y además de poder gozar de una doble instancia.

Ha de concebirse entonces, conforme a las normas anteriores, que la expresión "control interno disciplinario" se refiere a aquella dependencia que le corresponde asumir conocimiento - se insiste en primera instancia - de la función disciplinaria. Así, se tiene que dicha dependencia hace parte de la estructura organizacional de las diferentes entidades del Estado, cuya atribución especial, en materia disciplinaria, le ha sido asignada en forma expresa por el legislador, precisamente en virtud de la desconcentración de la función disciplinaria a fin de hacerla más efectiva.

Según se ha establecido, la función disciplinaria es la capacidad o la aptitud legal que se tiene no solo para investigar una conducta posiblemente reprochable sino para sancionar las faltas cometidas por un servidor del Estado, bien sea por infracción a las normas constitucionales, legales o reglamentarias. Se concreta entonces en la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas.

Ciertamente la competencia se determina en consideración a la calidad del sujeto disciplinable, a la naturaleza del hecho o de la omisión, a la jurisdicción en donde se realiza la conducta o debió realizarse la acción y al factor funcional y al de conexidad (artículo 55 de la Ley 200/95).

Si bien el artículo 57 de la Ley 200 de 1995 le atribuye a la oficina de control interno la facultad de adelantar las respectivas investigaciones disciplinarias, cuando hubiere lugar a ello, esto no significa una delimitación o restricción en el ejercicio de sus funciones, pues resulta forzoso armonizar esta disposición con lo dispuesto en el artículo 61 de la misma ley, como para comprender que igualmente le asiste a esa oficina la de proferir los correspondientes fallos en primera instancia.

Prevé el artículo 61 de la citada ley:

"COMPETENCIA FUNCIONAL. Corresponde al jefe inmediato del investigado, cuando la falta sea leve, fallar el proceso en única instancia.

Cuando se trate de la comisión de falta calificada como grave o gravísima, el jefe de la dependencia o de la seccional o regional correspondiente fallará el proceso en primera instancia, en cuyo caso la segunda instancia le compete al nominador. (...)" (se resalta).

Obsérvese como la asunción de competencias para fallar un proceso disciplinario está determinada por la calificación de la falta cometida por el servidor público, pues si se trata de una catalogada como leve le corresponde al jefe inmediato, pero si se trata de una grave o gravísima al jefe de la dependencia o de la seccional o regional, según sea el caso.

En tratándose entonces de una falta calificada como grave, la ley no exige que sea decidido por el jefe inmediato, como se afirma en la demanda, sino del jefe de la dependencia o de la seccional o regional, como en el presente caso por el Jefe de la Oficina(dependencia) de Control Interno Disciplinario del Hospital de Usaquén I Nivel E.S.E.

No prospera el cargo formulado.

## 2. DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD.

Alega la actora que la Resolución No.120 de 1999 no es insertada en la Gaceta Distrital, no obstante tratarse de un acto de carácter general, y por lo tanto no le resulta oponible.

Entre los atributos del acto administrativo se hallan la presunción de legalidad, la obligatoriedad, la ejecutoriedad y la ejecutividad; que, en tanto los actos no sean conocidos por sus destinatarios, no podrán ser obligatorios, ejecutables u oponibles, es decir, mientras no se publique, comunique, notifique o ejecute, según sea el caso, no puede surtir efectos legales y, por tanto, no puede hacerse efectivo por quien lo proferió.

Como se sabe, la publicación es el medio empleado para dar a conocer los actos de carácter general, los que, según la ley, no son obligatorios mientras no se divulguen en el órgano oficial, pues sólo de esta forma se cumplirá con dicho requisito que es indispensable para que comience a regir y sea oponible a los particulares.

Ciertamente la oponibilidad del acto administrativo resulta siendo diferente de la validez del mismo. Por lo tanto, los defectos que puedan hacer ineficaz un acto no generan su nulidad, por tratarse precisamente de vicios que solo afectan su poder vinculante o fuerza obligatoria, más no hace referencia a su perfección. Así, un acto puede resultar siendo válido pero ineficaz, si no se cumplen oportuna y adecuadamente presupuestos posteriores a su expedición y de los cuales depende forzosamente para hacer viable su materialización.

En esas condiciones, el no acatamiento de requisitos ulteriores a su procedimiento, como por ejemplo la falta de notificación, comunicación o publicación, conllevan necesariamente a la ineficacia del acto administrativo pero no a su anulación, pues sus efectos, insiste esta Sala, se hallan supeditados al conocimiento - según la forma exigida en la ley - por sus destinatarios.

Si bien la Resolución No.120 del 15 de julio de 1999, expedida por la Gerente del Hospital de Usaquén I Nivel E.S.E., resuelve "modificar los horarios", se observa que en realidad no se estaba tomando, en ese preciso sentido, una determinación de tal naturaleza pues, examinado su contenido (fls. 60-61 C.3), encuentra esta Sala que simplemente se estaba procediendo a acatar la disposición legal que gobernaba la jornada laboral ordinaria de los empleados, prevista en el artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978, que es del siguiente tenor:

"DE LA JORNADA DE TRABAJO.- La asignación mensual fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el presente decreto, corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro horas semanales. A los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia, podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana exceda un límite de 66 horas.

Dentro del límite fijado en este artículo, el jefe del respectivo organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras.

El trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal. En este caso se aplicará lo dispuesto para las horas extras." (Se resalta).

La anterior disposición legal resulta aplicable a los empleados del sector de la salud, en armonía con lo previsto en el artículo 2º de la Ley 269 de 1996.

En esas condiciones, el hecho de que se hubiese implementado una jornada de cuarenta y cuatro (44) horas a la semana para los empleados públicos del Hospital de Usaquén I Nivel, no implica en manera alguna modificación en su horario de trabajo sino de un ajuste en el desempeño de su itinerario laboral, en atención no solo a la norma legal citada sino al Concepto 2825 del 28 de octubre de 1996 de la Oficina Jurídica del Ministerio de Salud, a la Circular 018 del 19 de febrero de 1999 de la Secretaría Distrital de Salud y al Reglamento Interno de Trabajo, preceptos éstos a los cuales se le estaba dando, sencilla y llanamente, cumplimiento.

No obstante lo anterior, el Gerente del Hospital de Usaquén E.S.E., en su condición de representante legal y jefe del respectivo organismo de salud, se encontraba facultado por la norma legal para establecer el horario de trabajo y, según las necesidades del servicio, compensar la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor.

Así las cosas, la resolución gerencial simplemente acata disposiciones de orden legal y reglamentario que habían fijado anteriormente el horario de trabajo y, por lo tanto, no era necesario que dicha resolución se insertara en la gaceta distrital. No obstante, mediante Circular No.3-99 del 9 de agosto de 1999 se puso en conocimiento la resolución 120 fol. 62 C.4). Así lo declaran igualmente las deponentes (fls. 157-162 C. Ppal.)

El horario de trabajo establecido en la ley o determinado por el organismo o funcionario facultado para tal efecto, no puede ser objeto de modificación alguna, puesto que se trata de una programación o sistematización laboral que hace parte del buen servicio público (art. 209 C.P.) prestado en las entidades oficiales. Si alguna variación podría presentarse en el ejercicio normal de ciertas funciones en horas predeterminadas, ello será objeto de concertación previa con el funcionario responsable del direccionamiento de las mismas, quien adoptara las medidas correspondientes para no afectar su prestación, pero de ninguna manera puede quedar al arbitrio del servidor público.

### 3. DEL IUS VARIANDI.-

La Corte Constitucional, en sentencia T-407 de 1992 lo define como "(...) la facultad que tiene el patrono de alterar las condiciones de trabajo en cuanto al modo, lugar, cantidad o tiempo de trabajo y ello en virtud del poder subordinante que ejerce sobre sus trabajadores. Su uso estará determinado por las conveniencias razonables y justas que surgen de las necesidades de la empresa y que de todas maneras, según lo tiene establecido la doctrina y la jurisprudencia, habrá de preservarse el honor, la dignidad, los intereses, los derechos mínimos y seguridad del trabajador y dentro de las limitaciones que le imponen la ley, el contrato de trabajo, la convención colectiva y el reglamento de trabajo."

Es importante anotar que el hecho de venir cumpliendo un horario en jornada inferior a la establecida por el legislador no puede constituirse, en manera siquiera alguna, en un derecho adquirido, pues lo normal es el ejercicio de las funciones dentro de los límites establecidos. En tal caso, si la demandante venía prestando sus servicios laborales personales a la E.S.E., como Odontóloga de cuatro (4) horas de lunes a viernes, era factible que su jornada de trabajo hubiese sido modificada por el gerente, como en efecto lo hace, pues se consideró la necesidad de ajustarla a la normatividad legal y como consecuencia a que se prestara el servicio los días sábados.

La obligación de observar el reglamento de trabajo, que en el caso de los empleados públicos se encuentra fundamentalmente en la ley, nace o aparece desde el instante mismo en que el servidor oficial jura cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le corresponden (art. 122 - inciso 2º - de la C.P.). Situación que debió tener de presente la demandante al momento de tomar posesión del cargo de Odontóloga.

No existe ausencia de motivación y por tanto no prospera el cargo.

### 4. DE LA LIBERTAD DE CULTOS Y DE CONCIENCIA.-

Alega que el hecho de pertenecer a la Comunidad Mesiánica Shalom le impide realizar labores remuneradas los días sábados.

Disponen en su orden los artículos 18 y 19 de la Constitución Política:

"Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia."

"Se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva. Todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley."

Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia T-982 del 13 de septiembre de 2001, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, señala:

"(...) La libertad religiosa no sólo tiene que ver con la posibilidad de que todo individuo tenga y desarrolle libremente un mundo espiritual propio. El texto constitucional confiere alcances sociales a dicha protección, al garantizar que se practiquen y realicen ciertos actos como consecuencia

de profesar creencias religiosas. Por su naturaleza, el derecho individual a la libertad religiosa tiene un fundamento colectivo y una protección comunitaria. La práctica formal y colectiva de un culto no es la única manifestación social de la libertad religiosa.

(...) Esta Corporación a través de su jurisprudencia ha reconocido la importancia de esta garantía constitucional, precisando que su protección contempla el poder llevar a cabo ciertas acciones, así como la posibilidad de negarse a realizar otras. Al respecto se ha dicho,

'La libertad religiosa, garantizada por la Constitución, no se detiene en la asunción de un determinado credo, sino que se extiende a los actos externos en los que éste se manifiesta. Particularmente, para el creyente la coherencia de su vida personal con los dogmas y creencias de su religión, reviste una importancia capital, hasta el punto de que ella es fuente de complacencia o de inmenso sufrimiento en el evento de que por cualquier razón ella no se logre alcanzar. Si esto es así sería incongruente que el ordenamiento de una parte garantizase la libertad religiosa, pero de otra parte, se negase a proteger las manifestaciones más valiosas de la experiencia religiosa, como la relativa a la aspiración de coherencia a la que apunta el creyente entre lo que profesa y lo que practica. Este elemento que pertenece al núcleo esencial de la libertad religiosa, define igualmente una facultad que es central a la libertad de conciencia, que refuerza si se quiere aún más la defensa constitucional de los modos de vida que sean la expresión cabal de las convicciones personales más arraigadas.'(Resaltado fuera del texto)

(...).

El derecho a la libertad religiosa, tanto en su faceta de acción (poder realizar ciertos actos) como en su faceta de omisión (no ser obligado a hacer algo, en razón a sus creencias), no tiene un carácter absoluto, del que sí goza el derecho en cuestión en su dimensión espiritual individual. En efecto, la Constitución reconoce el derecho a toda persona para que crea en lo que quiera, sin ningún tipo de restricción. En cambio las acciones y omisiones derivadas de la religión, cuyo ejercicio también se garantiza constitucionalmente, sí tienen límites.

(...).

Es claro para esta Sala que las convicciones de todo miembro de la Iglesia Adventista del Séptimo Día de que el día sábado debe guardarse para la adoración al Señor es una de sus principales creencias y festividades, y una de sus principales prácticas religiosas. En esa medida, está cobijada por el ámbito de protección de la libertad de religión y cultos. Una de las creencias fundamentales de los adventistas, es que deben guardar el día sábado a Dios. Obligarlos a trabajar ese día conlleva desconocer por completo ese ámbito de protección de la libertad religiosa e implica obligarlos a actuar en contra de una de sus creencias centrales.

(...).

No puede aceptar la Sala una interpretación según la cual, el goce efectivo del derecho constitucional fundamental de la accionante dependa de un acuerdo entre ella y su empleador. A la luz de la Constitución y los tratados citados, es preciso reconocer que dentro del ámbito de protección del derecho de la accionante se encuentra la posibilidad de observar el sabbath. El objeto del acuerdo entre las partes, entonces, es para que el empleador y trabajador decidan cómo, cuándo y bajo qué circunstancias se recuperará el tiempo en el que la persona no puede trabajar, debido a que ejercita su derecho a consagrar el sábado a Dios. El acuerdo tiene por objeto hacer efectivo el derecho sin que se perturbe la organización empresarial, es decir, conciliar la libertad religiosa con el deber de trabajar, según las circunstancias de cada empresa. Esta es la interpretación conforme a la Constitución.

(...).

La afectación que en este caso se hace del derecho a la libertad religiosa es grave, a pesar de ser el resultado del ejercicio de la facultad legal del empleador para fijar el horario de sus trabajadores. Como lo dice el propio texto legal que da sustento a dicha facultad, en ejercicio de ella no puede afectarse "el honor, la dignidad y los derechos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país. (...)".

La disposición constitucional (art. 19) es desarrollada en la Ley Estatutaria 133 de 1994, por la cual se garantiza el derecho fundamental a la libertad religiosa y de cultos, se protege a todas las personas en sus creencias, así como a las iglesias y confesiones religiosas, se facilita la participación de todos en la consecución del bien común y se reconoce la diversidad de credos religiosos.

De tal libertad se desprenden, entre otros, estos derechos: (i) el de profesar un credo religioso o de no hacerlo, pasar de una confesión a otra, manifestarla libremente o abstenerse de expresarla; (ii) el de practicar actos de oración y culto, bien sea en forma individual o colectiva, en privado o en público, a celebrar sus festividades y a no ser molestado en el ejercicio de sus derechos; (iii) el de no ser impedido, por motivos religiosos, para acceder a dignidad privada o pública o para ejercerla; y (iv) el de congregarse con fines religiosos para desarrollar actividades de tal naturaleza (art. 6º *ibídem*).

No obstante garantizarse tales derechos, el ejercicio de la libertad religiosa y de culto encuentra en nuestro sistema unas limitantes, (i) cuando se trata de salvaguardar el derecho de las demás personas en el "ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales" y (ii) cuando se trata de proteger el orden público, concebido éste dentro de las tradicionales nociones de seguridad, salud y moralidad pública, en una sociedad democrática (art. 4º *ibídem*), obviamente con el propósito de garantizar el interés general (principio finalístico - art. 209 C.P.).

Sobre el mismo tema, la Corte Constitucional, en sentencia T-662/99, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero, ha señalado:

"(...) El derecho a la libertad religiosa se encuentra sujeto necesariamente a ciertos límites, que no son otros que aquellos que permitan armonizar el legítimo ejercicio de ese derecho, con los derechos ajenos y las exigencias del justo orden público y la seguridad jurídica de todos.



Puede verse limitado legítimamente de conformidad con el ordenamiento, a fin de garantizar el pluralismo y respetar el conjunto material y perceptible de condiciones públicas de seguridad, salubridad, moralidad y tranquilidad, que no sólo hacen posible la pacífica convivencia sino que permiten simultáneamente, el desenvolvimiento de la libertad colectiva y el ejercicio eficaz de la autoridad. Además, como garantía de la protección que se pretende lograr con la consagración de tal libertad, tampoco será admisible el abuso del derecho por parte de su titular. (...)"

Ahora bien, de conformidad con los artículos 48 de la Constitución Política y 4º de la Ley 100 de 1993, la seguridad social en Colombia es un servicio público esencial de carácter obligatorio, el cual se encuentra sujeto a los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad.

Como objetivos del sistema general de seguridad social en salud, además de regular el servicio público relacionado con esta materia, está el de crear condiciones de acceso a toda la población al servicio en todos los niveles de atención (art. 152 Ley 100/93); y como normas rectoras del señalado sistema se encuentran la equidad, la obligatoriedad, la protección integral, la libre escogencia, la autonomía institucional, la descentralización administrativa, la participación social, la concertación y la calidad (art. 153 ibídem).

Autorizado por la Carta Política, el legislador ordinario instituye las empresas sociales del Estado como una categoría especial de entidad pública descentralizada. Su régimen jurídico se encuentra previsto en el artículo 194 de la Ley 100 de 1993. Su objeto general será la prestación esencial del servicio público de salud y entre sus objetivos específicos se encuentran, entre otros: (i) los de producir un servicio de salud de manera eficiente y eficaz, es decir, que cumpla con las normas de calidad impuestas, contando con personal idóneo, capacitado y dispuesto a su prestación efectiva y (ii) los de atender los servicios de salud que demande la población, en consideración a la disponibilidad de la empresa para ofrecerlos (art. 4º Dcto. 1876/94).

La gestión institucional en materia de salud - misión y objetivos - de las empresas sociales del Estado depende de los diferentes productos, recursos y procedimientos empleados en forma adecuada, coordinada y complementada en cada una de las tres áreas funcionales (dirección, atención al usuario y de logística), esto es, como componentes necesarios e indispensables que armonizan la estructura básica de una entidad de esta naturaleza, en donde el personal responsable del direccionamiento y manejo del servicio resulta de vital importancia para el logro de su cometido estatal de naturaleza especial.

De tal suerte que la no prestación del servicio de salud o su defectuosa asistencia no solo genera responsabilidad en el servidor público sino que igualmente compromete otros derechos que le son consubstanciales a la comunidad, como es la atención de la salud y las consecuencias que de allí puedan derivarse.

Examinará esta Sala entonces las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollan los hechos, a fin de verificar la posible tensión entre derechos fundamentales de protección constitucional.

Al momento de su posesión - 2 de abril de 1995 -, la señora Yolanda Moreno se compromete a cumplir y defender la Constitución, la ley y el reglamento, así como a desempeñar los deberes que le incumben (art. 122 - inciso 2º - C.P.), conforme a la relación legal y reglamentaria que se establecía en ese momento, y dentro de la cual se encuentra obviamente la observación del horario de trabajo dispuesto por mandato legal.

Observa esta Sala que la demandante cumple inicialmente una jornada laboral, como Odontóloga cuatro (4) horas, comprendida entre la 1:00 y las 5:00 p.m. (fl. 191 C. 2) y luego su horario de trabajo es modificado para ser realizado en horas de la mañana de 7:00 a 11:00 (fls. 75 y 190 C. 2). Situación de servicio ésta que se mantiene hasta cuando la empresa social del Estado decide reacomodar su itinerario, por necesidades del servicio de salud, haciéndolo extensivo a los días sábados, pero sin que se excediera en el límite máximo establecido en el Decreto 1042 de 1978.

Al momento de implementarse la jornada de 44 horas semanales de lunes a sábado a los empleados públicos de la Unidades Primarias y Básicas de Atención en Salud - UPAS y UBAS - del Hospital de Usaquén I Nivel E.S.E., mediante la Resolución No.120 del 15 de julio de 1999, y a la fecha de comunicación de tal determinación - 9 de agosto de 1999 (fol. 46 C. 4) -, la señora Yolanda Moreno aún no había hecho manifestación alguna en el sentido de pertenecer a cierta comunidad religiosa. Era consciente entonces de las modificaciones que podría sufrir su relación laboral, en materia de horarios, dado el servicio que se prestaba en las unidades primarias de atención en salud, como ya había ocurrido con anterioridad.

Adviértase que su pertenencia a la "Comunidad Mesiánica Shalom", según se certifica a folio 2 del cuaderno principal, sólo acontece a partir del mes de enero de 2000, cuando ella se convierte en miembro activo de esa comunidad.

En tratándose de un servicio esencial, como es el de la salud, es posible sacrificar situaciones de menor interés, dadas las circunstancias en que se presenta la tensión pues, aunado a lo anterior, es necesario preservar en este caso aquellos derechos de la comunidad que requiere de especial atención, lo cual se traduce en la supremacía del interés general.

De todas maneras, es bueno recordar que los empleados al servicio del Estado tienen unas altas responsabilidades que se concretan en deberes y prohibiciones, de las cuales no pueden sustraerse, como las que se enuncian a continuación:

"ARTICULO 40. LOS DEBERES. Son deberes de los servidores públicos los siguientes:

1. Cumplir y hacer que se cumpla la Constitución, los Tratados Públicos ratificados por el Gobierno Colombiano, las Leyes, las Ordenanzas, los Acuerdos Municipales, los Estatutos de la Entidad, los Reglamentos, los Manuales de Funciones, las órdenes superiores, cuando correspondan a la naturaleza de sus funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y contratos de trabajo.
2. Cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la

suspensión o perturbación de un servicio esencial o que implique abuso o ejercicio indebido del cargo de función. (...).

7. Cumplir las disposiciones que sus superiores jerárquicos inmediatos o mediatos le dicten en el ejercicio de sus atribuciones y cumplir con los requerimientos y citaciones de las autoridades. (...).

11. Dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales referentes a la docencia universitaria. (...).

13. Ejercer sus funciones consultando permanentemente sus intereses de bien común y tener siempre presente que los servicios que prestan constituyen el reconocimiento de un derecho y no liberalidad del Estado. (...).

"ARTICULO 41. PROHIBICIONES. Está prohibido a los servidores públicos:

(...).

7. Omitir, negar, retardar o entorpecer el despacho de los asuntos a cargo de los servidores públicos o la prestación del servicio a que están obligados.

8. Propiciar, organizar o participar en huelgas, paros o suspensión de actividades o disminución del ritmo de trabajo, cuando se trate de servicios públicos esenciales definidos por el legislador. (...).

En el inciso 2º del artículo 123 de la C.P. se encuentra el fundamento constitucional de la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos, en armonía con el artículo 6º y 209 ibídem. Por lo tanto, el ejercicio de la facultad disciplinaria, en relación con el incumplimiento reiterado en el horario de trabajo por parte de la actora, encuentra sustento normativo constitucional y legal.

En consecuencia, se confirmará la sentencia del Tribunal Administrativo, la interesada no logra desvirtuar la legalidad de los actos impugnados.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada del 6 de mayo de 2004 que niega las pretensiones de la demanda, proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso promovido por la señora Yolanda Moreno contra el Hospital de Usaquén I Nivel E.S.E.

En los términos del poder que obra a folio 278, se reconoce personería a la doctora María Carolina Moreno Guerrero como apoderada sustituta de la entidad demandada.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y PUBLÍQUESE. UNA VEZ EJECUTORIADA ESTA PROVIDENCIA DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

LA ANTERIOR PROVIDENCIA FUE ESTUDIADA Y APROBADA POR LA SALA EN SESIÓN DE LA FECHA.

ALBERTO ARANGO MANTILLA

JAIME MORENO GARCIA  
ANA MARGARITA OLAYA FORERO

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 12:53:06