



Función Pública

Sentencia 11169 de 2010 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO
DERECHO PREFERENCIAL - Concepto

El derecho de preferencia es una garantía instituida sólo a favor de quienes se encuentran inscritos en carrera administrativa y cuando sus empleos han sido suprimidos de la planta de personal. Es una opción que el legislador les da para ser incorporados a un cargo equivalente en la nueva estructura de la entidad oficial y conforme a las reglas allí previstas (art. 39 de la Ley 443 de 1998).

FUENTE FORMAL: LEY 443 DE 1998 - ARTICULO 39

ESTUDIO TECNICO - Requisitos formales no vicia la legalidad del acto de supresión del cargo

Conviene recordar - frente a requerimientos formales del estudio técnico - que en numerosas ocasiones la Sala ha definido que no resultan suficientes para viciar la presunción de legalidad del acto administrativo que se expidió con fundamento en el estudio técnico, razones meramente formales o de metodología en la elaboración del mismo, cuando con ellas no se afecta la esencia del proceso ni se desconocen los derechos de contradicción o de defensa del afectado.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1572 DE 1998 - ARTICULO 149

SUPRESION DE CARGO DE EMPLEADO CON FUERO SINDICAL - Retiro del servicio hasta la existencia del fuero. Efecto

La Administración decidió posponer el retiro de la actora hasta tanto cesara la imposibilidad jurídica que la amparaba, es decir, se extinguiera la garantía del fuero sindical. En todo caso es de advertir que la trasgresión del citado artículo 147, no compromete de ninguna manera la validez del acto supresor.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 1572 DE 1998 - ARTICULO 147

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá D.C., veintidós (22) de septiembre de dos mil diez (2010).

Rad. No.: 25000-23-25-000-2001-11169-01(1534-08)

Actor: JUDITH HERNANDEZ VILLALBA

Demandado: BOGOTA DISTRITO CAPITAL

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 08 de noviembre de 2007 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que denegó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

La señora Judith Hernández Villalba, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó de esta jurisdicción la inaplicación del Acuerdo No.029 de 08 de junio de 2001 emanado del Concejo Distrital de Bogotá D.C. en cuanto suprimió el cargo que desempeñaba en esta misma entidad; la nulidad de la Resolución No.000274 de 29 de junio de 2001, aclarada por la No.000287 de la misma fecha, expedida por la Mesa Directiva del Concejo de Bogotá D.C., en cuanto no la incorporó a la nueva planta de personal; la nulidad de la Resolución No.000275 de 29 de junio de 2001 que ratificó su retiro del servicio público; y la nulidad del Oficio sin número de la misma fecha que le comunicó la supresión de su cargo.

A título de restablecimiento del derecho solicitó que se ordene al Distrito Capital de Bogotá, Concejo de Bogotá D.C. el reintegro al cargo que ocupaba o a otro de igual o superior jerarquía y remuneración, el pago de los salarios con sus respectivos ajustes legales, bonificaciones, primas legales, prima técnica y demás prestaciones legales y emolumentos dejados de devengar desde la fecha de su retiro efectivo del servicio hasta el momento de su reintegro, el pago de indemnización por los perjuicios causados con dichos actos, que consideró equivalentes a 3000 gramos oro, valores que deberán ser indexados de conformidad con el IPC certificado por el DANE, de acuerdo al artículo 178 del C.C.A., que se declare que no ha existido solución de continuidad, que se le dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A., y que se condene a la demandada al pago de costas y agencias en derecho.

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

Se sintetizan así:

La demandante ingresó a trabajar al Concejo de Bogotá D.C. el 02 de septiembre de 1992 como Asesor XII - A. En el mes de marzo de 1995 la denominación de su cargo fue cambiada por la de Profesional Especializado Grado 19 Asesor.

Fue inscrita en carrera administrativa mediante la Resolución No.4703 de marzo 28 de 1996 expedida por el Departamento Administrativo de la Función Pública, Comisión Nacional de Servicio Civil en el cargo de Profesional Especializado Grado 19; siempre demostró una excelente preparación para la eficiente prestación del servicio público, un amplio compromiso institucional y un sentido de pertenencia muy definido con la entidad.

El Concejo de Bogotá D.C. expidió el Acuerdo No.029 de junio 08 de 2001, disponiendo en su artículo 1º la supresión de la totalidad de los cargos existentes en la planta de personal del Concejo del Distrito Capital, entre ellos, el de Profesional Especializado Código 335 Grado 06 desempeñado por la actora al momento de la supresión. No obstante, en el artículo 2º creó en la planta global seis cargos de Profesional Especializado Código 335 Grado 05 y nueve de Asesor Código 105 Grado 02 y en las unidades de apoyo normativo el cargo de Asesor Código 105 en los grados 01, 03, 04, 05 y 06 sin discriminar su número.

En virtud del anterior Acuerdo, la Mesa Directiva del Concejo de Bogotá profirió la Resolución No.000274 de 29 de junio de 2001, con el fin de incorporar en la planta global de cargos los empleados que continuarían prestando los servicios a la entidad, dejando por fuera a la demandante.

A través de la Resolución No.00275 de 29 de junio de 2001, la Mesa Directiva del Concejo de Bogotá aplazó la supresión de los cargos y el retiro del servicio de la demandante, hasta que cesara lo que denominó “la imposibilidad jurídica que hoy los ampara”, refiriéndose a la circunstancia que la actora se encontraba amparada por fuero sindical, por ser fundadora de una de las asociaciones sindicales que agrupa a los empleados públicos del organismo.

Las funciones del cargo que ocupaba el demandante no desaparecieron, sino que se trasladaron a personas que fueron incorporadas dentro de los cargos que se crearon con la denominación de Asesor Código 105 Grado 02 en la Planta Global del Concejo y con la de asesor Código 105 Grado 01 a 06 en las planta de las Unidades de Apoyo Normativo; el último salario devengado por la demandante fue de \$1.922.707=.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Se invocaron en la demanda los artículos 1º, 2º, 13, 25, 53, 125, 209, 268, 272, 313, 315 y 322 de la C.P.; Ley 617 de 2000 artículos 3º, 10, 52 a 55; Decreto Extraordinario 2400 de 1968 artículos 1º, 15, 16, 17, 25 parágrafo 1º y 2º, 28 y 61; Ley 27 de 1992 artículos 1º y 2º; Ley 443 de 1998 artículos 1º, 2º, 3º, 30, 31, 37, 39 parágrafo 1º, 41, 86 y 87; Decreto 1421 de 1993 artículos 12, 12 y 126; Acuerdo No.029 de 2001 artículo transitorio; C.C.A. artículos 1º, 2º, 36, 84 y 85; Código Sustantivo de Trabajo artículos 405, 406, 407, 408, 409, 410 y 411.

El concepto de violación es el siguiente:

En el caso bajo examen, se quebrantaron en forma manifiesta los principios constitucionales del derecho al trabajo y de la carrera administrativa, al no incorporar en la nueva planta de personal a la demandante, cuando ésta había acumulado en su vida laboral experiencia y calidad en el servicio prestado, lo cual quedó demostrado con las mejores calificaciones obtenidas en el desempeño del empleo, así como una mejor capacitación frente a otros empleados que sí gozaron del beneficio de la incorporación, sin acreditar los requisitos para el cargo en algunos casos, y en otros, con nombramientos provisionales, desconociendo el derecho de preferencia del actor.

El artículo 12 numeral 20 del Decreto 1421 de 1993 le da atribuciones al Concejo Distrital para crear los empleos necesarios para su funcionamiento, pero no para suprimir los existentes ni remover a los empleados que los ocupaban. Insiste en que en el evento de que se entendiera que sí estaba facultado para ese propósito, debe recordarse que el artículo 126 de ese ordenamiento que reproduce parcialmente el 125 Superior, establece como regla general que los empleos de las entidades del Distrito Capital son de carrera, y lo que hizo el Concejo en su presunta reforma fue atentar contra la carrera, pues dejó solo 81 cargos con ese carácter, para crear en cambio cerca de 300 como de libre nombramiento y remoción.

En el caso particular es incuestionable que el cargo que ocupaba la actora se convirtió en Asesor Código 105 Grado 02, y antes que disminuir su número, aumentó en forma considerable, y a pesar de esto, no fue incorporada en contraste con otras personas que sí lo fueron teniendo menos requisitos y merecimientos.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

De la Alcaldía Mayor de Bogotá Distrito Capital:

Por intermedio de apoderado afirma que los actos administrativos no infringen las normas en que deben fundarse porque la razón de la no incorporación de la demandante es constitucional y legalmente válida. La normatividad vigente no exige incorporar el estudio técnico al expediente del proyecto de Acuerdo, lo que ordena es su presentación en el Departamento Administrativo del Servicio Civil, quien debe emitir el concepto técnico, razón por la que una copia del citado estudio obra en el archivo de la Institución, y fue previamente conocido por autores y ponentes. La exposición de motivos y las ponencias obran como anexos en los expedientes de los proyectos de los Acuerdos Nos.114 y 115 de 2001.

La incorporación se hizo con criterios técnicos y de manejo de personal claros, pues corresponden a los señalados en la guía de reestructuración de entidades territoriales y se refieren a variables de ponderación de perfil ocupacional y la hoja de vida, lo cual incluye estudios y experiencia. La planta de personal no fue aumentada sino reducida por aplicación de la ley de ajuste fiscal.

La autoridad competente, en ejercicio de la facultad constitucional y de los ordenamientos legales que la desarrollan, procedió a modificar la planta de personal del Concejo buscando su mayor eficiencia y eficacia, y la racionalización de los gastos de funcionamiento. Para el efecto, surtiendo todo el procedimiento legal, se adelantaron los estudios técnicos serios y responsables, y de acuerdo con los resultados se hicieron las modificaciones necesarias, las cuales, si bien afectaron a los empleados cuyos cargos resultaron suprimidos, no vulneraron sus derechos, porque todo el procedimiento se adelantó observando en forma estricta las disposiciones legales que rigen el retiro de los empleados públicos ya sean de carrera o de libre nombramiento y remoción, e incluso respetando situaciones jurídicas que en el momento de la supresión conferían fuero de estabilidad.

Propuso las excepciones de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones, la de caducidad y la de oficio.

SENTENCIA APELADA

Por medio de la sentencia de 08 de noviembre de 2007, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró no probadas las excepciones propuestas y denegó las pretensiones de la demanda. Argumentó lo siguiente:

Del contenido del artículo 125 Constitucional, se colige que la supresión de cargos en virtud de la reestructuración o fusión de entidades, constituye una causal de retiro que dicho precepto constitucional defiende a la ley.

No accedió a la solicitud de inaplicación del artículo 1º del Acuerdo No.029 de 2001, pues consideró que esta norma respetó la jerarquía consagrada en el artículo 322 Constitucional, en cuanto utilizó como apoyo jurídico para tomar tal decisión el Decreto-Ley 1421 de 1993 artículo 12 numeral 20 y 126, así como la Ley 443, el Decreto-Ley 1559, el Decreto 1572 y el 2504 todos de 1998. No existe una manifiesta oposición a la Constitución o a la Ley para inaplicar por vía de excepción del citado Acuerdo, pues de conformidad con la norma Superior, los Concejos tienen la facultad de determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias, como las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos.

En cuanto a la creación de los cargos de las Unidades de Apoyo Normativo, señaló que los estudios técnicos elaborados por la entidad demandada justificaron la existencia de tales unidades y que el hecho de que fueran de libre nombramiento y remoción, se sustentó en el parágrafo del artículo 5º de la Ley 443 de 1998. Así mismo, sostuvo que se estableció su límite máximo de asignaciones mensuales de conformidad con el artículo 78 de la Ley 617 de 2000.

La afirmación según la cual el empleo que desempeñaba la actora se convirtió en el de Asesor Código 105 Grado 02, y que en vez de disminuir su número, éste aumentó, fue desvirtuada a través la comparación de las funciones del cargo de Profesional Especializado 335-06 de la antigua planta, con las de Asesor 105-02 de la nueva, mediante la que pudo verificarse que las asignadas al último cargo difieren de las que venía ejerciendo la demandante.

Con la lectura de los estudios técnicos se desvirtúa el cargo de falsa motivación, pues se observa que no se crearon cargos de igual identidad al de la demandante y efectivamente hubo una reducción en el número de empleos.

Se respetó la garantía del fuero sindical, pues el retiro definitivo de los empleados aforados se concretó una vez extinguido el fuero de estabilidad que los amparaba.

Por último, no hubo vulneración de los derechos constitucionales al trabajo y a la estabilidad, porque la misma Carta permitió que el legislador fijara otras formas de retiro, aún para aquellos empleados que se encuentran en carrera.

LA APELACIÓN

Inconforme con lo decidido, la parte demandante interpuso recurso de apelación (FI.672) solicitando la revocatoria de la sentencia de primera

instancia y que en consecuencia, se acceda a las pretensiones de la demanda. Sus principales argumentos fueron los siguientes:

1. Se vulneraron los derechos de carrera administrativa del demandante. La entidad nominadora aparentó la supresión de 16 empleos de Profesional Universitario 340-06 (*Sic*) para remover a la actora, pero simultáneamente creó 06 cargos de Profesional Universitario 340-05 (*Sic*), como también 09 de Asesor 105-02, ambos en la planta de personal de la entidad. Así mismo, creó el cargo de Asesor 105 en los grados 01, 03, 04, 05 y 06 en las Unidades de Apoyo Normativo de los Concejales sin discriminar su número, que pasaron a cumplir las mismas funciones que aquél realizaba, con la diferencia que antes eran de carrera y ahora pasaron a ser de libre nombramiento y remoción, lesionando gravemente el sistema de carrera.

En esos cargos fueron incorporados de manera inmediata numerosas personas ajenas a la entidad, sin fuero de carrera, y que no exhibían los buenos antecedentes, experiencia y capacidad del demandante. Cita expresamente la incorporación de la señora Liria Azucena Silva Aldana como Asesor 105-02, mediante Resolución No.274 de junio de 2001, pese a que su cargo también había sido suprimido y no se encontraba escalafonada en carrera administrativa.

El Concejo no tuvo en cuenta un estudio razonado y juicioso para reestructurarse, sino que procedió a su acomodo, tuvo una orientación burocrática y política que riñe con los postulados del buen servicio público.

2. El procedimiento llevado a cabo para la supresión del cargo del demandante implica una desviación o abuso de poder. Al respecto, señala que la Jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido reiterada en el sentido que en los procesos de reestructuración de entidades públicas y tratándose de funcionarios que se hallen amparados por fuero sindical, es necesario que previamente a la supresión de sus cargos, se obtenga el levantamiento de su fuero.

La reestructuración del Concejo se llevó a cabo en forma irregular, esto es, sin este requisito; la conducta y el manejo del asunto por parte de las directivas de la entidad, violaron los derechos de audiencia y de defensa del demandante y del sindicato, pues no tuvieron la oportunidad de probar que la supresión del cargo no era necesaria.

El acto de comunicación está falsamente motivado, pues el fundamento de esta no podía ser la reestructuración misma, sino el levantamiento del fuero.

Cita material jurisprudencial de la Corte Constitucional que aborda el tema¹, y agrega que no levantar el fuero sindical de quienes gozan de dicho amparo legal previamente a la reestructuración de la entidad, se constituye en una verdadera vía de hecho en cuanto lesiona el debido proceso, el derecho de asociación y la garantía del fuero, y en un vicio de nulidad del acto administrativo de remoción, declaración que tiene que hacer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y no la Ordinaria Laboral, pues no se pide el reintegro por fuero sindical, sino la anulación del acto de retiro, afectado en cuanto a su formación y contenido.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Consiste en establecer la legalidad de los actos administrativos demandados, los cuales fueron expedidos con ocasión de la modificación de la planta de personal del Concejo de Bogotá D.C.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la sentencia de 08 de noviembre de 2007 denegó las súplicas de la demanda al considerar que los actos administrativos acusados no estaban incursos en ninguna de las causales de nulidad esbozadas en la demanda y que por lo tanto mantenían incólume su presunción de legalidad.

El apelante por su parte, señala que con la expedición de los actos demandados se vulneraron sus derechos de carrera administrativa, específicamente su derecho de preferencia, y el amparo de fuero sindical del que gozaba al momento de la supresión de su cargo. Así mismo, señala que el Concejo de Bogotá D.C. no tuvo en cuenta para reestructurarse, un estudio técnico razonado y juicioso, y que en cambio tuvo una

orientación burocrática que le permitió suprimir cargos sin criterio técnico alguno.

Lo probado en el proceso

La demandante prestó sus servicios al Concejo de Bogotá D.C. desde el 20 de agosto de 1992 hasta el 20 de noviembre de 2001 (Fl.76 Cdn.1). Fue nombrada y posesionada en el cargo de Asesor Concejo XIIA (Fls. 208 y 209), y el último cargo desempeñado fue el de Profesional Especializado Código 335 Grado 06.

Fue inscrita en carrera administrativa a través de la Resolución No.4703 de marzo 28 de 1996 expedida por el Departamento Administrativo de la Función Pública, Comisión Nacional de Servicio Civil (Fl.87 ib.) en el cargo de Profesional Especializado Nivel 19.

El 08 de junio de 2001, el Concejo de Bogotá D.C. expidió el Acuerdo No.029, *“Por el cual se modifica la planta de personal del Concejo de Bogotá D.C. y se dictan otras disposiciones”*. En su artículo 1º suprimió la totalidad de los 13 cargos de Profesional Especializado Código 335 Grado 06 existentes en la planta, y el artículo 2º que estableció la planta global, no incluyó este cargo (Fl.2 ib.).

En cumplimiento del artículo 2º citado se expidió la Resolución No.000274 de 29 de junio de 2001 *“Por la cual se incorporaron a unos servidores públicos a la planta de personal del Concejo de Bogotá D.C.”* sin que la demandante fuera incluida (Fl.5). Por medio de la Resolución No.00275 de la misma fecha (Fl.11), se determinaron los cargos cuya supresión quedaría condicionada hasta la cesación de la imposibilidad jurídica que impedía el retiro del servicio, bien por tratarse de empleados con fuero sindical o de empleadas en estado de embarazo, señalándose en este acto el nombre de la demandante por ser una servidora pública cobijada dentro de la primera hipótesis mencionada. La anterior circunstancia le fue comunicada a la demandante mediante Oficio sin número de 29 de junio de 2001 (Fl.16); igualmente se le informó las opciones a que tenía derecho de conformidad con el artículo 39 de la Ley 443 de 1998, y que hasta que ocurriera la circunstancia referida seguiría ejerciendo el cargo y desempeñando las funciones propias del mismo.

A través del Oficio sin número de 08 de noviembre de 2001 (Fl.76), se le comunicó que a partir de 20 de noviembre de 2001 sería retirada del servicio, pues la circunstancia que lo impedía se había extinguido.

Como quiera que la demandante no manifestara por escrito su decisión de incorporación o indemnización, la Resolución No.000289 de 18 de diciembre de 2001 (Fl.78), le reconoció y ordenó el pago de la indemnización por la supresión de su cargo, por un valor de \$20.378.342.69=.

Fondo del asunto

1. La señora Judith Hernández Villalba, quien laboraba en el Concejo de Bogotá D.C. desempeñaba al momento de su desvinculación el cargo de Profesional Especializado Código 335 Grado 06 con derechos de carrera. La nueva planta fue creada por el Acuerdo No.025 de 2001, el cual redujo una gran cantidad de cargos de la planta, entre ellos todos los 13 cargos de Profesional Especializado Código 335 Grado 06.

Con la desaparición de estos cargos y la decisión de la Administración de no reincorporar a la demandante, ésta alega que se le violó el derecho de preferencia frente otros funcionarios que fueron incorporados en la nueva planta sin contar con las prerrogativas de la carrera administrativa, ni con las mismas capacidades, buenos antecedentes y experiencia de la actora.

El derecho de preferencia es una garantía instituida sólo a favor de quienes se encuentran inscritos en carrera administrativa y cuando sus empleos han sido suprimidos de la planta de personal. Es una opción que el legislador les da para ser incorporados a un cargo equivalente en la nueva estructura de la entidad oficial y conforme a las reglas allí previstas (art. 39 de la Ley 443 de 1998).

Ante una reducción de empleos que imposibilita materialmente incorporar a todos los funcionarios de la antigua planta, esta Corporación ha sostenido que la decisión de escogencia de los empleados que deben permanecer en la nueva planta de personal, aunque debe estar acorde con el principio de optimización del servicio, debe realizarse mediante la evaluación de la situación particular de cada uno de ellos con el fin de determinar quiénes tienen el mejor derecho a ser revinculados.

Se dice en el recurso de apelación que funcionarios que no tenían derechos de carrera y que no exhibían los buenos antecedentes, experiencia y capacidad de la demandante, fueron incorporados en los cargos de Asesor Código 105 Grados 01, 02, 03, 04, 05 y 06, cumpliendo las mismas funciones que ésta cumplía en el cargo de Profesional Especializado Código 335 Grado 06.

De acuerdo con lo dispuesto por la Resolución No.300 de 1999 (Fl.88 Cdo. Ppal.) las funciones determinadas para el cargo de Profesional Especializado Código 335 Grado 06 eran las siguientes:

Aplicar conocimientos, principios y técnicas de una disciplina académica, para generar nuevos productos y/o servicios; efectuar aplicaciones de los ya existentes y desarrollar métodos de producción.

Recepcionar los documentos relacionados con las órdenes de pago.

Analizar, proyectar, perfeccionar y recomendar las acciones que deban adoptarse para el logro de los objetivos y las metas de la división.

Analizar, revisar, controlar y evaluar los sistemas y los procedimientos para garantizar su efectividad.

Revisar los documentos anexos a las órdenes de pago.

Realizar la proyección legal de los giros.

Brindar asesoría en el área de desempeño, de acuerdo a las políticas y las disposiciones vigentes.

Resolver consultas sobre las materias de competencia de la división de acuerdo a las políticas institucionales.

Las demás funciones inherentes al cargo que por necesidad del servicio le sean asignadas.

Por otra parte, las funciones que concretamente ejercía la demandante como Profesional Especializado 335-06 en la Comisión Tercera Permanente del Concejo de Bogotá D.C., se encuentran descritas en los folios Nos.461 a 467 del cuaderno No.2 en el documento de fecha 27 de junio de 2000, suscrito por el Secretario de dicha Comisión, dirigido al Director Administrativo de la misma entidad. En éste, el primer funcionario citado señala las funciones, así:

Estudiar, analizar, emitir concepto técnico y preparar informes sobre proyectos de Acuerdo.

Estudiar, analizar, emitir concepto técnico y preparar informes sobre cuadros y estadísticas de ejecución presupuestal, para el seguimiento y control del gasto público – seguimiento a la inversión pública –.

Preparar y elaborar ponencias sobre Proyectos de Acuerdo.

Gestionar y elaborar respuestas a las solicitudes que llegan a la Comisión y que correspondan al ámbito de su gestión.

Preparar y elaborar proposiciones requeridas por los Honorables Concejales en cumplimiento de su función de control político y administrativo.

Estar presente en los debates para prestar la respectiva asesoría técnica a los Concejales.

Consolidar estadísticas y datos presupuestales para la conformación de base de datos necesarios para los estudios y análisis históricos y actualizados del presupuesto público Distrital en particular al igual que de toda clase de información relacionada con el diario acontecer económico y financiero tanto de la Nación como del distrito Capital en particular.

Las demás funciones que sean asignadas por el Subsecretario y Presidente del a Comisión.

Así mismo, a folio No.891 ib. aparecen consignadas las funciones que de conformidad con la Resolución No.276 de 2001 le corresponden al cargo de Asesor 105 Grado 02, a partir de la modificación de la planta de personal, funciones que fueron especificadas de acuerdo con la dependencia a la cual se asignara. En cuanto a las funciones correspondientes a los Asesores 105-02 asignados a las Comisiones Permanentes, señala:

1. Asesorar y asistir a la Mesa Directiva de la Comisión en la definición de temas pertinentes para su estudio y análisis.
2. Asumir la revisión y programación de los proyectos presentados a consideración de la Comisión, así como de los asuntos relacionados con el control político de la administración Distrital.
3. Emitir concepto sobre los alcances jurídicos, económicos, sociales, políticos, ecológicos y culturales de los diferentes proyectos de acuerdo que se presenten a consideración de la Comisión.
4. Asesorar en los debates de los proyectos de acuerdo y de las proposiciones, revisando y analizando el articulado propuesto y levantando el respectivo informe de sesión.
5. Asesorar en el trámite de los proyectos de Acuerdo, Acuerdos Aprobados, proposiciones y demás actos administrativos conforme al reglamento interno de la Corporación.
6. Coadyuvar en el análisis y evaluación de los informes presentados a la comisión por las diferentes entidades de la administración distrital, para la realización del estudio comparativo de los mismos.
7. Apoyar la preparación de informes y demás requerimientos formulados por los organismos de control y vigilancia sobre los asuntos de su competencia.
8. Organizar mesas de estudio con el equipo de trabajo de la comisión, sobre temas de importancia para la ciudad.
9. Recopilar, codificar y mantener actualizadas las disposiciones jurídicas y pronunciamientos judiciales, en temas que son de competencia de la respectiva comisión.
10. Asistir a la Mesa Directiva de la Comisión en materias relacionadas con las coyunturas de la administración del Distrito Capital.
11. Velar por la grabación y desgrabación (*Sic*) de las sesiones de la Comisión.
12. Responder por las publicaciones es los anales de los documentos que expida la Comisión y que requieran de este trámite.

13. Asistir, participar y responder por trabajos de carácter especial e interés distrital.

14. Las demás funciones asignadas por la autoridad competente, de acuerdo con el nivel, la naturaleza y el área de desempeño del cargo.

El artículo 158 del Decreto 1568 de 1998, modificado por el artículo 1° del Decreto 1173 de 1999, vigente para la época de los hechos establecía en cuanto a la equivalencia de los empleos:

“ARTICULO 158. Se entiende que un empleo es equivalente a otro cuando tienen funciones iguales o similares, para su ejercicio se exijan requisitos de estudio y de experiencia iguales o similares y cuando la asignación básica de aquél no sea inferior a la de éste.”

El criterio de esta Corporación con respecto al concepto de equivalencia de cargos ha sido el siguiente: *“La equivalencia de los cargos debe examinarse respecto de los deberes, atribuciones y responsabilidades que le haya señalado la Constitución, la ley o el reglamento, según la clase de empleo, su nivel jerárquico, sus requisitos y su grado salarial”; “no solo la similitud entre las funciones que desempeñan los titulares determina la equivalencia de los empleos, sino que existen otros factores que inciden significativamente en esa ponderación, como solo los relacionados con la responsabilidad específica que caben a unos y otros y ante todo la posición jerárquica dentro de los cuadros estructurales de la institución respectiva”².*

De la lectura de las funciones asignadas al cargo de Profesional Especializado 335-06 de la antigua planta, ejercido por la demandante en la Comisión Tercera Permanente y las de Asesor 105-02 asignados a las Comisiones Permanentes de la nueva planta del Concejo Distrital de Bogotá, queda claro que se trata de funciones disímiles, adicionalmente, tampoco existe equivalencia en cuanto a nivel jerárquico (Por un lado nivel Profesional y por otro nivel Asesor) ni en el grado salarial, y en lo relacionado con los requisitos exigidos para cada cargo, no puede realizarse comparación alguna, en virtud de que no se aportó al proceso el material necesario para ello.

Lo mismo sucede en relación con los cargos de Asesor 105 Grados 01, 03, 04, 05 y 06, y el de Profesional Especializado 335-05 de la antigua y de la nueva planta, pues no obra en el expediente documento alguno que dé cuenta de los aspectos arriba mencionados.

Atendiendo las anteriores razones, puede afirmarse que efectivamente el cargo de Profesional Especializado 335-06 sí fue suprimido en la nueva planta de personal del Concejo de Bogotá D.C. y que no se probó que existiera un cargo equivalente a éste, deber que se encontraba en cabeza de la demandante.

Aunado a todo lo anterior, ha de recalcar la Sala que si la demandante tenía la expectativa de ser incorporada a la nueva planta, debió manifestarlo así expresamente al funcionario respectivo, de conformidad con lo establecido en el artículo 45 del Decreto 1568 de 1998. Como la demandante guardó silencio, la administración, siguiendo los parámetros establecidos en el inciso 2° de la norma mencionada, entendió que renunciaba tácitamente a la opción de la incorporación y que optaba por la indemnización, y en ese sentido no tenía el deber jurídico ni siquiera de pensar a qué cargo incorporarla. Así las cosas, tampoco existe para la Sala la necesidad de estudiar las razones por las cuales la entidad demandada incorporó a la señora Liria Azucena Silva Aldana en el cargo de Asesor 105-02, mediante Resolución No.274 de junio de 2001.

Los argumentos expuestos son suficientes para desvirtuar el cargo de vulneración del derecho de preferencia de la demandante.

De otro lado, afirma el apelante que el Concejo de Bogotá D.C. no tuvo en cuenta un estudio razonado y juicioso para reestructurarse, sino que procedió a su acomodo, con una orientación burocrática y política que riñe con los postulados del buen servicio público.

Para la Sala carecen de fundamento fáctico y de argumentación las acusaciones relacionadas con la falta de rigor del estudio técnico. El texto que sobre el particular reposa en el expediente, contiene los lineamientos esenciales que la Ley prescribe.

Para el caso planteado en la demanda, las causas que originaron la propuesta de modificación de la planta de personal fueron la necesidad de hacer una racionalización del gasto público por aplicación de la Ley 617 de 2000 – de forzoso cumplimiento – y la necesidad de redistribuir

funciones, competencias y cargas de trabajo.

Tales causas, por mandato de los numerales 6° y 9° del artículo 149 del Decreto 1572 de 1998, deben entenderse fundadas en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración. El “estudio técnico” exigido por el Decreto 1572 de 1998, acreditó como debía las condiciones señaladas y concluyó en la necesidad de suprimir cargos como solución.

Conviene recordar - frente a requerimientos formales del estudio técnico - que en numerosas ocasiones la Sala ha definido que no resultan suficientes para viciar la presunción de legalidad del acto administrativo que se expidió con fundamento en el estudio técnico, razones meramente formales o de metodología en la elaboración del mismo, cuando con ellas no se afecta la esencia del proceso ni se desconocen los derechos de contradicción o de defensa del afectado.

2. Por otra parte, estima la apelante que el procedimiento llevado a cabo para la supresión del cargo del demandante implicó una desviación o abuso de poder. Al respecto, señala que de conformidad con la Jurisprudencia de la Corte Constitucional tratándose de funcionarios que se hallen amparados por fuero sindical, es necesario que previamente a la supresión de sus cargos, se obtenga el levantamiento de su fuero. Manifiesta que se violaron los derechos de audiencia y de defensa del demandante y del sindicato, pues no tuvieron la oportunidad de probar que la supresión del cargo no era necesaria.

Insiste en que se establezca la existencia de un vicio de nulidad o anulación de los actos acusados, en la medida que el organismo Distrital, no obtuvo previamente el levantamiento del fuero sindical que protegía al actor, con fundamento en lo expresado por la Corte Constitucional en sentencias T-205/04, T- 323/05 y T-253/05.

La Constitución Política de 1991 en el Inciso 4º del artículo 39, al respecto dice que:

“Se reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión.”

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que dicho mandato, no prohíbe la supresión de empleos desempeñados por personal aforado, ni se constituye en una garantía absoluta que impermeabilice al funcionario que goza de tal prerrogativa, por lo que puede ser restringida en cumplimiento de intereses jurídicos de carácter general, como son la adecuada prestación del servicio.

El artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo, define el fuero sindical como:

“(…) la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez de trabajo.”³

El Decreto 1572 de 1998, reglamentario de la Ley 443 de 1998 y del Decreto Ley 1567 de 1998, en su artículo 147, preceptúa:

“ARTÍCULO 147. Para el retiro del servicio de empleado de carrera con fuero sindical, por cualquiera de las causales contempladas en la ley, debe previamente obtenerse la autorización judicial correspondiente.”.

En el sub lite está probado (Fls.75 y 76) que la Administración decidió posponer el retiro de la actora hasta tanto cesara la imposibilidad jurídica que la amparaba, es decir, se extinguiera la garantía del fuero sindical. En todo caso es de advertir que la trasgresión del citado artículo 147, no compromete de ninguna manera la validez del acto supresor.

La Legislación Laboral Colombiana contempló específicamente una acción en favor del trabajador, consagrada en el artículo 118A del Código Procesal del Trabajo adicionado por el artículo 49 de la Ley 712 de 2001, para obtener el reintegro cuando el fuero sindical ha sido desconocido por el empleador. De conformidad con la normatividad citada y con el artículo 1º y el parágrafo 2º de la Ley 362 de 1997 derogada por el artículo 53 de la Ley 712 de 2001, se interpone ante la jurisdicción laboral ordinaria, está sometida al término de prescripción de dos (2) meses y

se tramita por un procedimiento especial para proteger efectivamente a la asociación sindical en los procesos de retiro del servicio de sus miembros amparados, circunstancia que justifica la exclusión de los trámites y ritualidades que debe agotar un proceso ordinario.

Por consiguiente, la demandante no puede solicitar el reintegro alegando vicios cuyo conocimiento no corresponde indudablemente a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ni puede invocar el desconocimiento de las normas de rango superior en que debió fundarse el acto relativas al fuero sindical.

Así las cosas, se impone para la Sala confirmar el fallo apelado que denegó las pretensiones de la demanda, pues no logró desvirtuarse la presunción de legalidad que reposa sobre los actos atacados.

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

CONFÍRMASE la Sentencia de ocho (08) de noviembre de dos mil siete (2007) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso promovido por JUDITH HERNÁNDEZ VILLALBA contra el DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ que denegó las pretensiones de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

-

250002325000200111169 01(1534-2008)

-

Actor: Judith Hernández Villalba

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Sentencia T-205 de marzo 04 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas Hernández; Sentencia T-323 de abril 04 de 2005 M.P. Humberto Sierra Porto; Sentencia T-253 de marzo 17 de 2005 M.P. Jaime Araújo Rentería.

2 Sentencias N.I.7464 de 07 de marzo de 1994 M.P. Diego Younes Moreno y N.I.10528 de 22 de octubre de 1999 M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, Sección Segunda.

3 Corte Constitucional, sentencia C-201 de 19 de marzo de 2002, declaró exequible la presente norma.