

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA
SALA DE DECISIÓN No. 6
MAGISTRADO PONENTE: FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS**

Tunja, 16 AGO 2019

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: YOLIMA INES ALFONSO DAZA

DEMANDADO: MUNICIPIO DE MACANAL

RADICADO: 1500133330042013005601

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra el fallo de fecha doce (12) de octubre de dos mil dieciséis (2016), proferido por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, en el que fueron denegadas las pretensiones de la demanda, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por la señora **YOLIMA INES ALFONSO** contra el **MUNICIPIO DE MACANAL**.

II. ANTECEDENTES

2.1.- LA DEMANDA. Por conducto de apoderado judicial, y en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, la señora **YOLIMA INÉS ALFONSO DAZA** solicitó se declare la nulidad parcial del acto administrativo contenido en el Decreto No. 048 del 30 de agosto de 2012, mediante el cual se suprimieron algunos empleos de la planta de personal del nivel central del Municipio de Macanal, especialmente el de Auxiliar Administrativo Código 550 Grado 02 que desempeñaba la demandante.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó se ordene al ente territorial demandado, el reintegro al cargo que ocupaba en provisionalidad o a un

cargo de igual categoría.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene a la entidad accionada pagar todos los factores salariales y prestacionales dejados de pagar desde el momento del retiro y hasta que se haga efectivo el reintegro; así mismo, que se condene a la demandada a indexar todos los valores adeudados, y a reconocer, liquidar y pagar intereses moratorios a título de sanción.

Como fundamento de sus pretensiones, manifestó que la accionante se vinculó al municipio de Macanal en provisionalidad; que el cargo que desempeñaba la demandante (Auxiliar administrativo código 550 grado 02) fue ofertado por el Municipio ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, por lo que la actora se inscribió al respectivo concurso que proveería esa vacante.

Agregó que con posterioridad el Municipio demandado inició las gestiones necesarias para llevar a cabo una reestructuración administrativa, para lo cual celebró con un particular un contrato de servicios profesionales a efectos de que adelantara un estudio técnico de reestructuración administrativa; aunado a esto, el Alcalde del municipio accionado radicó ante el Concejo Municipal el proyecto de acuerdo para la reforma de personal, éste a su vez lo aprobó mediante el Acuerdo 011 de 2012 y por ello, el Alcalde mediante el decreto 048 de 2012 suprimió algunos empleos de la planta central de la Alcaldía, entre ellos, el que desempeñaba la demandante.

Lo anterior le fue informado a la actora mediante el oficio No. 200-02-500-2012 del 30 de agosto de 2012.

Con posterioridad y mediante el decreto 049 del 30 de agosto de 2012 el Alcalde de Macanal estableció la planta de personal del nivel central del municipio; luego, con la resolución No. 145 del 30 de agosto de 2012 se incorporaron a esa planta de personal a algunas personas, entre las cuales no se incluyó a la demandante.

Como sustento de sus pretensiones la parte actora acusó el acto administrativo demandado de **haber sido expedido con violación de las normas en que debía fundarse**, pues a su juicio se había vulnerado derechos de rango constitucional como la igualdad, el trabajo y el debido proceso dado que el accionado suprimió el empleo desempeñado por la actora sin haber verificado las cargas de trabajo de quienes integraban las plantas de personal, conforme lo dispone la guía de modernización de entidades públicas. Aunado a esto, que el estudio técnico no se caracterizó por su objetividad, sino que se tornó en una discrecionalidad prohibida legalmente.

Agregó que se desconoció también el artículo 228 del decreto 019 de 2012, en el sentido de que las plantas de personal deben basarse en estudios técnicos elaborados por las propias entidades bajo las directrices del Departamento Administrativo de la Función Pública y la Escuela de Administración Pública; que en el caso, el estudio técnico fue llevado a cabo por un consultor particular, siendo que esto era deber legal del Alcalde con el acompañamiento de la ESAP. En este punto agregó que el decreto 019 de 2012 prohibió que firmas especializadas elaboraran los estudios de reestructuración y reformas de personal a través de contrato de prestación de servicios, como sí lo permitía la ley 909 de 2004, no obstante esto fue derogado a partir del 10 de enero de 2012.

Indicó además que el profesional que realizó el estudio técnico, lo que realmente hizo fue un macroproceso estratégico, macroproceso misional, macroproceso de apoyo y un macroproceso de evaluación, que esto no debía ser así, sino que tal herramienta debía responder al análisis de cada proceso en particular, específicamente el que desarrolla cada empleado, pues con ello se afectaron los empleos de los funcionarios de la planta de personal y de contera los derechos fundamentales al trabajo y al debido proceso.

De otra parte indicó que se vulneró el decreto 1227 de 2005, que exige la motivación de los actos de reformas de las plantas de empleos, pues el estudio técnico no sirvió al Alcalde como fundamento para la

expedición del acto de supresión; además que no se justificó que la reforma a la planta de personal respondiera a la racionalización del gasto público, en el mismo no se aprecia la aplicación de los criterios de razonabilidad, proporcionalidad ni prevalencia del interés general.

Por otro lado la actora acusó también el acto demandado de haber sido expedido con falsa y con falta de motivación, reiterando al efecto que no es cierto lo consignado en el decreto 48 del 30 de agosto de 2012, en el sentido de que la reforma de personal en él contenida estuviera sustentada en un estudio técnico, pues insiste en que el que se elaboró para ese efecto adolece de los requisitos legales y técnicos, conforme la guía de modernización del Departamento Administrativo de la Función Pública.

Finalizó señalando que el acto demandado también fue expedido con desviación de poder, pues a su juicio, fueron razones netamente subjetivas, ilegítimas e ilegales las que asistieron al Alcalde de Macanal para expedir el acto de supresión del empleo de la demandante, buscando con ello una finalidad distinta a los intereses públicos o sociales.

En el escrito de subsanación de la demanda, la actora agregó que se desconoció también la circular conjunta No. 074 del 21 de octubre de 2009 de la Procuraduría General de la Nación y de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en la que se establece que no podrán suprimirse empleos reportados y que hayan sido ofertados a los aspirantes, que en el caso la actora se vinculó al Municipio de Macanal mediante nombramiento en provisionalidad, en el cargo de auxiliar administrativo código 550 grado 02, el cual no obstante fue reportado por el Municipio ante la Comisión Nacional del Servicio Civil para ser ofertado y provisto mediante concurso público de méritos (fl. 2-64 y 1031-1033).

2.3.- LA PROVIDENCIA IMPUGNADA. Se trata de la sentencia proferida el 12 de octubre de 2016, por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, en la que se denegaron las pretensiones de la demanda. Para llegar a dicha decisión, el A quo manifestó que no se

encontraba probada la violación directa de la ley, la desviación de poder, falsa motivación, errónea aplicación del estudio técnico, respecto de los actos administrativos demandados, ya que dentro de las pruebas obrantes en el expediente no fue posible evidenciar de manera eficiente que el propósito final del retiro del servicio de la demandante no fuera mejorar el servicio.

Indicó al efecto, con fundamento en el testimonio rendido por un funcionario del Departamento Administrativo de la Función Pública que el estudio técnico llevado a cabo para la reforma a la planta de personal del municipio de Macanal no vulneró la exigencia del análisis de las cargas de trabajo, como afirma el demandante, pues según su dicho, las cargas de trabajo es un instrumento técnico que le permite a la administración analizar si hay concentración de áreas sobrecargadas de trabajo y con base en ello redistribuir a las personas en otras dependencias, más no para decidir la supresión de un empleo u otro.

En el mismo sentido, agregó que no se probó que la reestructuración administrativa llevada a cabo por la administración municipal, estuviera inspirada en motivos diferentes al mejoramiento del servicio, así como tampoco se acreditó que la desvinculación de la accionante estuviera inspirada en la selección subjetiva y tendenciosa del personal. Finalmente aseveró, que si el estudio de reestructuración carecía de alguno de los parámetros contemplados en la "Guía para reestructuración de entidades públicas", tal situación no es motivo de vicio de ilegalidad, ya que su metodología no es obligatoria

De otro lado indicó que no era cierto que el artículo 228 del decreto 019 de 2012 prohibiera contratar con empresas particulares para el desarrollo de los estudios técnicos fundamento de la reforma a la planta de personal, pues con fundamento en el dicho del funcionario del DAFP, esto también puede llevarse a cabo mediante empleados mismos de la Administración o por terceros contratados para ese efecto.

Indicó de otra parte que, -contrario a lo afirmado por la demandante-el estudio técnico sí contiene análisis financiero, cuyo objetivo es la

identificación de la composición y evolución de las principales fuentes de ingresos y gastos de la entidad, para así determinar la sostenibilidad a largo plazo de las mismas; además, que en el estudio técnico también se aprecia la comparación de costos inherentes a la planta de personal vigente en el Municipio contra los rubros presupuestados para servicios personales y transferencias, concluyendo que los costos de planta, con los cargos existentes hasta ese entonces sobrepasaban incluso lo presupuestado para la vigencia fiscal 2012, lo cual a juicio de la *a-quo* resultaba coherente con los mandatos de la ley 617 de 2000 (fls. 1761-1804).

2.3. EL RECURSO DE APELACIÓN. Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la parte demandante la impugnó oportunamente, indicando al efecto que el estudio técnico de reestructuración no fue elaborado por una persona competente, pues la administración podía contratar uno o varios asesores para que ayudara a la administración en la elaboración del estudio técnico, más no tenía la facultad de contratar a un particular para que en forma directa elaborara el mencionado estudio. De igual manera, manifestó la "inexistencia" del estudio técnico de reestructuración, toda vez que no cumplió con los requisitos mínimos de conformidad con el artículo 97 del Decreto 1227 de 2005, situación sobre la cual el *A quo* no se pronunció.

Agregó que el juzgador de primera instancia realizó una interpretación errónea de lo dispuesto en las normas vigentes al momento en que fueron expedidos los actos administrativos demandados. Afirmó además que quien tenía la facultad legal de interpretar el ordenamiento jurídico dentro de un proceso judicial es el Juez, y por lo tanto al perito le está prohibido dentro de sus dictámenes rendir conceptos jurídicos, y como sucedió dentro del caso en concreto, se encontraba vedado para decidir sobre la obligatoriedad de la Guía Metodológica del Departamento Administrativo de Función Pública (fls. 1808-1835)

2.4. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA. El recurso de apelación se admitió mediante auto de 05 de mayo de 2017 (fl. 1842), y por considerarse innecesaria la celebración de audiencia de alegaciones y

juzgamiento, de acuerdo con lo establecido en el numeral 4º del artículo 247 del C.P.A.C.A., se ordenó por auto de 14 de julio de 2017, correr traslado a las partes para alegar de conclusión, y al Ministerio Público para que, si a bien lo consideraba, emitiera su concepto (fl. 1847)

2.5. TRASLADO DE ALEGATOS DE CONCLUSION. En el término concedido para el efecto, la apoderada de la **parte demandante** presentó escrito en el que reiteró los argumentos expuestos en el escrito de demanda, los alegatos de conclusión en primera instancia y en la alzada, resaltando que el Juzgador de Primera instancia no realizó pronunciamiento alguno sobre la ausencia de los requisitos de los estudios técnicos, y por ende no los tuvo como problema jurídico principal ni como problema jurídico de la sentencia. Aunado a esto solicitó se accediera al decreto de una prueba trasladada pericial (fls. 1852-1866)

Por su parte, la **entidad demandada** guardó silencio, y la Agencia del **Ministerio Público** no hizo pronunciamiento alguno en esta etapa procesal.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1. Problema jurídico

Corresponde a la Sala establecer si la demandante tiene derecho a ser reintegrada al cargo que ocupaba en provisionalidad en la planta de personal del Municipio de Macanal que fue suprimido en virtud del acto administrativo demandado.

3.1.1. De la supresión de cargos de carrera administrativa-Exigencia de estudio técnico

Sobre el particular la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que la supresión de cargos de carrera administrativa debe ser entendida como la desaparición o reducción de puestos de trabajo en los que los servidores públicos ejercen y desarrollan determinadas y precisas

funciones¹; que la supresión puede obedecer a circunstancias como la *i*) fusión o liquidación de la entidad pública respectiva, *ii*) cambios en la misión u objeto social o en las funciones generales de la entidad, *iii*) traslado de funciones o competencias de un organismo a otro, *iv*) supresión, fusión o creación de dependencias o modificación de sus funciones, *v*) mejoramiento o introducción de procesos, producción de bienes o prestación de servicios, *iv*) redistribución de funciones y cargas de trabajo, *vii*) introducción de cambios tecnológicos, *viii*) 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, *ix*) racionalización del gasto público y *x*) mejoramiento de los niveles de eficiencia, eficacia, economía y celeridad de las entidades públicas.

Prosigue la jurisprudencia en cita señalando que el proceso de reestructuración debe responder a la garantía de los derechos de ese personal que ante la prevalencia del interés general queda cesante, por ello, debe estar precedida de una serie de etapas que son necesarias para su prosperidad y que inician con la elaboración del estudio técnico, luego, la propuesta de modificación de la planta de personal, el concepto técnico favorable y el concepto de viabilidad presupuestal.

Sobre el particular, la ley 443 de 1998 en su artículo 41 disponía que 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 y 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.**

¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 7 de marzo de 2013. C.P. Gustavo Eduardo Gomez Aranguren, Exp. 1454-11

El decreto 1572 de 1998 modificado por el decreto 2504 de 1998 reiteró que las modificaciones a la planta de personal debían motivarse expresamente y entre otras cosas, estar soportadas en estudios técnicos que así lo demuestren.

Posteriormente se expidió la ley 909 de 2004, la que en su artículo 46 disponía que las reformas de planta de empleos de las entidades de la rama ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, deberán motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración **y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren, elaborados por las respectivas entidades, por la ESAP, o por firmas especializadas en la materia;** estudios que deberán garantizar el mejoramiento organizacional.

Este artículo fue modificado por el artículo 228 del decreto ley 19 de 2012, el que dispone que las reformas de plantas de personal de empleos en las entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial deben motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración **y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren, elaborados por las respectivas entidades bajo las directrices del Departamento Administrativo de la Función Pública y de la Escuela Superior de Administración Pública- ESAP.**

Como se aprecia, tanto la norma que regía con anterioridad a la ley 909, esto es la ley 446 de 1998, como aquella, disponían que los estudios técnicos que debían soportar las reformas a las plantas de personal debían ser elaborados por *i)* la respectiva entidad, *ii)* la Escuela Superior de Administración Pública- ESAP, *iii)* firmas especializadas en la materia o, *iv)* profesionales en administración pública u otras profesiones idóneas debidamente acreditados. Sin embargo, esto último tuvo vigencia hasta la expedición del decreto 19 de 2012, en el que se restringió la elaboración de los aludidos estudios a los dos primeros, esto es, a la respectiva entidad bajo las directrices del Departamento Administrativo

de la Función Pública- DAFP y de la Escuela Superior de Administración Pública- ESAP.

Lo anterior encuentra su justificación en el espíritu mismo del decreto 19 de 2012, el cual se expresa en su artículo primero, al señalar que esa norma tenía por objeto suprimir o reformar los trámites o procedimientos y regulaciones innecesarios existentes en la administración pública, con el fin de facilitar la actividad de las personas naturales y jurídicas ante las autoridades, contribuir a la eficiencia y eficacia de éstas y desarrollar los principios constitucionales que la rigen.

Así, lo pretendido con la reforma introducida por el artículo 228 del decreto 19 de 2012 es contribuir a la eficiencia y eficacia del proceso de reforma de plantas de personal, específicamente en lo relativo a la elaboración del estudio técnico que la soporte, el que como se dijo, fue encargado exclusivamente a la respectiva entidad, bajo las directrices del DAPF o de la ESAP, es decir, eliminando la posibilidad de que otras entidades o personas contribuyeran en su elaboración, lo que evidentemente ahorra esfuerzos humanos y económicos a la respectiva Entidad.

De otro lado, en cuanto a los requisitos específicos que debe cumplir el estudio técnico que reforma una planta de personal, el artículo 97 del decreto 1227 de 2005, reglamentario de la ley 909 de 2004 dispone lo siguiente:

Artículo 97. Los estudios que soporten las modificaciones de las plantas de empleos deberán basarse en metodologías de diseño organizacional y ocupacional que contemplen, como mínimo, los siguientes aspectos:

97.1. Análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo.

97.2. Evaluación de la prestación de los servicios.

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

Sobre el particular, el Órgano Vértice de la Jurisdicción ha señalado que los aludidos aspectos *mínimos* que se exigen a los estudios técnicos que reformen las plantas de personal, responden al hecho de que tales modificaciones tienen naturaleza reglada, en la cual la ley le señala tanto

la oportunidad como el procedimiento a seguir, así las cosas, la administración debe actuar dentro de un estricto marco legal, pues sus actuaciones en esta materia están desprovistas de discrecionalidad².

Conforme la jurisprudencia del Órgano de Cierre de la Jurisdicción el estudio técnico constituye el documento que contiene la aptitud técnica y legal del proceso, pues en él se debe ver reflejada la motivación que lleva a la modificación de la organización o entidad y que se erige como presupuesto *sine qua non* de la legalidad de la misma³.

El aludido estudio técnico **debe ser elaborado por las respectivas entidades bajo las directrices del Departamento Administrativo de la Función Pública y de la ESAP**, contener las causas que llevan a la modificación de su estructura y la metodología que se implementará para el correspondiente análisis, tal como lo prevén los artículos 95, 96 y 97 del decreto 1227 de 2005 reglamentario de la ley 909 de 2004 y decreto ley 1567 de 1998.

Finalmente que los estudios para las modificaciones de las plantas de empleos deben basarse en metodologías de diseño organizacional y ocupacional que contemplen, como mínimo, los siguientes aspectos: *i*) análisis de los procesos técnicos misionales y de apoyo, *ii*) evaluación de la prestación de la prestación de servicios y *iii*) evaluación de las funciones, los perfiles y las cargas de trabajo de los empleos (art. 97 decreto 1227 de 2005).

3.1.2. La estabilidad de los empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera

El artículo 125 Constitucional dispone que los empleos de los órganos y entidades del Estado son de carrera, se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales. Al respecto la ley 909 de 2004 contempló la figura del encargo mientras se surtía el proceso de selección y una vez convocado el respectivo

² Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 11 de mayo de 2017. C.P. William Hernández Gómez. Exp. 4719-14

³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 16 de noviembre de 2017. C.P. William Hernández Gómez. Exp. 0177-15

concurso, así como la provisionalidad respecto de los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos⁴.

Respecto del nombramiento en provisionalidad de personas en cargos de carrera, la jurisprudencia constitucional ha señalado que excepcionalmente los cargos de carrera podrán ser ocupados en provisionalidad, que esta figura busca responder a las necesidades de personal de la administración en momentos en que se presenten vacancias definitivas o temporales, mientras estos cargos se proveen con los requisitos de Ley, o mientras cesa la situación que originó la vacancia⁵. Sin embargo, dicha situación temporal no cambia la calidad o naturaleza del cargo que se ocupa, pues la circunstancia de hecho no tiene la disposición para cambiar una determinación legal⁶.

Que por tanto, entre los dos extremos de estabilidad en el empleo público⁷, se encuentra una **estabilidad relativa o intermedia**, dado que el nombramiento en provisionalidad busca suplir una necesidad temporal del servicio, pero no cambia la entidad del cargo, de manera que cuando el nombramiento se hace en un cargo de carrera, no se crea una equivalencia a un cargo de libre nombramiento y remoción, y por tanto, no adquiere el nominador una discrecionalidad para disponer del puesto, pero tampoco la persona vinculada adquiere una plena estabilidad, una estabilidad equivalente a la del servidor de carrera

⁴ Ley 909 de 2004. "Artículo 24. ENCARGO. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente. El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, siempre y cuando reúna las condiciones y requisitos previstos en la norma. De no acreditarlos, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente.

Los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño. En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

ARTÍCULO 25. PROVISIÓN DE LOS EMPLEOS POR VACANCIA TEMPORAL. *Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera."*

⁵ T-1206 de 2004

⁶ SU-556 de 2014

⁷ El que se predica de la persona nombrada en un cargo de libre nombramiento y remoción (discrecionalidad del nominador) y estabilidad reforzada del cargo de carrera

administrativa. Es entonces, en dicha circunstancia, que se presenta la estabilidad intermedia en el empleo público; en tanto la persona nombrada en provisionalidad, si bien tiene la expectativa de permanencia en el cargo hasta que el mismo sea provisto mediante concurso, no goza de la estabilidad reforzada del funcionario nombrado en propiedad en dicho cargo, en tanto no ha superado el concurso de méritos⁸.

Lo anterior se manifiesta en el *retiro de los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera*, dado que debe responder a una motivación coherente con la función pública en el Estado Social de Derecho, con lo cual se logra la protección de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad al servicio público. En ese sentido, debe *"atender a razones de interés general atinentes al servicio prestado por el funcionario habida cuenta de sus responsabilidades en la entidad, dentro de las cuales la Corte ha mencionado las razones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto. Por supuesto, la razón principal consiste en que el cargo va a ser ocupado por un funcionario que ha participado en un concurso de méritos y ocupado un lugar en dicho concurso que lo hace merecedor del cargo"*⁹.¹⁰ En concordancia con lo anterior, el acto de retiro debe referirse a la aptitud del funcionario para un cargo público específico; por lo cual, no son válidas las apreciaciones generales y abstractas.

Aunado a lo anterior, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado que las personas que ocupan cargos en provisionalidad gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia¹¹, por lo que el acto administrativo que haga efectiva una desvinculación de un trabajador en provisionalidad debe estar respaldado por una motivación seria y

⁸ Ibidem

⁹ Sentencia T-1310 de 2005 MP: Álvaro Tafur Galvis: "En efecto, la desvinculación por parte de la administración sólo procede por motivos disciplinarios, baja calificación o porque se convoque a concurso para llenar la plaza de manera definitiva, con quien obtuvo el primer lugar." A su vez la sentencia T-222 de 2005 MP: Clara Inés Vargas Hernández dijo: "La Corte ha precisado que un empleado o funcionario de carrera sólo puede ser desvinculado por razones disciplinarias, calificación insatisfactoria o por otra causal previamente descrita en la ley. Así, la ley exige que el acto mediante el cual se desvincula a un empleado o funcionario de un cargo de carrera administrativa o judicial debe ser motivado." Ver, entre otras, sentencias; T-800 de 1998 MP: Vladimiro Naranjo Mesa; T-884 de 2002 MP: Clara Inés Vargas Hernández; T-1206 de 2004 MP: Jaime Araujo Rentería; y T-392 de 2005, MP: Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁰ C-279 de 2007.

¹¹ Ver, por ejemplo, sentencias T-245 de 2007 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-109 de 2009 (M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez), T-507 de 2010 (M.P. Mauricio González Cuervo), C-533 de 2010 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), SU-917 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

suficiente en la que se indiquen específicamente las razones de tal decisión¹²

3.1.3. Caso concreto

En síntesis, el recurrente disiente del fallo de primera instancia por lo siguiente, a) que el estudio técnico que fundamentó la reforma de la planta de personal no fue elaborado por persona competente, b) que el aludido estudio además no cumplió con los requisitos mínimos señalados en el artículo 97 del decreto 1227 de 2005, específicamente porque no contiene la evaluación de la prestación de los servicios. Teniendo presente estos derroteros y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 328 del CGP la Sala se adentrará en su análisis como sigue:

a. De la competencia para la elaboración del estudio técnico

Del material probatorio allegado al expediente se constata que mediante el decreto 048 del 30 de agosto de 2012 el Alcalde de Macanal suprimió unos empleos de la planta de personal del nivel central del municipio, entre ellos **dos (2) de auxiliar administrativo código 407 grado 13** (fl. 207-208), uno de los cuales era desempeñado en provisionalidad por la demandante desde el 20 de enero de 2008 como se aprecia en el decreto de nombramiento 07 de ese año (fl. 100-101)

A folios 375 a 653 reposa copia del estudio técnico elaborado por el asesor y consultor Juan Guillermo Franco García, mediante el cual se justificó y motivó la supresión de los empleos de la planta de personal del Municipio demandado.

Sobre lo anterior alega el recurrente que los estudios técnicos solo pueden ser elaborados por la respectiva entidad pública bajo las directrices del DAFP y de la ESAP, conforme lo dispuesto en el artículo 228 del decreto 19 de 2012; que en el caso el estudio técnico fue elaborado por un consultor externo al Municipio, que para ello no se

¹² Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 1 de marzo de 2018. C.P. William Hernández Gómez. Exp. 05001233300020170484801 (AC)

designó un asesor del ente territorial y que tampoco se conformó un equipo de trabajo con personal del Municipio, es decir que se hizo a *espaldas* de los funcionarios municipales.

De entrada dirá la Sala que no le asiste razón al apelante por lo siguiente:

Sobre la falta de competencia como vicio de los actos administrativos, la doctrina ha señalado que *"la competencia de los órganos para proferir y ejecutar los actos administrativos, es sinónimo de capacidad, en cuanto aquella es la aptitud que otorga la Constitución la ley o el reglamento al ente administrativo, para que éste manifieste y ejecute válidamente su voluntad (...) El acto administrativo es válido, cuando el órgano que ejerce las funciones administrativas actúa dentro de los linderos de la competencia asignada¹³. Por ello, "[s]i el órgano actuara excediendo las atribuciones que se le han conferido, el acto tiene vicio de competencia, que puede ser por razón de materia cuando fueran violados los límites impuestos por cada órgano respecto a la naturaleza de los asuntos que le están confiados¹⁴.*

En el caso, a folios 1693 a 1414 reposa copia del estudio técnico que se elaboró como soporte de la reforma administrativa adoptada por el Municipio de Macanal mediante el decreto 048 del 30 de agosto de 2012. Revisado tal documento se aprecia que el mismo efectivamente fue elaborado por el señor Juan Guillermo Franco García, asesor y consultor, contratado por el Municipio demandado, como se afirma por parte del Alcalde Municipal en la exposición de motivos al aludido proyecto de Acuerdo (fl. 1348).

No obstante lo anterior, del contenido del estudio técnico se aprecia que el mismo se desarrolló o elaboró a la luz de las directrices emitidas por el ente territorial. En efecto, en la introducción del mismo se afirma que uno de los objetivos del plan de desarrollo del Municipio para los años 2012-2015 denominado "Por un Macanal próspero y trabajando" era, la

¹³ Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. "Acto administrativo. Procedimiento, eficacia y validez". Universidad Externado de Colombia. Pág. 71 y72.

¹⁴ Díez, Manuel María. "El acto administrativo". Tipográfica Editora Argentina. Pág 320.

adecuación de la estructura y planta del personal a las necesidades del Municipio, y dentro de las líneas de acción para lograr ese objetivo, se determinó la necesidad de realizar un estudio técnico de reforma administrativa de la entidad y la realización de la reestructuración administrativa”, que por esto, el Municipio requería “desarrollar el análisis de su planta de personal y los costos asociados a ésta, a fin de armonizar sus objetivos y metas organizacionales, tanto misionales como estratégicas y de apoyo, lo mismo que lograr un fortalecimiento institucional a través de un programa de modernización institucional” (fl. 1096).

Aunado a lo anterior, se aprecia que el aludido estudio técnico fue adoptado por el Municipio, como se lee en el cuerpo del acuerdo 048 de 2012, al señalar que el mismo “... es soporte técnico para la modificación de la planta de personal de la entidad, y cumple con las condiciones exigidas para este tipo de estudios, en los términos de los artículos 95, 96 y 97 del decreto 1227 de abril de 2005 ... y que el mismo era consecuente con las medidas de saneamiento fiscal que debe adelantar el Municipio en los términos legalmente establecidos” (fl. 294).

De lo anterior puede apreciarse que si bien el estudio técnico no fue elaborado por personal de la administración Municipal, por no contar con personal capacitado para ese fin -como lo afirma la apoderada de la entidad demandada- también lo es que el hecho de haber contratado con un asesor externo la elaboración del mismo no configura el vicio de falta de competencia del acto administrativo, pues conforme lo expuesto en párrafos anteriores, éste se predica de aquellos que son expedidos por persona u órgano carente de la capacidad para ese efecto. En el caso, el Municipio de Macanal no se desligó de tal función, pues como se señaló, el estudio técnico se elaboró a la luz de las directrices establecidas en el plan de desarrollo del Municipio y respondió a las medidas de saneamiento fiscal que le demandaba la ley 617 de 2000, como expresamente se plasmó en el acuerdo que reformó la planta de personal.

Lo anterior se refuerza con lo dispuesto en la GUIA DE MODERNIZACION DE ENTIDADES PUBLICAS a que se refiere el inciso segundo del artículo 46 de la ley 909 de 2004¹⁵, la que dispone que “[l]a responsabilidad del estudio técnico o justificación técnica estará en cabeza del representante legal del organismo o entidad pública, **quien establecerá las directrices generales para adelantar el proceso**, de conformidad con las políticas, lineamientos y orientaciones impartidas por el Departamento Administrativo de la Función Pública” (fl. 668), pues como se explicó, el estudio técnico fue elaborado bajo las reglas establecidas en el plan de desarrollo municipal y en las obligaciones fiscales impuestas al ente territorial.

En suma, para la Sala no se configura la presunta falta de competencia en la elaboración del estudio técnico que soportó la reforma a la planta de personal, puesto que si bien el decreto 19 de 2012 modificador del artículo 46 de la ley 909 de 2004 dispuso que ésa era una función del ente territorial con el acompañamiento de la ESAP y/o del DAFP, también lo es que la intención del Legislador extraordinario en esa oportunidad era la de lograr la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines de la administración pública, para el caso, el ahorro en recursos humanos y económicos, por lo que el hecho de que se hubiese contratado la elaboración del estudio técnico, eventualmente podría configurar una responsabilidad fiscal del representante legal del Municipio pero en modo alguno la nulidad del acto por falta de competencia, pues, -se reitera- el estudio técnico fue asumido por el ente territorial y respondió a las directrices por él establecidas.

Sobre este punto alega también el recurrente que el estudio técnico se hizo *a espaldas* de los funcionarios del Municipio, pues no se conformó un equipo de trabajo o se designó un asesor de parte del ente territorial, lo que a su juicio además se prueba con el dicho del perito que en primera instancia aceptó que el estudio técnico que soportó la reforma a la planta de personal no contó con la conformación del equipo técnico que echa de menos.

¹⁵ “El Departamento Administrativo de la Función Pública adoptará la metodología para la elaboración de los estudios o justificaciones técnicas, la cual deberá ceñirse a los aspectos estrictamente necesarios para soportar la reforma a las plantas de personal”.

Al respecto deberá decirse que ninguno de los reparos alegados por la impugnante fueron endilgados a la violación de norma alguna, lo cual impide a la Sala adentrarse en su análisis, pues recuérdese que en tratándose del juicio de legalidad de los actos administrativos, al Juez le corresponde revisar exclusivamente las causales de nulidad alegadas y en este caso, la recurrente no indicó las normas que consideraba vulneradas por las conductas descritas.

Por las razones esgrimidas el argumento de la alzada no prospera.

b. Sobre el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 97 del decreto 1227 de 2005

Al respecto, la recurrente afirma que el estudio técnico no cumplió con las exigencias del artículo 97 del decreto 1227 de 2005, específicamente porque no contiene uno de los aspectos obligatorios denominado "evaluación de la prestación de los servicios"; que sobre esto, el perito designado en primera instancia afirmó que en el estudio técnico "*no hay evidencia precisa sobre la evaluación de la prestación del servicio del municipio*", lo que a su juicio configura el vicio de falsa motivación del acto demandado.

Revisado el plenario y descendiendo al ítem que la apelante echa de menos en el aludido estudio técnico, esto es, la *evaluación de la prestación de servicios*, la **Guía de modernización de entidades públicas** elaborado por el DAFP, lo define como la *evaluación que busca determinar los niveles de desempeño requeridos para lograr las metas de la organización y conducirla al uso óptimo de los recursos con que cuenta para la realización de los procesos que se mantienen en la entidad. Esto conlleva dos actividades: el análisis de los niveles de desempeño y el ajuste de los estándares requeridos. Para ello se parte de las metas institucionales que deba alcanzar la entidad y del resultado de la revisión y análisis de los procesos* (fl. 688).

Agrega la Guía que con el fin de obtener esta información, se puede hacer *i)* uso de material que tengan en las oficinas de planeación y

control interno o *ii*) el que se haya elaborado para dar cumplimiento al Estatuto Anticorrupción (ley 190 artículo 48) o a la ley del plan y sus normas reglamentarias; que también se puede consultar *iii*) estudios elaborados al interior de la entidad, *iv*) los estudios sectoriales y aquellos elaborados por otras entidades gubernamentales y no gubernamentales, *v*) también los informes emanados de la Contraloría General de la República y los presentados al Congreso, en desarrollo de las actividades realizadas por cada entidad y adicionalmente se pueden utilizar, *v*) las observaciones directas, la memoria institucional y las entrevistas (fl. 688).

En el *sub examine* se constata que contrario a lo afirmado por la recurrente, el estudio técnico que fundamentó la reforma a la planta de personal del Municipio de Macanal **sí** contó con la evaluación de la prestación de los servicios, en los términos previstos en el artículo 97 del decreto 1227 de 2005. En efecto, revisado el aludido estudio técnico se aprecia que en la descripción de las labores de diagnóstico emprendidas, se *"... evaluó y analizó la gestión de cada uno de los empleos a fin de determinar su pertinencia en la organización"* (fl. 1122). En tal virtud, en el estudio técnico se *identificaron con ayuda de cada funcionario los procesos tanto misionales como de apoyo y todos aquellos procesos que son necesarios ejecutar para cumplir los planes y programas de cada área de trabajo* (fl. 1123).

En desarrollo de lo anterior, se analizó número de personas en planta de personal por cada nivel y el estudio de la carga de trabajo; en el nivel asistencial de la Tesorería del Municipio, que era el que correspondía a la demandante, se aprecia lo siguiente:

Número de personas en planta actualmente			Estudio de cargas de trabajo			
Denominación	Jornada laboral (horas)	Hora mes	Cantidad de personas	Hora mes	Cantidad de personas	Diferencia en personas
Tesorero	8 horas	167	1,00	154,97	0,93	-0.07
Auxiliar administrativo	8 horas	167	1,00	119,48	0,72	-0.28
Auxiliar administrativo	8 horas	167	1,00	123,05	0.74	-0.26
TOTALES	501,00	3,00	397,51		2,38	-0.62

La conclusión a la que se arribó fue que, para el área de Tesorería, “... de tres (3) personas que están actualmente vinculadas en la planta de personal, solo se requieren (2.38) personas, **es decir que para esta dependencia se requieren 2 personas**” (fl. 1130); así, **haciendo los ajustes necesarios y redistribuyendo funciones, por cargas de trabajo y análisis de opciones prioritarias, en esta dependencia deberán quedar solo dos empleos y deberán eliminarse 1 empleo (...)**” (fl. 1190).

La anterior información fue obtenida mediante entrevistas tomadas a cada uno de los empleados que se desempeñaban en la Administración Municipal, dentro de las cuales se aprecia la que se llevó a cabo a la demandante, en la que se le indagó por las actividades que desempeñaba, la frecuencia en que las desarrollaba y el tiempo invertido en ello (fl. 1682), como se aprecia a folios 1681 a 1729.

Sobre el cumplimiento de los requisitos previstos en el citado artículo 97 del decreto 1227 de 2005, el perito designado en el proceso, en la audiencia de contradicción del dictamen, específicamente en lo relativo al estudio técnico elaborado para la reforma de personal del Municipio de Macanal señaló lo siguiente:

*“Esos tres elementos son análisis de procesos, evaluación de la prestación del servicio, análisis de funciones y cargas de trabajo. Cargas de trabajo aparecen en el estudio, evaluación del proceso nosotros función pública establece la metodología más sencilla (...) **es un modelo que se llama de opción prioritarias, que consiste en hacer 3 preguntas sencillas, ¿el proceso se requiere? Ejemplo, el proceso de mantenimiento en una Alcaldía, si se requiere, dice uno que sí, la siguiente pregunta es (...) ¿debe el proceso de mantenimiento hacerlo la Alcaldía? Si las respuesta es no, eso me indica que puedo tercerizar el servicio (...) Cuando se hace eso, se escribe la decisión en las observaciones y es de allí de donde yo o el nominador toma las decisiones sobre la modificación de la planta (...)**”*

Ante la pregunta realizada por la Juez de instancia, respecto del concepto que le merecía el estudio técnico elaborado para fundamentar la reforma a la planta de personal del municipio de Macanal, el perito señaló lo siguiente:

*"Analizado el documento, denominado estudio técnico, **debemos decir que cumple con los parámetros técnicos y legales que exigen la presentación de un estudio técnico**, y a que a mi juicio, que he visto pasar tantos por la función pública porque ese es nuestro trabajo, la persona que hizo este, elaboro un documento con una altura profesional que se infiere que tiene conocimiento en estos asuntos, este documento contiene la metodológica, desarrolla la metodología y desarrolla paso a paso (...) si bien no conozco los actos administrativos lleva a prescindir de unos servidores públicos argumentando tanto en lo presupuestal como en lo técnico y lo legal, es un documento que resiste particularidades" (...)*
"Me ratifico que el documento sigue la lógica metodológica del Departamento Administrativo de la Función Pública, se puede evidenciar desde el índice" (Min 12:47 a 18:51 y 57:08 a 57:30)

Como se aprecia, no solo de lo expresamente señalado en el estudio técnico sino, además del peritaje elaborado por el funcionario del Departamento Administrativo de la Función Pública, puede colegirse que el mismo cumplió con las exigencias del artículo 97 del decreto 1227 de 2005, pues si bien, no se aprecia en el estudio técnico un acápite que se denomine *evaluación de la prestación de servicios*, -como lo exige la recurrente- lo cierto es que ello no implica que tal requisito no se hubiese llevado a cabo en el aludido estudio técnico, pues como se explicó, para el caso del nivel asistencial en el que se desempeñaba la demandante, se realizó el análisis de los niveles de desempeño y el ajuste de los mismos a los estándares requeridos en la Entidad, producto de lo cual se evidenció la necesidad de prescindir 1 de los 3 cargos desempeñados en esa área y que conllevó a la eliminación del cargo que ocupaba la demandante.

Es que como se dijo párrafos atrás, -citando la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado-, lo que pretende el decreto 1227 de 2005 al exigir que el estudio técnico deberá basarse en metodologías de diseño organizacional y ocupacional y que contemplen como mínimo, entre otras, la evaluación de la prestación de los servicios, es que éstos estudios técnicos respondan al hecho de que tales modificaciones tienen **naturaleza reglada**, y por ello, la administración debe actuar dentro de un estricto marco legal, desterrando la discrecionalidad de esta clase de decisiones. En el caso, el estudio técnico elaborado para reformar la planta de personal del Municipio demandado, cumplió con las exigencias requeridas por las normas

vigentes, en especial por lo dispuesto en el artículo 97 del decreto 1227 de 2005.

En suma, para la Sala no prosperan los cargos propuestos en la alzada, lo cual lleva a la conclusión de que la presunción de legalidad del acto demandado se mantiene incólume, tal y como se declaró en la sentencia que dio por finalizada la primera instancia, la cual por tanto, amerita ser confirmada.

Finalmente, a folios 1859 a 1861 el apoderado de la demandante solicita se decrete como prueba trasladada, la contradicción del dictamen del perito llevada a cabo en el proceso 15001333301020130004700 cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Décimo Administrativo.

Tal solicitud probatoria deviene extemporánea, en la medida que la misma debió ser propuesta en el término de ejecutoria del auto que admitió el recurso de apelación, conforme lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 212 del CPACA, y no, en el traslado para alegar de conclusión como lo hizo la demandante.

- De las costas

La Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte recurrente, puesto que si bien se le resolvió de manera desfavorable su recurso, lo cierto es que, las mismas no se encuentran probadas en el expediente, en la medida que la parte demandada no ejerció actuación alguna en segunda instancia, al guardar silencio en la etapa de alegatos de conclusión, conforme lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 365 del C.G.P.

Finalmente, a folio 1850 reposa memorial de renuncia de poder suscrito por una profesional del derecho que dice actuar en representación del Municipio de Macanal, no obstante, revisado el plenario se constata que no fue reconocida como tal en las presentes diligencias, razón por la cual la Sala se abstiene de emitir algún pronunciamiento en este sentido.

IV. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de octubre de 2016, por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, pero por las razones expuestas en esta providencia.

Segundo.- Sin condena en costas en esta instancia.

Tercero.- Abstenerse de pronunciarse respecto de la renuncia de poder vista a folio 1850 por las razones expuestas.

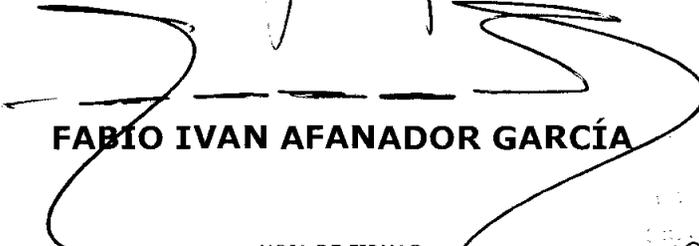
Cuarto.- Una vez en firme la presente providencia, por Secretaría **ENVÍESE** el expediente al Despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados:


FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS


LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA


FABIO IVAN AFANADOR GARCÍA

HOJA DE FIRMAS
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: YOLIMA INES ALFONSO DAZA
DEMANDADO: MUNICIPIO DE MACANAL
RADICADO: 15001333300420130005601

138
EL SECRETARIO 