



Sentencia 1553 de 2008 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA – SUBSECCION "A"

CONSEJERO PONENTE: Dr. ALFONSO VARGAS RINCÓN

Bogotá D.C., veintidós (22) de mayo de dos mil ocho (2008).

Nro. De Referencia: 250002325000200106142 02

No. Interno: 1553-07

Actor: IRMA ROJAS GAITÁN

Autoridades Distritales

Decide la Sala la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia de 8 de junio de 2006, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, negó las pretensiones de la demanda formulada por Irma Rojas Gaitán contra Bogotá Distrito Capital, Secretaría de Hacienda.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A. y por medio de apoderado judicial, la señora Irma Rojas Gaitán, demandó la nulidad del Decreto 271 de 5 de abril de 2001, por el cual se modificó la planta de personal de la Secretaría de Hacienda Distrital; de la Resolución No. 273 de 6 de abril de 2001, por la cual el Secretario de Hacienda de Bogotá D.C. incorporó a los funcionarios en la planta global de la Secretaría, sin incluirla; de la Resolución No. 274 del 6 de abril de 2001 que, en cumplimiento de la anterior resolución, señaló los funcionarios a quienes les fueron suprimidos sus empleos y su retiro efectivo; memorando de 17 de abril de 2001, mediante el cual el Subdirector de Recursos Humanos le comunicó la supresión de su empleo y que el retiro efectivo del cargo se efectuará una vez cesaran los efectos del fúero sindical que la amparaba; y memorando de 2 de octubre de 2001, por el cual el subdirector de Recursos Humanos le informó el retiro definitivo del servicio a partir de la fecha.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones y título de restablecimiento del derecho solicitó ordenar su reintegro al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría para el cual reúna los requisitos; declarar para todos los efectos legales que no ha habido solución de continuidad en su vinculación con la entidad demandada, así como el pago de todos los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha de supresión del cargo hasta la de su reintegro efectivo, con los emolumentos legales y tomando como base el índice de precios al consumidor; ajustar las condenas de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 177 y 178 del C.C.A.; y condenar el pago de las agencias en derecho a la entidad demandada.

HECHOS

La actora se desempeño en la entidad desde el 1º de septiembre de 1977, siendo inscrita en el escalafón de carrera administrativa por Resolución No. 285 de 31 de julio de 1989, en el cargo de Secretaria IV Grado 6.

Al momento de la supresión desempeñaba el cargo de Secretario Código 540 Grado 14, en la Subdirección de Recursos Humanos, Dirección Administrativa y Financiera de la Secretaría de Hacienda de Bogotá D.C.

Su desempeño laboral se caracterizó por su alto grado de compromiso, eficiencia y responsabilidad, lo que le significó excelentes evaluaciones de desempeño laboral, así como varios memorandos de felicitación por el buen desempeño de sus funciones.

Estando en ejercicio del empleo en mención, el Alcalde Distrital de Bogotá, mediante Decreto 270 de 5 de abril de 2001, fijó la estructura organizacional de la Secretaría de Hacienda del Distrito, dando inicio al proceso de reestructuración administrativa.

Bajo esta premisa el Alcalde Mayor expidió el Decreto 271 del 5 de abril de 2001, por el cual dispuso la supresión de la planta de personal vigente y la creación de la nueva planta de personal de la Secretaría de Hacienda del Distrito y delegó en el Secretario de Hacienda Distrital la facultad de incorporar y distribuir el personal de acuerdo con las necesidades del servicio.

Haciendo uso de las facultades conferidas, el Secretario de Hacienda de Bogotá dispuso en la Resolución No. 273 de 6 de abril de 2001 la incorporación de 581 funcionarios a la nueva planta de personal sin incluirla y, mediante la Resolución No. 274 de la misma fecha, señaló cuáles funcionarios afectados por la supresión se encontraban bajo cierta situación jurídica que imposibilitaba su retiro inmediato.

La Subdirectora de Recursos Humanos, mediante memorando de 17 de abril de 2001, le comunicó a la peticionaria que por encontrarse amparada por el fuero sindical continuaría ejerciendo actividades acordes con las funciones que venía desempeñando y recibiendo la misma asignación salarial hasta tanto cesaran los efectos del fuero; y el 2 de octubre de 2001 le informó su retiro efectivo del empleo.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como tales se citaron en la demanda el artículo 41 de la Ley 443 de 1998, los artículos 1º, 2º, 315-7º de la Constitución Política y el artículo 38-9 del Decreto Ley de 193.

Expuso como fundamento de sus pretensiones los siguientes argumentos:

El acto por el cual el Alcalde Mayor de Bogotá D.C. dispuso la supresión de los empleos carece de motivación porque si bien manifestó que se contó con los conceptos de viabilidad presupuestal y técnica, emitidos por la Comisión del Servicio Civil Distrital, y se adelantó el correspondiente estudio técnico, tales consideraciones no pueden tenerse como verdadera motivación. La ausencia de una adecuada motivación invalida los actos dictados por la administración distrital para modificar la planta de personal de la Secretaría de Hacienda.

La demandante se desempeñaba en el cargo de Secretaria Código 540 Grado 14, el cual, junto con otros de igual denominación pero correspondientes a los grados 14 hasta 7, fueron suprimidos en la nueva planta de personal, y subsistieron empleos de Secretario Código 540 Grado 15, a uno de los cuales debió haber sido incorporada; sin embargo, la administración prefirió ascender a otros empleados que tenían grados inferiores, violando de esta forma su derecho preferencial.

El Alcalde Distrital no puede crear obligaciones que excedan el monto global fijado para gastos de personal en el presupuesto inicialmente aprobado; sin embargo, por el fuero sindical, algunos empleados permanecieron en su empleo, devengando su salario. Además la nómina de la entidad aumentó pues el valor promedio por funcionario es mayor ahora que en la planta anterior, debido al aumento de los cargos del nivel asesor.

Señaló que los actos acusados adolecen de falsa motivación y desviación de poder, que se evidencia al retirar del servicio a la demandante, en consideración a que los mismos son distintos al buen servicio porque para proveer las plazas subsistentes la administración debió atender factores objetivos, teniendo en cuenta la eficiencia y eficacia en la prestación del servicio, caso en el cual la demandante debió ser incorporada por cuanto sus evaluaciones de desempeño eran excelentes, al punto de que en su hoja de vida reposan varias felicitaciones por su labor.

De otro lado, lo planteado en el estudio técnico no obedece a parámetros técnicos predeterminados para medir las cargas laborales ya que no menciona "estándares" o puntos de referencia científicos que permitan medir la eficiencia por dependencias o plazas de empleo. En efecto, el estudio no puede tenerse como base sólida para fundamentar la reforma administrativa por ser poco técnico y carente de objetividad.

Asimismo el Departamento Administrativo del Servicio Civil, al rendir concepto, recomendó a la Secretaría de Hacienda la definición de criterios técnicos para la incorporación de los funcionarios a la nueva planta de personal, la cual se echa de menos pues no se menciona en los actos expedidos con posterioridad.

SENTENCIA

El Tribunal Administrativo declaró no probadas las excepciones de caducidad e inepta demanda propuestas por la parte demandada, se declaró inhibido respecto del memorando de 17 de abril de 2001 y del oficio de 2 de octubre del mismo año, y negó las pretensiones de la demanda.

Consideró que la reestructuración de la entidad se fundó en la necesidad del servicio, que se demostró con los estudios técnicos, cumpliendo con el lleno de los requisitos establecidos.

Indicó que si la demandante pretendía ser incorporada en un área distinta de la Unidad de Finanzas y Adquisiciones – Dirección Administrativa y Financiera, teniendo en cuenta que la misma desapareció de la nueva estructura, ha debido manifestar su interés en ser incorporada en un cargo equivalente cuando tuvo oportunidad, contrario al silencio guardado en aquel momento.

En relación con los cargos de falsa motivación, desvío de poder y violación de la ley la actora no cumplió con la carga probatoria. Al respecto la jurisprudencia administrativa ha sido reiterativa en el sentido de entender que la supresión se presume realizada en procura del buen servicio y la carga probatoria le corresponde a quien impugna la decisión.

Respecto del ascenso de funcionarios que se desempeñaban en cargos con grados inferiores al que ella ostentaba, no probó que aquellas contaran con inferiores condiciones a las que acreditaban.

APELACIÓN

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

Indicó que el retiro de la demandante se determinó sin que hubiera mediado un proceso evaluativo que determinara quien debía ser incorporado

teniendo en cuenta sus cualidades y méritos, para que se pudiera predicar una mejoría en el servicio.

La demandante cumplía a cabalidad con los requisitos establecidos en el manual de funciones, además de que las funciones secretariales no presentan mayor diferencia entre una dependencia y otra. Se encuentra plenamente probado dentro del expediente que se incorporó en grados superiores a empleados que ostentaban en la anterior planta cargos con grado inferior.

Si bien el Tribunal insistió en la facultad discrecional que le asiste a la administración para realizar la incorporación, tratándose de los procesos de reestructuración administrativa, la misma no puede servir de excusa para atentar contra los derechos de carrera administrativa, máxime cuando el sano ejercicio de esta potestad administrativa implica rigurosos juicios de valor de parte de quienes la ejercen.

La incorporación debió hacerse analizando la experiencia, preparación, comportamiento y desempeño para establecer el orden de méritos para la incorporación. Sin embargo, los actos demandados desconocieron por completo los principios de igualdad y mérito, propios del sistema de carrera administrativa.

El retiro de la actora se produjo sin que existiera un proceso evaluativo, en el cual se determinaran las personas que, por sus calidades y méritos, tuvieran derecho de acceder a ellos y sin que se pudiera predicar de las decisiones administrativas cuestionadas el mejoramiento del servicio. Con la reforma "*se produjeron ascensos inmerecidos, retiros injustificados y tratamientos discriminatorios ajenos a la equidad que debe orientar estos procesos en que existen funcionarios con indiscutibles derechos de carrera.*".

Lo anterior se demuestra con la certificación allegada al plenario, suscrita por la Subdirectora de Recursos Humanos donde consta la incorporación de empleados con inferior derecho al suyo. Tal es el caso de Mary Yolanda Hernández García y Hermelinda Leguizamón Barrera quienes antes de la reforma, eran Grados 8 y fueron incorporadas en el Grado 15. Lo mismo ocurrió con Olga Esperanza Parra Parra, quien desempeñaba empleo de Grado 13.

El retiro de la demandante está incurso en falsa motivación porque obedeció a motivos diferentes del buen servicio, pues la administración no incorporó a la actora pese a su excelente desempeño y a la posibilidad de ubicarla en un empleo con funciones similares, por tratarse de una planta global, y, por el contrario, incorporó personas con inferior derecho al suyo.

El estudio técnico no obedece a parámetros técnicos predeterminados para medir las cargas laborales ya que no menciona "estándares" o puntos de referencia científicos que permitan medir la eficiencia por dependencias o plazas de empleo, por ello el estudio no puede tenerse como base sólida para fundamentar la reforma administrativa por ser poco técnico y carente de objetividad.

El concepto técnico favorable emitido por el Departamento Administrativo del Servicio Civil no hace más que corroborar que el estudio se ajustó a las prescripciones legales reproduciendo literalmente algunas de sus conclusiones. Sin embargo en este concepto se manifestó "*Finalmente recomendamos a la Secretaría de Hacienda, la definición de criterios técnicos de incorporación de funcionarios a la nueva planta de personal.*", recomendación que no se encuentra acogida en la motivación del acto de incorporación.

Lo anterior significa que la entidad debió elaborar, con posterioridad al estudio técnico y al concepto, los criterios técnicos para la incorporación. La ausencia de este elemento vicia el acto de incorporación al dejarlo indebidamente motivado.

Otro de los vicios que afectan los actos de retiro es la desviación de poder porque la decisión de desvincular a la actora fue arbitraria en tanto desconoció su derecho preferencial para ser incorporada en la nueva planta de personal. A la administración le correspondía efectuar la incorporación seleccionando a los mejores entre los empleados con derechos de carrera.

Para resolver, se

CONSIDERA

El problema jurídico se contrae a establecer la legalidad del Decreto 271 de 5 de abril de 2001, por el cual se modificó la planta de personal de la Secretaría de Hacienda Distrital; de dos resoluciones, expedidas el 6 de abril de 2001 por el Secretario de Hacienda de Bogotá, la 273, "*Por la cual se incorporan (sic) en la planta global de cargos a los funcionarios de la Secretaría de Hacienda de Bogotá, D.C.*", y la 274, "*Por la cual se da cumplimiento al artículo cuarto (4) del Decreto 271 del 5 de abril de 2001.*"; del Oficio de 17 de abril de 2001, dirigido a la demandante por la Subdirectora de Recursos Humanos de la Secretaría de Hacienda de Bogotá, informándole que su cargo había sido suprimido por Resolución No.274 del 6 de abril de 2001; y del memorando de 2 de octubre de 2001, por el cual el Subdirector de Recursos Humanos le informó el retiro definitivo del servicio y le dio a conocer la opción que tenía como empleada de carrera de ser incorporada en un empleo equivalente o de recibir una indemnización.

De la reestructuración y supresión de cargos en la Secretaría de Hacienda de Bogotá D.C.

En anteriores oportunidades se ha dicho que la Administración tiene la facultad y la obligación de adecuar su funcionamiento y estructura para garantizar la debida prestación del servicio público y el ejercicio de las funciones a su cargo. Es por ello que la Constitución y la ley le han concedido una serie de competencias encaminadas a crear, fusionar y suprimir los empleos de su planta de personal, cuando las necesidades públicas o la situación fiscal así lo demanden.

El artículo 41 de la Ley 443 de 1998 dispone:

"ARTICULO 41. REFORMA DE PLANTAS DE PERSONAL. Con el fin de garantizar la preservación de los derechos de los empleados de carrera, las

reformas de planta de personal de las entidades de la rama ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, que impliquen supresión de empleos de carrera, deberán motivarse expresamente; fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración basarse en estudios técnicos que así lo demuestren, elaborados por las respectivas entidades, la Escuela Superior de Administración Pública, firmas especializadas en la materia, o profesionales en administración pública u otras profesiones idóneas, debidamente acreditados, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

Toda modificación a las plantas de personal de las entidades del orden nacional, incluidas sin excepción los establecimientos públicos, las corporaciones autónomas regionales y las plantas de personal de empleos públicos que formen parte de las empresas industriales y comerciales del Estado, deberá ser aprobado por el Departamento Administrativo de la Función Pública. El Departamento Administrativo de la Función Pública llevará el balance de cargos deficitarios que, requiriéndose para el cumplimiento de los fines de las respectivas plantas de personal por razones de orden presupuestal. Dicho balance se justificará en estudios técnicos de planta consultando exclusivamente las necesidades del servicio y las técnicas de análisis ocupacional con prescindencia de cualquier otro concepto."

Lo anterior con el fin de garantizar la preservación de los derechos de los empleados de carrera, quienes debido a la forma de ingreso al servicio público merecen un tratamiento especial y preferente sobre los demás empleados vinculados en las demás modalidades a quienes la ley no les otorga furo de estabilidad y mucho menos de inamovilidad.

El Decreto No. 1572 de 1998, con las modificaciones que introdujo el Decreto No. 2504 del mismo año, en relación con los estudios, señala lo siguiente:

DECRETO 1572 DE 1998

ARTÍCULO 148. Las modificaciones a las plantas de personal de las entidades pertenecientes a la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial deberán motivarse expresamente y fundarse en las necesidades del servicio o en razones que propendan por la modernización de la institución, las cuales estarán soportadas en estudios técnicos que así lo demuestren.

ARTICULO 149. Se entiende que la modificación de una planta de personal está fundada en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración, cuando las conclusiones del estudio técnico de la misma deriven en la creación o supresión de empleos con ocasión, entre otros, de:

Fusión o supresión de entidades.

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

Traslado de funciones o competencias de un organismo a otro.

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

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

Redistribución de funciones y cargas de trabajo.

Introducción de cambios tecnológicos.

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

Racionalización del gasto público.

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

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

ARTICULO 154. Los estudios que soportan las modificaciones de las plantas de personal deberán estar basados en metodologías de diseño organizacional y ocupacional que contemplen, dependiendo de la causa que origine la propuesta, alguno o varios de los siguientes aspectos:

Análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo

Evaluación de la prestación de los servicios

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

Del caso concreto

El 5 de abril de 2001 el Alcalde Mayor de Bogotá D.C. expidió los Decretos Nos. 270, "Por el cual se establece la estructura organizacional de la Secretaría de Hacienda de Bogotá D.C. y se determinan las funciones de sus dependencias" y 271, "Por el cual se modifica la Planta de Personal de la Secretaría de Hacienda de Bogotá D.C. y se dictan otras disposiciones" (Fls. 19 a 39 vto. Cv. Ppal.).

Con fundamento en las facultades conferidas por el Decreto 271 de 5 de abril de 2001 el Secretario de Hacienda del Distrito expidió la Resolución No. 273 de 6 de abril de 2001, por la cual incorporó a los funcionarios de la Secretaría de Hacienda de Bogotá D.C. en la planta global de cargos (Flos. 49 a 76 Cd. Ppal.).

En cumplimiento de lo preceptuado por el artículo 4º del Decreto No. 271 de 5 de abril de 2001, el Secretario de Hacienda del Distrito expidió la Resolución No. 274 de 6 de abril de 2001, en la que individualizó los funcionarios cuyo cargo se suprimió, pero que por encontrarse en una situación jurídica particular, como el fuero sindical, no podían ser retirados del servicio sino cuando cesaran los efectos de dicha situación, caso de la demandante (Fls. 77 a 83 Cd. Ppal.).

El anexo 6 del expediente, contiene copia auténtica de los estudios técnicos, que contienen la propuesta de modificación de la planta de personal con el objetivo de optimizar y sistematizar los procesos y recurso humano, así como la profesionalización de la planta, basado en una metodología de diseño organizacional y ocupacional que contempló el análisis de los procesos técnico - misionales, así como la evaluación de las funciones, perfiles y cargas de trabajo. Estableciendo la necesidad de eliminar las duplicidades de funciones, y de "*reducir la amplia gama de grados para poder tener funciones más específicas y mejores grados de especialización en las labores.*" (Fl. 206 Anexo 6)

Así mismo, se encuentra Concepto técnico No. 01300, del Departamento Administrativo del Servicio Civil, favorable para la modificación de la planta de personal de la Secretaría de Hacienda.(Fls. 195 a 199 vto Cd. Ppal.). Igualmente a folios 187 a 194 del cuaderno principal obra Certificado de viabilidad presupuestal expedido por el Director Distrital de Presupuesto, donde se indica el costo de la nómina (anterior), de la planta propuesta, del valor de la propuesta y del presupuesto apropiado para tal fin, incluyendo el costo estimado de personal aforado durante 6 meses (Fl 193 Cd. Ppal.).

En esas condiciones, no tiene vocación de prosperidad en cargo formulado por la actora en cuanto a la falta de requisitos de los estudios técnicos que precedieron la reestructuración, y que el Alcalde desbordó sus facultades al exceder el presupuesto apropiado, pues como se anotó, tanto los estudios como el certificado de viabilidad presupuestal se encuentran ajustados a derecho.

De los derechos de carrera administrativa

El artículo 125 de la Constitución Política, previó que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

A su vez, el artículo 209, señaló que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Es así como la Ley 443 de 1998, consagró en su artículo 2º el principio del mérito, según el cual el acceso a los cargos de carrera, la permanencia en los mismos y el ascenso estarán determinados por la demostración permanente de las calidades académicas y la experiencia, el buen desempeño laboral y la observancia de buena conducta de los empleados que pertenezcan a la carrera.

En cuanto a la incorporación de empleados a la nueva planta de personal la misma ley establece lo siguiente:

"ARTICULO. 39. Derechos del empleado de carrera administrativa en caso de supresión del cargo. Los empleados públicos de carrera a quienes se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, como consecuencia de la supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o de modificación de planta, podrán optar por ser incorporados a empleos equivalentes o a recibir indemnización en los términos y condiciones que establezca el Gobierno Nacional.

Para la incorporación de que trata este artículo se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

1. La incorporación se efectuará, dentro de los seis meses siguientes a la supresión de los cargos, en empleos de carrera equivalentes que estén vacantes o que de acuerdo con las necesidades del servicio se creen en las plantas de personal, en el siguiente orden:

...

2. La incorporación procederá siempre y cuando se acrediten los requisitos mínimos para el desempeño de los respectivos empleos exigidos en la entidad obligada a efectuarla. [...]"

El artículo 148 del Decreto 1572 de 1998, estableció que las modificaciones a las plantas de personal de las entidades pertenecientes a la rama ejecutiva de los órdenes nacional y territorial deberán fundarse en las necesidades del servicio o en razones que propendan por la modernización de la institución.

Por Oficio de 17 de abril de 2001 se le informó a la actora que mediante la Resolución No. 274 del 6 de abril de 2001, se dio cumplimiento a lo

dispuesto por el Decreto No. 271 de 5 de abril de 2001 que suprimió su cargo como consecuencia de la reforma de la planta de personal y que, según lo prescrito por el mismo en el artículo cuarto, por encontrarse amparada por fuero sindical, el retiro se haría efectivo una vez cesaran los efectos de tal condición (Fl. 11 C.Ppal.).

El 2 de octubre de 2001 la Subdirectora de Recursos Humanos le comunicó a la demandante su retiro efectivo del servicio del cargo de Secretario Código 540 Grado 14, a partir de la fecha, por haberse extinguido su condición de aforada, una vez transcurridos los seis meses previstos en los literales a) y b) del artículo 12 de la Ley 584 de 2000 y, a continuación, le manifestó la opción que tenía como empleada de carrera de ser incorporada en un empleo equivalente o de recibir una indemnización (Fl. 153 C.Ppal.), la cual fue reconocida por Resolución No. 1334 de 17 de octubre de 2001 (Anexo 5).

El 17 de octubre de 2001 el Secretario de Hacienda, mediante Resolución No. 1263, reconoció y ordenó el pago de una indemnización a favor de la actora por supresión del empleo que desempeñaba (Fl. C2).

En casos como el presente, en los que se discute la supresión de cargos que venían siendo desempeñados por empleados de carrera administrativa que gozan de fuero sindical, ha dicho la Sala, que el hecho de comunicar la opción de la reincorporación o la indemnización al momento de notificar el retiro efectivo y no al momento de informar la supresión del empleo, no vulneran sus derechos derivados del régimen de carrera. Sin embargo, se considera que este punto debe ser analizado nuevamente, examinando los presupuestos legales que lo regulan.

Para resolver este particular se tiene lo siguiente:

En este caso a la actora se le comunica su derecho a permanecer en servicio, en atención al fuero sindical del cual goza, teniendo en cuenta que el artículo 147 del Decreto 1572 de 1998 dispone:

"Para el retiro del servicio de empleado de carrera con fuero sindical, por cualquiera de los causales contemplados en la ley, debe previamente obtenerse la autorización judicial correspondiente".

Obsérvese que los empleados de carrera con fuero sindical, reciben un tratamiento especial únicamente en relación con la necesidad de autorización judicial para su retiro, conservando en lo demás los mismos derechos derivados de la carrera administrativa de quienes no gozan de la garantía del fuero.

Establecido lo anterior, es importante resaltar que la Ley 443 de 1998, en su numeral 1º dispone que la reincorporación debe tener lugar "*dentro de los seis meses siguientes a la supresión de los cargos ...*", no al retiro del servicio, y no se establece que en los casos en los que existan situaciones especiales deba hacerse de manera diferente. De ahí se deriva la obligación de la administración de brindar las opciones de ley, una vez suprimido el cargo que venían desempeñando quienes tengan derechos de carrera, sin importar las situaciones especiales que los afecten, las cuales deben ser tenidas en cuenta por el retiro. Lo contrario configura la vulneración del derecho a la igualdad, pues como se dijo las opciones de ley deben ser dadas al momento de la supresión, independientemente de que el retiro se efectúe al mismo tiempo o que deba ser diferido en razón al fuero sindical.

En el presente caso, a la actora se le informa la supresión de su cargo, y que una vez vencido el término de protección del fuero sindical sería retirada, pero no se le conceden las opciones de ley.

Posteriormente, una vez vencido el término de protección por poseer fuero sindical, después de haber efectuado las incorporaciones y cuando ya no había posibilidad por haber sido provistos todos los cargos en los que podía ser reubicada, la entidad, pone en conocimiento a la señora Rojas Gaitán las opciones de ley.

Esta situación no se acomoda a las previsiones legales, pues como se dijo, la opción debe dársele al empleado una vez suprimido su cargo, no dice la norma que vencido el término de protección por las situaciones especiales en que se encuentren. La condición de aforado y la opción de revinculación no se excluyen, por cuanto, suprimido el cargo, es obvio que el empleado puede ser retirado si no toma la opción de reincorporación y en consecuencia, ésta posibilidad se le debe ofrecer cuando la supresión del cargo es ya un hecho cierto.

Tan es así, que suprimido el cargo y habiendo optado el empleado por la incorporación, la ley concede un término de 6 meses, para que dentro de ellos se examinen las posibilidades de incorporación, término que en el presente caso no le fue concedido a la actora, pues dicha posibilidad se le brindó cuando ya había transcurrido dicho lapso.

En las anteriores condiciones, para la Sala es claro que el acto que finalmente retiró a la actora por supresión de su cargo, se expidió con clara vulneración de las normas constitucionales, con violación de las normas legales que protegen a los empleados de carrera, sin haberle concedido las opciones de ley, a pesar de las varias posibilidades de reubicación que existían, lo cual hace que la presunción de legalidad que cobija al acto administrativo se desvirtúe y proceda su anulación.

A lo anterior se agrega que la entidad además de no brindarle en término las opciones de ley, existiendo la posibilidad de incorporación, no lo hizo, tal y como se expone a continuación:

La señora Rojas Gaitán se desempeñaba en la Unidad de Finanzas y Adquisiciones de la Dirección Administrativa y Financiera, la cual desapareció en la nueva estructura (Fl. 8 Cd. Ppal.). Las funciones asignadas al Secretario código 540 grado 14, se encontraban descritas en Decreto 1355 de 29 de diciembre de 1998. Allí se indicaba que la naturaleza de las mismas era la de "*Desempeñar labores generales y asistenciales de oficina.*" (Fl. 9 Cd. Ppal.).

En cuanto al mismo punto, en la nueva planta de personal las funciones para el Secretario código 540 grado 15, fueron las descriptas por Resolución No. 271 de 5 de abril de 2001 (Fls. 240 a 253 Cd. Ppal.), donde se señaló que: su naturaleza era la de "Desempeñar labores generales y asistenciales de oficina" (folio 240 Cd. Ppal.), los requisitos, tener diploma de bachiller en cualquier modalidad, 18 meses de experiencia relacionada o específica, y las equivalencias serían las del Decreto Ley 1569 de 5 de agosto de 1998, exigencias que cumplía la demandante, según se constata en su hoja de vida (anexo 7).

De lo anterior se concluye que las funciones desempeñadas por la actora en la planta anterior, tienen la misma naturaleza que las del cargo al que aspiraba, cual es, la de desempeñar labores generales y asistenciales de oficina. Asimismo, aunque en el nuevo manual se señalaron por dependencias, en tanto en la anterior se establecían de manera genérica para todas las áreas, ellas son equivalentes, pues en su esencia no presentan diferencias representativas. Es decir, que se presenta identidad entre las funciones que desempeñaba la actora en relación con las asignadas a los cargos que subsistieron en la entidad.

De otra parte, a folio 255 se encuentra certificación de la Subdirección de Recursos Humanos, respecto de las personas que se desempeñaban como Secretario código 540 grados 8, 13 y 15 y que fueron incorporados en grado 15. En el mismo documento se indica el cargo y la dependencia, de cada uno de los referidos, tanto en la antigua como en la nueva estructura, así como el puntaje alcanzado en las evaluaciones de los años 1999 a 2003. En lo relevante para el caso bajo estudio se indica:

		Anterior planta		Nueva planta		Calificación	
Nombre	Ingreso	Dependencia	Grado	Dependencia	Grado	1999-2000	2000-2001
Hernández García Mary Yolanda	14/05/1982	Subdirección Jurídica Administrativa	8	Subdirección Jurídica Administrativa	15	843,04	916,65
Parra Parra Olga Esperanza	08/01/1993	Despacho del Secretario de Hacienda	13	Dirección de Estudios Económicos	15	879,12	916,68
Leguizamón Barrera Hermelinda	03/01/1979	Subdirección Jurídico Tributaria	8	Subdirección Jurídico Tributaria	15	922,65	970
González Roncancio Leonor F.	27/05/1981	Subdirección de Operación y Administración de Recursos Informáticos	15	Subdirección de Recursos Informáticos	15	817,75	814,25

Resulta claro pues, que del personal incorporado a la nueva estructura en los cargos de Secretario código 540 grado 15, anteriormente se desempeñaban en grados inferiores a los de la actora, Mary Yolanda Hernández García, Olga Esperanza Parra Parra, Hermelinda Leguizamón Barrera, en los grados 8, 13 y 8 respectivamente.

Obsérvese que la señora Olga Esperanza Parra Parra pasó del Despacho del Secretario de Hacienda a la Dirección de Estudios Económicos (fl. 255). Siendo así, y teniendo en cuenta que, como ya se dijo, existía identidad de funciones entre los cargos, la desaparición de la dependencia en la que se desempeñaba la actora, no es razón suficiente para no reincorporarla, pues, como se observó, hubiera podido ser vinculada en otra dependencia.

Ahora bien, a folio 10 se encuentra certificación laboral de la actora expedida por la Subdirección de Recursos Humanos, donde consta: que ingresó al servicio de la entidad el 1 de septiembre de 1977, que al momento de la supresión de su cargo se desempeñaba en la Subdirección de Recursos Humanos, y que obtuvo los siguientes puntajes en las evaluaciones de desempeño correspondientes a los años de 1997 a 2001:

Año	Puntos	
1997-1998	937	Sobresaliente
1998-1999	937	Sobresaliente
1999-2000	920.81	Sobresaliente
2000-2001	957	Sobresaliente

De los documentos allegados, y en relación con las evaluaciones de desempeño correspondientes a los años de 1999 a 2001, se desprende que el puntaje obtenido por la actora es superior al que registran las señoritas Mary Yolanda Hernandez García y Olga Esperanza Parra Parra, así como su experiencia pues ingresó al servicio con anterioridad.

Es importante resaltar que durante su permanencia en el servicio, en varias oportunidades recibió felicitaciones y exaltaciones, con motivo de la buena labor en las diferentes áreas en las que se desempeñó, entre otras se destacan:

"Invitación al acto de proclamación Mejores Funcionarios", por su excelente calificación durante el periodo 1999-2000. (folio 12)

Mediante misiva de 16 de mayo de 2000, la Coordinadora Grupo Almacén e Inventarios, la felicita por el puntaje obtenido en su evaluación de desempeño. (folio 14)

Nominada como mejor funcionaria de la División de Impuestos Varios, por su excelente desempeño. (Anexo 7, documentos que conforman su hoja de vida).

En este orden de ideas, se encuentra demostrado que la señora Irma Rojas Gaitán tenía mejor derecho que Mary Yolanda Hernández García y Olga Esperanza Parra Parra, para efectos de incorporación a la planta de personal de la Secretaría de Hacienda de Bogotá D.C., creada por el Decreto No. 271 de 5 de abril de 2001.

En consecuencia la Sala accederá al reintegro, ordenará el pago de las acreencias laborales debidas y declarará que no ha habido solución de

continuidad en la prestación del servicio.

Al liquidar la indemnización a favor de la demandante, los valores serán ajustados en los términos del artículo 178 del C.C.A., utilizando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde al emolumento dejado de pagar 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.

Por tratarse de pagos de trato sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes.

De los descuentos por concepto de salarios

No pasa la Sala por inadvertido que en los asuntos en los cuales se ha declarado la nulidad de actos de retiro del servicio y al disponer el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir, se venía ordenando el descuento por lo que el afectado hubiera podido recibir por concepto de una asignación del tesoro público durante la época que hubiera permanecido retirado. Sin embargo en reciente pronunciamiento la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo rectificó tal criterio en el sentido de no ordenar los aludidos descuentos.

En efecto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 29 de enero de 2008, actor Amparo Mosquera Martínez, con ponencia del Dr. Jesús María Lemos Bustamante, se refirió al tema de los descuentos. Así:

"(...) Empero de esta perceptiva – art. 128 C.P. – no puede deducirse la prohibición para ordenar el pago de las sumas de dinero que por concepto de salarios y prestaciones provenientes de un empleo público hubiese recibido el demandante durante el lapso transcurrido entre el retiro y el cumplimiento de la orden de reintegro impartida por el juez contencioso administrativo al decidir a su favor la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por él impetrada.

El pago ordenado como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto de retiro ostenta un carácter indemnizatorio, vale decir, en estos casos el restablecimiento del derecho se traduce en la indemnización de los perjuicios irrogados por el acto ilegal.

La remisión que se hace a los salarios dejados de percibir se utiliza sólo como mecanismo indemnizatorio, como medida o tasación de la indemnización, tal como se emplea en otras ocasiones el valor del gramo oro o el del salario mínimo. Se acude a él porque la indemnización debe corresponder al daño sufrido y este se tasa con base en los salarios y prestaciones de la relación laboral que se extinguió.

Cuando se dispone el reintegro de un trabajador con el consecuente pago de los salarios y prestaciones dejados de recibir desde la fecha del retiro hasta la del reintegro efectivo las cosas vuelven a su estado anterior, como si durante el tiempo en que estuvo cesante hubiera estado efectivamente prestando el servicio y devengando el salario correspondiente.

Si durante ese lapso el servidor público desempeñó otro cargo y recibió el salario a él asignado este valor no debe descontársele porque su causa es diferente, la efectiva prestación del servicio como empleado público.

Adoptar como política el descuento de los salarios percibidos por el servidor público en otro cargo público equivaldría a obligarlo a permanecer sin empleo si quiere obtener la reparación o a considerar que esta no corre a cargo de la administración sino del propio interesado, o a devolver el valor del salario percibido como consecuencia del trabajo por él realizado, cuando uno de los elementos básicos de la relación laboral es la remuneración.

Como el pago impuesto en la condena no tiene por causa la prestación del servicio sino el daño causado por el retiro ilegal no tiene la connotación de asignación laboral dirigida a remunerar el servicio prestado y, por ende, no debe considerarse incurso en la prohibición establecida por el artículo 128 de la Carta Política.

El pago de las acreencias dejadas de percibir, tiene, se insiste, a resarcir al empleado público por el daño causado al ser despojado de su condición por la actuación viciada de la autoridad que irregularmente interrumpió su vínculo laboral, perjuicio que se compensa con la decisión judicial que ordena pagarle, debidamente indexados, los salarios y prestaciones de los que fue ilegalmente privado, previas las deducciones de ley.

El artículo 128 de la Constitución tiende a impedir la vinculación simultánea en dos empleos públicos, supuesto fáctico que no se tipifica en este caso porque en situaciones como la descrita el afectado sólo ha desempeñado en verdad un empleo, aquel que obtuvo después de la desvinculación ilegal, y lo que ordena el juez es que, como ficción legal, vuelvan las cosas al estado anterior, con el objeto de reparar el daño causado, considerando que no estuvo separado del cargo del cual fue retirado, para efectos salariales y prestacionales. No puede aceptarse la tesis de que existe enriquecimiento sin causa por el pago de salarios y prestaciones como consecuencia del reintegro, habida cuenta de que el empleo cuyo pago se ordena efectivamente no se desempeñó, porque la razón del reconocimiento de estos valores es el perjuicio irrogado al servidor por la administración al despedirlo ilegalmente, dado que el servicio en verdad no se prestó. Los salarios y prestaciones se deberán pagar por el tiempo en que legalmente hubiera permanecido el servidor público en el cargo, teniendo en cuenta las situaciones laborales

específicas como la supresión posterior del empleo, empleos de período fijo, edad de retiro forzoso, reintegro posterior al cargo, haber alcanzado el estatus de pensionado, etc.".

Por lo anterior, de las sumas que resulten a favor de la parte actora, no se descontará lo que haya percibido por el ejercicio de otro empleo público, durante el lapso que abarca la condena.

De las sumas que resulten a favor de la demandante se descontará el valor de lo que le fue pagado por concepto de indemnización, como consecuencia de la supresión de su cargo, pues desapareciendo la causa, desaparece la justificación del pago realizado.

Por 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

REVÓCASE la sentencia de 8 de junio de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones de la demanda promovida por Irma Rojas Gaitán.

En su lugar, se dispone:

DECLÁRASE la nulidad del Decreto [271](#) de 5 de abril de 2001, expedido por el Alcalde Mayor de Bogotá; y de las Resoluciones Nos. 273 de 5 de abril de 2001 y 274 de 6 de abril de 2001, expedidas por el Secretario de Hacienda de Bogotá, en cuanto afectaron a la demandante.

Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, condénase a dicha entidad a reintegrar a IRMA ROSA GAITÁN, al cargo en el cual se venía desempeñando o a otro del mismo nivel con grado superior, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia y al pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de devengar en el cargo del cual fue retirada, desde la fecha de la desvinculación y hasta que se produzca el reintegro efectivo.

Las sumas que resulten a favor de la actora se actualizarán en su valor como lo ordena el artículo 178 del C.C.A., dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \underline{\text{Índice final}}$$

Índice inicial

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico, que es lo dejado de percibir por concepto de salarios y prestaciones sociales, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE, vigente a la fecha en que se debió hacer el pago por el vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

Es claro que por tratarse de pagos de trato sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada salarial y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

DECLÁRASE para todos los efectos legales que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios por parte de la actora, entre la fecha del retiro, y la fecha en que se produzca el reintegro al cargo.

De las sumas que resulten a favor de la demandante se descontará el valor de lo que fue pagado por concepto de indemnización, como consecuencia de la supresión de su cargo.

A la sentencia se dará cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

Cópíese y notifíquese y ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Discutida y aprobada en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

JAIME MORENO GARCÍA

Aclaró Voto

ALFONSO VARGAS RINCÓN

Fecha y hora de creación: 2025-12-20 06:38:42