591

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA

SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "E"

MAGISTRADO PONENTE DR. RAMIRO IGNACIO DUEÑAS RUGNON

Bogotá D.C., quince (15) de mayo de dos mil veinte (2020)

Expediente:	11001-33-31-023-2010-00271-02
Demandante:	Rosa María Forero
Demandado:	INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN - ICFES
Controversia:	Supresión del cargo

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 30 de junio de 2015 por el Juzgado Décimo (10) Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá, que declaró probada la excepción de caducidad y se inhibió de emitir pronunciamiento de fondo frente a las pretensiones de la demanda.

I. Antecedentes

1. Demanda

1.1. Pretensiones[1]:

La señora Rosa María Forero en ejercicio de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda contra el INSTITUTO COLOMBIANO PARA EL FOMENTO DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR – ICFES, para solicitar lo siguiente:

La declaratoria de nulidad del Oficio TH/2010-035 del 22 de enero de 2010, por medio del cual se le comunicó la supresión del cargo que desempeñaba, y la nulidad parcial del Decreto 5016 del 28 de diciembre de 2009 en lo concerniente a:

[1] Ff. 123 a 126.

"Apruébase la modificación de la planta de personal del Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación – ICFES", en el sentido de suprimir los siguientes cargos:

(...)

14 (catorce) SECRETARIO EJECUTIVO 4210 16"

Así mismo, solicitó la nulidad de la parte del Acuerdo No. 08 del 28 de octubre de 2009 expedido por el Consejo Directivo del ICFES, que suprime de la planta global de la entidad, los cargos de SECRETARIO EJECUTIVO, código 4210, Grado 16.

Subsidiariamente, solicitó que en caso de no declarar las nulidades solicitadas, se declarara la inaplicación por inconstitucional e ilegal del Oficio TH/2010-035 del 22 de enero de 2010, del Decreto 5016 del 28 de diciembre de 2009 y del Acuerdo No. 08 del 28 de octubre de 2009.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó el reintegro al cargo que ocupaba o a otro de igual o superior categoría sin solución de continuidad a partir del 23 de enero de 2010, y el correspondiente pago de los sueldos, prestaciones sociales, emolumentos y demás haberes causados y dejados de percibir desde el 23 de enero de 2010 hasta la fecha en que se produzca el reintegro.

Además, solicitó que se condene a la entidad al reconocimiento del lucro cesante consistente al menos en los intereses corrientes de las sumas actualizadas, desde el momento en que debieron cancelarse hasta cuando se realizara el pago real y efectivo, a que le diera cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos del el artículo 176 del CCA, y al pago de los intereses comerciales y moratorios.

1.2. Hechos[2]:

La señora Rosa María Forero fue inscrita en el escalafón de carrera administrativa mediante la Resolución No. 10722 del 9 de septiembre de 1992 en el cargo de Secretario 5140 Grado 10, siendo actualizado con cada reestructuración, teniendo como último empleo el de Secretario Ejecutivo, Código 4210, Grado 16, hasta la fecha en que le comunicaron la supresión del cargo.
El ICFES mediante el Oficio TH/2010-035 expedido el 22 de enero de 2010 le informó a la demandante la supresión del empleo de Secretario Ejecutivo, Código 4210, Grado 16, siendo notificada el 2 de febrero de 2010.

[2] Ff. 126 a 139.

En vista de lo anterior, el 29 de enero de 2010 por oficio radicado en el ICFES bajo el No. 0267 solicitó la indemnización por supresión del cargo, siéndole reconocida mediante la Resolución No. 309 del 18 de marzo de 2010.

2. Normas violadas y concepto de la violación[3]

La parte demandante señaló como disposiciones violadas los artículos 2, 4, 25, 29 y 125 de la Constitución Política, el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, el Decreto 760 de 2005, el artículo 36 del C.C.A., el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 y la Ley 812 de 2003.

Señaló que se habían configurado como causales de nulidad de los actos acusados, la desviación de poder y la falsa motivación, al considerar que los motivos de la supresión fueron diferentes al mejoramiento y prestación del buen servicio público, ya que habían obedecido a la errónea elaboración del diagnóstico de las cargas de trabajo y actividades realizadas por los cargos de Secretario Ejecutivo, Código 4210, en todos los grados.

Indicó que se había vulnerado el derecho al trabajo, al no haber tenido en cuenta que gozaba de estabilidad al estar ocupando un cargo de carrera y encontrarse escalafonada, por lo cual, le asistía el derecho a ser incorporada en un empleo igual o equivalente en la nueva planta de personal.

Además, consideró que el Director General del ICFES había abusado de las atribuciones que le daba el cargo, por lo que había expedido el Acuerdo 08 del 28 de octubre de 2009 para suprimir el cargo que ocupaba, sin adelantar un idóneo estudio técnico que justificara la decisión.

Consideró que se había desconocido su condición de madre cabeza de familia, a pesar de haberle comunicado la situación a la administración del ICFES desde el año 2002 y haberla reiterado el 30 de diciembre de 2009, desconociendo que la única forma de adquirir recursos económicos era como empleada pública de carrera administrativa al servicio de la entidad demandada.

Finalmente, solicitó la inaplicación para el caso concreto de los actos demandados por inconstitucionalidad e ilegalidad, señalando que los estudios técnicos realizados no le habían sido puestos en conocimiento, por lo cual, desconocía

[3] Ff. 145 a 164.3

cuales habían sido las justificaciones para suprimir el cargo que ocupaba antes del 22 de enero de 2010.

3. Contestación de la demanda[4]

La entidad demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, señalando que lo pretendido no tenía asidero jurídico, al considerar que el oficio No. TH/2010-035 del 22 de enero de 2010 no era un acto demandable sino tan solo la comunicación de la desvinculación del cargo que ostentaba, esto es, un acto de simple ejecución.

Así mismo, indicó que ni el Decreto 5016 del 28 de diciembre de 2009 ni el Acuerdo 08 del 28 de octubre de 2009 eran directamente demandables, toda vez que eran actos administrativos de carácter general e impersonal, razón por la cual, no constituían una situación jurídica particular determinada que afectara directamente la situación laboral de la demandante.

Además, señaló que en el momento de la supresión del cargo se le había dado el derecho de opción a la demandante, la cual pudo elegir entre ser reincorporada en un empleo de carrera administrativa equivalente en otra entidad o ser indemnizada, y que la señora Rosa María Forero había escogido ser indemnizada, siéndole reconocida y pagada a través de la Resolución No. 00309 del 18 de marzo de 2010.

Finalmente, propuso como excepciones, las que denominó: (i) inepta demanda, (ii) falta de competencia del juez para tramitar y decidir la Litis, (iii) caducidad de la acción, y (iv) legalidad del retiro.

4. Sentencia de primera instancia[5]

El Juzgado Décimo (10) Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá, mediante sentencia proferida el 30 de junio de 2015, declaró probada la excepción de caducidad y se inhibió de emitir pronunciamiento de fondo frente a las pretensiones de la demanda.

La juez de primera instancia luego de exponer la normatividad y el precedente jurisprudencial aplicable al caso, señaló que como el objeto de la controversia era el retiro del servicio, el término de caducidad debía contabilizarse desde la fecha

[4] Ff. 211 a 227.
[5] Ff. 452 a 474.

de ejecución del acto, esto es, desde el momento del retiro efectivo del servicio, el cual había sido el 22 de enero de 2010.

Así las cosas, consideró que como la demandante había laborado hasta el 22 de enero de 2010, contaba hasta el 23 de mayo de la misma anualidad para presentar la demanda, pero que como había presentado la solicitud de conciliación el 4 de mayo, el termino de caducidad se había interrumpido faltando 10 días, y como la audiencia de conciliación se había celebrado el 28 de mayo, el término se había reiniciado el 29 de mayo de 2010, por lo que consideró que la demandante tenía hasta el 7 de junio para interponer la demanda, pero como la demanda había sido radicada hasta el 11 de junio de 2010, había operado el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción.

5. Del recurso de apelación

Mediante auto del 23 de mayo de 2017[6] este Tribunal admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia del 30 de junio de 2015 proferida por el Juzgado Décimo (10) Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá.

Argumentos del recurso[7]

La parte demandante señaló que se debía revocar la sentencia de primera instancia, y en su lugar, estudiar de fondo las pretensiones de la demanda, al considerar que no había operado la figura de la caducidad de la acción, toda vez que el retiro había ocurrido el 22 de enero de 2010 por lo que hipotéticamente el término vencía el 23 de mayo de 2010, pero que se había suspendido con la presentación de la solicitud de conciliación prejudicial, a partir del 4 de mayo hasta el 28 de mayo de 2010.

En vista de lo anterior, indicó que la caducidad se contabilizaba a partir del 23 de mayo de 2010 más los 24 días que había sido suspendida, los cuales se habían cumplido el 16 de junio de 2010 y no el 7 de junio de 2010 como lo había sostenido la juez de instancia. Por ello, consideró que como la demanda se había presentado el 11 de junio de 2010 la misma se encontraba en tiempo.

Por lo anterior, señaló que con la decisión frente al incidente de tacha de falsedad propuesto para probar la autenticidad del documento que probaba que la

[6] F. 561.
[7] Ff. 505 a 518.

demandante se encontraba en el retén social por ser madre cabeza de familia, quedaba la evidencia de la inconstitucionalidad e ilegalidad del retiro, al no haber tenido en cuenta su condición, motivo por el cual debía ser reincorporada a la nueva planta de personal del ICFES.

Por otro lado, indicó que la demandante se encontraba inscrita en carrera administrativa al momento de la supresión del cargo lo cual le garantizaba el derecho preferencial a ser incorporada a la nueva planta de personal, que había desempeñado las funciones del cargo en forma eficaz, excelente y eficiente por 19 años como quedaba acreditado en la hoja de vida y que poseía estudios profesionales universitarios, razón por la cual se encontraba capacitada para desempeñar mínimo el cargo de Técnico Administrativo 01 o el de Profesional en la nueva planta de personal del ICFES, y que a pesar de haber tenido nombramiento y pago por nómina de Secretaria, las funciones que había desempeñado siempre habían sido del nivel profesional.

Finalmente, señaló que de conformidad con el dictamen pericial aportado al expediente los estudios, las metodologías y los diagnósticos utilizados por el ICFES para suprimir los cargos de Secretario Ejecutivo Código 4210 Grado 16, no habían sido para los existentes a octubre de 2009 sino para los cargos que iban a ser creados, motivo por el cual consideró que la entidad no debió haber suprimido el cargo ocupado por la demandante, configurándose así la desviación de poder y la falsa motivación de los actos acusados.

6. Alegatos de conclusión

Mediante auto del 13 de agosto de 2017[8] se ordenó dar traslado a las partes para alegar de conclusión.

6.1. De la parte demandante[9]

La parte demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda y en el recurso de apelación, solicitando revocar la sentencia de primera instancia, y en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda.

6.2. De la entidad demandada[10]

[8] F. 573.
[9] Ff. 580 a 588.
[10] Ff. 574 a 579.

La entidad demandada reiteró los argumentos de la contestación de la demanda, señalando la imposibilidad de acceder a lo pretendido por la demandante, toda vez que ella había ejercido el derecho de opción en su momento y había optado por la indemnización, la cual resultaba incompatible con la reincorporación al empleo pretendido.

6.3. Del Ministerio Público

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

II. Consideraciones

Como no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el recurso de apelación presentado por la parte demandante a través de su apoderado.

1. Problema jurídico

Se controvierte la nulidad del Decreto 5016 del 28 de diciembre de 2009, del Acuerdo No. 08 del 28 de octubre de 2009 y del Oficio TH/2010-035 del 22 de enero de 2010, por medio de los cuales se suprimió el cargo ocupado por la demandante, y como consecuencia de ello, se le comunicó su desvinculación.

Teniendo en cuenta que el Juez de primera instancia declaró probada la excepción de caducidad de la acción y se inhibió de emitir pronunciamiento de fondo frente a las pretensiones de la demanda, encuentra la Sala que previo a conocer el fondo del asunto es necesario establecer si en el presente caso se configura la excepción de caducidad de la acción, o si es posible adoptar una decisión de fondo en la Litis, caso en el cual se establecerá si la demandante Rosa María Forero tiene derecho a ser reintegrada al cargo que ostentaba, porque a su juicio, no se le respetó su derecho preferencial a ser incorporada ni se tuvo en cuenta su condición de madre cabeza de familia, desconociendo su calidad de empleada en carrera administrativa.

Así mismo, se analizará si los estudios técnicos realizados previos a la supresión del empleo que ostentaba, no se hicieron de conformidad con la ley o si por el contrario el retiro se realizó conforme a derecho.

2. Cuestiones previas – problemas jurídicos asociados o subordinados.

2.1. De la caducidad de la acción

Precisa la Sala, que la caducidad es una sanción procesal que limita el ejercicio de la acción, de manera que si la parte actora deja trascurrir los plazos fijados por la ley en forma objetiva sin presentar la demanda, el mencionado derecho al acceso a la administración de justicia fenece sin que haya excusa para revivirlo.

Por lo tanto, debemos remitirnos al numeral 2° del artículo 136 del C.C.A., que señala:

> *"ART. 136.- Modificado. L 446/98, art. 44. Caducidad de las acciones.*
>
> *1. (...).*
>
> *2. La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación,* ***comunicación o ejecución del acto según el caso****. (...)"* (Subrayado y resaltado fuera de texto).

Es decir, la caducidad es la sanción que consagra la ley por el no ejercicio oportuno del derecho de acción, en otras palabras, el que se produce cuando se exceden los plazos preclusivos para acudir a la jurisdicción.

Por tanto, el legislador establece unos plazos razonables para que las personas en ejercicio de una determinada acción, y con el fin de satisfacer una pretensión específica, acudan a la jurisdicción a efectos de que el respectivo litigio o controversia, sea resuelto con carácter definitivo por el Juez con competencia para ello.

En ese orden de ideas, debe entenderse que la caducidad es un fenómeno jurídico en virtud del cual el administrado pierde la facultad de accionar ante la jurisdicción, por no haber ejercido su derecho dentro del término que señala la ley.

Con relación a la caducidad de la acción, el Consejo de Estado[11] ha reiterado que tratándose de retiros del servicio, la caducidad de la acción se cuenta, a partir del acto de comunicación de retiro del servicio.

Además de lo anterior, aclara la Sala que la solicitud de conciliación extrajudicial suspende el término de caducidad, por una sola vez, y que la misma finaliza con el acaecimiento de los siguientes supuestos: (i) hasta que se logre el acuerdo conciliatorio, o (ii) hasta que se expidan las constancias de que trata el artículo 2°,

[11] C.E., Sec. Segunda, Sent. 2012-01718, jun. 8/2017. M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

545

bien sea por que la conciliación resultó fallida por la falta de acuerdo, por inasistencia, o por imposibilidad jurídica de adelantar el procedimiento.

Así las cosas, se tendrá como fecha para contabilizar el término de caducidad la fecha de notificación de la comunicación, por medio de la cual se le informó a la demandante la supresión del cargo, que en el presente caso es la misma fecha del retiro, esto es, el 22 de enero de 2010[12].

En vista de lo anterior, encuentra probado la Sala que el retiro del servicio se comunicó y se notificó el 22 de enero de 2010, por lo cual, el término de los 4 meses que tenía la señora Rosa María Forero para demandar se empezó a contabilizar desde el 23 de enero de 2010, por lo que en principio fenecía el 23 de mayo de 2010, pero teniendo en cuenta que presentó la solicitud de conciliación extrajudicial el 4 de mayo de 2010, se entiende que faltaban 20 días calendario para que se cumpliera el plazo inicial, por ello se precisa que el término de suspensión fue de 20 días calendario.

Por lo anterior, se deben contar los 20 días a partir del 29 de mayo de 2010, porque la conciliación extrajudicial quedó fracasada el día 28 de mayo de la misma anualidad[13], dando como plazo el 17 de junio de 2010, y como la demanda fue presentada el 11 de junio de 2010, encuentra la Sala que se hizo en término, motivo por el cual, se revocará la sentencia de primera instancia en cuanto declaró probada la excepción de caducidad de la acción y se procederá a estudiar de fondo lo pretendido con la demanda.

2.2. Actos administrativos que deben ser demandados en casos de supresión de empleos.

Hay que señalar que cada proceso de supresión de empleos, debe analizarse individualmente según sus especificidades propias, y por eso, resulta inadecuado definir de manera general cuáles son los actos que por afectar la situación jurídica individual del empleado son plausibles de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Ello, se repite, depende de la particularidad propia de cada proceso.

La regla general apunta a demandar el acto que afecta directamente al empleado, esto es, el acto particular y concreto que contiene en forma individual el retiro del servicio, de manera subjetiva y personal. Sin embargo, a pesar de esta claridad no siempre es diáfano el escenario, deben analizarse las situaciones fácticas y

[12] F. 7.
[13] F. 120.

jurídicas en cada caso para definir el acto que se debe demandar, teniendo en cuenta lo siguiente[14]:

i) En el evento de que exista un acto general que defina la planta, un acto de incorporación que incluya el empleo e identifique plenamente al funcionario y finalmente una comunicación; debe demandarse el segundo, esto es, el acto que extingue la relación laboral subjetiva, y no por ejemplo, la comunicación, porque es un simple acto de trámite que ejecuta la decisión.

ii) Si la entidad adopta la planta de empleos y no produce un acto de incorporación, pero expide un oficio dirigido a cada empleado que desea retirar, la comunicación se convierte en un acto administrativo que extingue la situación laboral subjetiva, y por lo tanto, será el acto demandable. Esto sin olvidar que el acto general de supresión del cargo debe ser enjuiciado en forma parcial o mediante la excepción de inaplicación del acto, por inconstitucionalidad o ilegalidad.

iii) **En los eventos en donde el acto general concreta la decisión de suprimir el cargo**, la comunicación se convierte en un acto de simple ejecución, por ende, la sola impugnación de este acto genera inepta demanda, ya que no pone término a una actuación administrativa, respondiendo a la lógica, que la eventual declaratoria de nulidad del oficio de la comunicación dejaría con plenos efectos jurídicos el acto que suprimió el cargo, o el que no lo incorporó a la nueva planta de personal, imposibilitando legalmente el restablecimiento del derecho[15].

Es decir, en los procesos de supresión de cargos o de reestructuración administrativa, se profieren actos administrativos de diversa índole: generales e individuales, y de trámite, definitivos y de ejecución, con los cuales se configuran verdaderos *actos complejos* conformados por el acto definitivo (general) que ordena la supresión, y el acto de ejecución (particular) mediante el cual se le comunica al servidor público la decisión, de esta forma, produce efectos jurídicos el mismo que en ocasiones sigue la misma suerte del acto principal (definitivo)[16].

---

[14] En similares términos lo señaló el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Dr. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, Sentencia de fecha 18 de febrero de 2010, Expediente No. 1712-08.

[15] Así, se pronunció en sentencia del **7 de abril de 2016**, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "A", Consejero Ponente Dr. WILIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, bajo el radicado No: 08001-23-31-000-2002-00181-01: **"Acto demandable en los procesos de supresión por retiro del empleo.**
En asuntos en los que se debate el retiro de los servidores públicos con ocasión de la reestructuración administrativa, la Sección Segunda de esta Corporación, a través de sus Subsecciones ha indicado que el interesado debe demandar el acto que contiene en forma individual su retiro del servicio.
Así lo expuso de manera ilustrativa en la sentencia de 18 de febrero de 2010*: (...)".

[16] Así el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, Sentencia de fecha 22 de noviembre de 2012, Expediente No. 13001233100020060160601-1517-2012.

196

Ahora bien, en el sub-examine se tiene que la demandante solicita la nulidad del Decreto 5016 del 28 de diciembre de 2009[17], del Acuerdo No. 08 del 28 de octubre de 2009[18], y de la comunicación contenida en el Oficio TH/2010-035 del 22 de enero de 2010[19].

No obstante lo anterior, si bien se demandan todos los actos reseñados, revisados con detenimiento, se determina que solo se debió demandar el Decreto 5016 del 28 de diciembre de 2009 y la comunicación contenida en el Oficio TH/2010-035 del 22 de enero de 2010, ya que son las que resuelven la situación jurídica de la demandante, puesto que, aunque el acto de supresión sea aparentemente general, resulta ser quien define la situación jurídica particular de la demandante al suprimir el empleo del cual era titular el mismo, pero complementándose con la comunicación, que es el medio por el cual se le da publicidad al acto general. Así mismo, el Decreto 5016 del 28 de diciembre de 2009, señaló:

"(...)

Que el Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación –ICFES presentó al Departamento Administrativo de la Función Pública el estudio técnico de que trata el artículo 46 de la Ley 909 de 2004, para efectos de establecer su planta de personal, el cual obtuvo concepto favorable de este Departamento Administrativo.

Que la Dirección General del Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público otorgó viabilidad presupuestal para efecto de modificar la planta de personal del Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación –ICFES-.

Que el Consejo Directivo del –ICFES- decidió someter a la aprobación del Gobierno Nacional su planta de personal, según Acuerdo No. 0008 del 28 de octubre de 2009.

DECRETA:

***ARTÍCULO 1°,** Apruébase la modificación de la planta de personal del Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación –ICFES- en el sentido de suprimir los siguientes cargos:*

(...)

14 (catorce)	*SECRETARIO EJECUTIVO*	*4210*	*16*

(...)".

Por otro lado, la comunicación contenida en el Oficio TH/2010-035 del 22 de enero de 2010, notificado en la misma fecha, señaló:

"(...)

[17] Ff. 198 a 202.
[18] Ff. 174 y 175.
[19] F. 7.

En atención a lo previsto en el Decreto 5016 expedido el 28 de diciembre de 2009 a través del cual se modifica la planta de personal del ICFES, me permito informarle acerca de la supresión del empleo que usted desempeña de SECRETARIO EJECUTIVO 4210 grado 16 de carrera administrativa en la planta global.

Por lo anterior, y con el propósito de garantizar la aplicación de las disposiciones constitucionales y legales sobre la materia, le precisamos que usted podrá optar por ser indemnizado o reincorporado a empleos de carrera equivalentes en otra entidad conforme a lo consagrado en el artículo 44 de la Ley 909 de 2004 y en el Decreto Reglamentario 1227 de 2005, con sujeción al procedimiento establecido en los artículos 28 a 32 del Decreto Ley 760 de 2005.

Por lo expuesto y de acuerdo con las disposiciones legales mencionadas, me permito solicitarle comunicar su decisión al respecto en un plazo máximo de cinco (5) días a partir de la fecha de recibo de la presente comunicación.

Cabe aclarar que en el caso en que usted lo considere, puede acudir a la Comisión de Personal si cree que han sido vulnerados sus derechos respecto a lo informado. De otra parte, las directivas del ICFES agradecemos su espíritu de servicio y sentido de pertenencia en las actividades desarrolladas durante su paso por la Institución.

Finalmente, me permito solicitar su colaboración para hacer entrega del inventario que tiene a su cargo, formalizar la evaluación anual del desempeño, atender las indicaciones para realizarse el examen médico de egreso, diligenciar el formulario de bienes y rentas, y entregar un informe escrito de las funciones que venía desempeñando hasta la fecha.

(...)".

Así las cosas, la comunicación, que en principio sería un acto de mero trámite, junto con el Decreto por medio del cual se ordenó la supresión de los cargos, se vuelve susceptible de ser enjuiciado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Indica con claridad lo anterior, que eran sólo estos actos administrativos los que debían ser demandados conforme a lo que se observa de los antecedentes ya precitados, y no el Acuerdo 0008 de 2009, por cuanto, no es posible demandar un acto en el cual no se le está definiendo la situación jurídica a la demandante, ya que el mismo lo que acordó fue autorizar a la Directora General del ICFES a dar continuidad a los trámites correspondientes para la aprobación de los proyectos de Decreto mediante los cuales se adoptaba la nueva estructura y la planta del ICFES de conformidad con la Ley 1324 de 2009, por lo cual, no evidencia la Sala que en el mismo se defina la situación jurídica de la demandante, por ello, no se tendrá como demandado este último acto.

Ahora bien, precisa la Sala que en el presente caso se tendrán por demandados solamente el Decreto 5016 del 28 de diciembre de 2009 y la comunicación contenida en el Oficio TH/2010-035 del 22 de enero de 2010, por ser los actos que le definieron la situación jurídica particular a la demandante.

592

3. Normatividad aplicable al caso

3.1. Normas sobre supresión de cargos en casos de empleados de carrera administrativa.

Según la Ley de carrera administrativa, la supresión de cargos estaba regida por el Decreto Ley 2400 de 1968 y la Ley 909 de 2004, así como sus Decretos Reglamentarios 760 y 1227 de 2005.

Al respecto la Ley 909 de 2004 señaló:

> *"Artículo 44. Derechos del empleado de carrera administrativa en caso de supresión del cargo. Los empleados públicos de carrera administrativa, que como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de planta de personal,* ***se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización.*** *El Gobierno Nacional reglamentará el proceso de reincorporación y el reconocimiento de la indemnización.*
>
> *Parágrafo 1º. Para los efectos de reconocimiento y pago de las indemnizaciones de que trata el presente artículo, el tiempo de servicios continuos se contabilizará a partir de la fecha de posesión como empleado público en la entidad en la cual se produce la supresión del empleo.*
>
> *No obstante lo anterior, cuando el cargo que se suprime esté siendo desempeñado por un empleado que haya optado por la reincorporación y haya pasado a este por la supresión del empleo que ejercía en otra entidad o por traslado interinstitucional, para el reconocimiento y pago de la indemnización se contabilizará además, el tiempo laborado en la anterior entidad siempre que no haya sido indemnizado en ella, o ellas.*
>
> *Para lo establecido en este parágrafo se tendrán en cuenta los términos y condiciones establecidos en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional.".*

Cuando ocurre una supresión efectiva parcial o total de cargos, los empleados que estaban inscritos en carrera tienen derecho preferencial a ser incorporados a un empleo igual o equivalente al suprimido en la nueva planta de personal; si ello no es posible, podrán optar por la reincorporación dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que el jefe de la entidad comunique a la Comisión Nacional del Servicio Civil que el empleado optó por la reincorporación[20], y finalmente, de forma subsidiaria, tienen a su favor la opción de la indemnización.

---

[20] .- Dice el artículo 31 del Decreto 760 de 2005, lo siguiente:
"ARTÍCULO 31. La Comisión de Personal de la entidad en la que se suprimió el cargo conocerá y decidirá en primera instancia sobre las reclamaciones que formulen los ex empleados de carrera con derecho preferencial a ser incorporados en empleos iguales o equivalentes de la nueva planta de personal por considerar que ha sido vulnerado este derecho o porque al empleado se le desmejoraron sus condiciones laborales por efecto de la incorporación.
La reclamación deberá formularse con el lleno de los requisitos establecidos en el presente decreto, dentro de los cinco (5) días siguientes a la comunicación de la supresión del cargo.

De lo visto se puede concluir, que a partir de la Ley 909 de 2004 y sus Decretos Reglamentarios[21], hay tres posibilidades cuando ocurre la supresión de cargos ocupados por personas en carrera administrativa: la primera, es la **incorporación preferencial, automática y directa,** entendida como aquella que se produce cuando la administración, una vez verificada la nueva planta y encontrando que el empleado de carrera de la anterior planta suprimida formalmente, puede desempeñar un empleo de la nueva planta donde se contempla un cargo igual o equivalente, que bien puede tener distinta denominación y clasificación, pero que le son asignadas similares funciones a las que venía ejerciendo, es incorporado en forma preferencial; la segunda, que es la llamada **reincorporación**, también preferente pero posterior, es aquella que debe la administración considerar cuando el empleado de carrera elige la reincorporación pero no existen cargos para incorporarlo a uno similar, en este caso, la entidad debe notificar dentro de los 10 días siguientes al recibo del escrito que pone en conocimiento a la Comisión Nacional de Servicio Civil, para que inicie la actuación tendiente a

---

La Comisión de Personal decidirá, una vez comprobados los hechos que dieron lugar a la reclamación, mediante acto administrativo motivado en un término no superior a ocho (8) días. Contra esta decisión procede el recurso de apelación para ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, en los términos del Código Contencioso Administrativo.

Si la decisión es que no procede la incorporación, el ex empleado deberá manifestar por escrito, dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha en que esta quede en firme, al jefe de la entidad su decisión de optar por la reincorporación en empleo igual o equivalente en el plazo que señala la ley o a percibir la indemnización.

Si el ex empleado hubiere optado por la reincorporación, el jefe de la entidad dentro de los diez (10) días siguientes al recibo del escrito que así lo manifiesta, deberá poner dicha decisión en conocimiento de la Comisión Nacional del Servicio Civil, para que inicie la actuación administrativa tendiente a obtener la reincorporación del ex empleado en empleo igual o equivalente al suprimido, de conformidad con lo dispuesto en el presente decreto."

[21] .- Decreto 760 de 2005, en sus artículos 28 a 30 dispone:

"ARTÍCULO 28. Suprimido un empleo de carrera administrativa, cuyo titular sea un empleado con derechos de carrera, este tiene derecho preferencial a ser incorporado en un empleo igual o equivalente al suprimido de la nueva planta de personal de la entidad u organismo en donde prestaba sus servicios.

De no ser posible la incorporación en los términos establecidos en el inciso anterior, podrá optar por ser reincorporado en un empleo igual o equivalente o a recibir una indemnización, de acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo 2o del artículo 44 de la Ley 909 de 2004 y con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.

Para la reincorporación de que trata el presente artículo se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

28.1 La reincorporación se efectuará dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha en que el Jefe de la entidad comunique a la Comisión Nacional del Servicio Civil que el ex empleado optó por la reincorporación, en empleo de carrera igual o equivalente que esté vacante o provisto mediante encargo o nombramiento provisional o que de acuerdo con las necesidades del servicio se creen en las plantas de personal en el siguiente orden:

28.1.1 En la entidad en la cual venía prestando el servicio.

28.1.2 En la entidad o entidades que asuman las funciones del empleo suprimido.

28.1.3 En las entidades del sector administrativo al cual pertenecía la entidad, la dependencia o el empleo suprimido.

28.1.4 En cualquier entidad de la rama ejecutiva del orden nacional o territorial, según el caso.

28.1.5 La reincorporación procederá siempre y cuando se acrediten los requisitos exigidos para el desempeño del empleo en la entidad obligada a efectuarla."

De no ser posible la reincorporación dentro del término señalado, el ex empleado tendrá derecho al reconocimiento y pago de la indemnización.

PARÁGRAFO. Cuando se reforme total o parcialmente la planta de empleos de una entidad u organismo, no tendrá el carácter de nuevo nombramiento la incorporación que se efectúe en cargos iguales a los suprimidos a quienes los venían ejerciendo en calidad de provisionales.

"ARTÍCULO 29. De no ser posible la incorporación en la nueva planta de personal de la entidad en donde se suprimió el empleo, ya sea porque no existe cargo igual o equivalente o porque aquella fue suprimida, el Jefe de la Unidad de Personal o quien haga sus veces deberá comunicar por escrito esta circunstancia al ex empleado, indicándole, además, el derecho que le asiste de optar por percibir la indemnización de que trata el parágrafo 2o del artículo 44 de la Ley 909 de 2004 o por ser reincorporado a empleo de carrera igual o equivalente al suprimido, conforme con las reglas establecidas en el artículo anterior, o de acudir a la Comisión de Personal para los fines previstos en los literales d) y e) del artículo 16 de la Ley 909 de 2004."

"ARTÍCULO 30. El ex empleado deberá manifestar su decisión de aceptar la indemnización u optar por la revinculación, mediante escrito dirigido al jefe de la entidad u organismo dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de recibo de la comunicación de que trata el artículo anterior. Si no manifestare su decisión dentro de este término se entenderá que opta por la indemnización".

598

reincorporarlo; y la última, recibir una **indemnización**, si el empleado lo elige, liquidándola por el total del tiempo en que prestó el servicio, según lo ordena la ley.

III. Del caso en concreto

1. De los hechos probados

La demandante Rosa María Forero fue inscrita en el escalafón de la carrera administrativa a través de la Resolución No. 10722 del 9 de septiembre de 1992[22], y laboró en el Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación –ICFES- hasta el 22 de enero de 2010, siendo el último cargo desempeñado el de Secretario Ejecutivo Código 4210, Grado 16, en la Oficina Jurídica[23].

El 30 de diciembre de 2009 solicitó ser tenida en cuenta en el programa de protección especial con base en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, argumentando ser madre cabeza de familia[24].

Mediante el oficio TH/2010-035 del 22 de enero de 2010[25] se le comunicó a la señora Rosa María Forero la supresión del empleo que desempeñaba, esto es, el de SECRETARIO EJECUTIVO, Código 4210, Grado 16, en los siguientes términos:

> *"En atención a lo previsto en el Decreto 5016 expedido el 28 de diciembre de 2009 a través del cual se modifica la planta de personal del ICFES, me permito informarle acerca de la supresión del empleo que usted desempeña de SECRETARIO EJECUTIVO 4210 grado 16 de carrera administrativa en la planta global.*
>
> *Por lo anterior, y con el propósito de garantizar la aplicación de las disposiciones constitucionales y legales sobre la materia, le precisamos que usted podrá optar por ser indemnizado o reincorporado a empleos de carrera equivalentes en otra entidad conforme a lo consagrado en el artículo 44 de la Ley 909 de 2004 y en el Decreto reglamentario 1227 de 2005, con sujeción al procedimiento establecido en los artículos 26 a 32 del Decreto ley 760 de 2005.*
>
> *Por lo expuesto y de acuerdo con las disposiciones legales mencionadas me permito solicitarle comunicar su decisión al respecto en un plazo máximo de cinco (5) días a partir de la fecha de recibo de la presente comunicación.*
>
> *Cabe aclarar que en el caso en que usted lo considere, puede acudir a la Comisión de personal si cree que han sido vulnerados sus derechos respecto de lo informado.*
>
> *De otra parte, las directivas del ICFES agradecemos su espíritu de servicio y sentido de pertenencia en las actividades desarrolladas durante su paso por l Institución.*

---

[22] F. 12.
[23] F. 51.
[24] F. 19.
[25] F. 7.

Finalmente, me permito solicitar su colaboración para hacer entrega del inventario que tiene a su cargo, formalizar la evaluación anual del desempeño, atender las indicaciones para realizarse el examen médico de egreso, diligenciar el formato de bienes y rentas, y entregar un informe escrito de las funciones que venía desempeñando hasta la fecha.

(...)".

En respuesta a lo anterior, la demandante a través de escrito presentado ante el Secretario General del ICFES el 29 de enero de 2010[26], señaló:

"(...)

En atención al oficio TH/2010-035 del 22 de enero de 2010, mediante el cual usted me informa textualmente "de la supresión del empleo que usted desempeña de SECRETARIO EJECUTIVO 4210 grado 16 de carrera administrativa en la planta global", informo que opto por la indemnización conforme a la Ley (Art. 44 de la Ley 909/04, decreto 127/05).

(...)".

Teniendo en cuenta que la demandante optó por la indemnización, la entidad profirió la Resolución No. 000309 del 18 de marzo de 2010[27] "*Por la cual se reconoce el pago de indemnización por supresión de un empleo de carrera administrativa desempeñado en titularidad por un servidor público*", en la cual señaló:

"Que el Decreto 5016 del 28 de diciembre de 2009 "por el cual se aprueba la modificación de la planta de personal del Instituto Colombiano para la evaluación de la Educación – ICFES", dispone en su artículo primero la supresión de cargos, dentro de los cuales figura el de Secretario Ejecutivo código 4210 grado 16 de carrera administrativa que desempeñaba en titularidad ROSA MARIA FORERO, quien se identifica con cédula de ciudadanía No. 39.703.076.

Que la Ley 909 de 2004 establece en el artículo 44 que los empleados públicos de carrera administrativa, que como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de planta de personal, se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización.

Que ROSA MARIA FORERO, prestó servicios continuos en el ICFES como empleada pública desde el 08 de agosto de 1991 y que al momento de su desvinculación era titular de un empleo de carrera administrativa.

Que con base en lo anterior, el 22 de enero de 2010 se notificó a ROSA MARIA FORERO, a lo cual de manera libre y voluntaria manifestó que prefiere acogerse a la indemnización.

Que el Decreto 1227 de 2005 reglamentó en su artículo 90 la forma en que se debe liquidar la indemnización de que trata el artículo 44 de la Ley 909 de 2004.

---

[26] F. 447.
[27] Ff. 86 y 87.

Que con fundamento en lo dispuesto en la Ley 909 de 2004, el Decreto 1227 de 2005 y demás normas concordantes vigentes, es procedente liquidar, reconocer y pagar la indemnización por supresión de un empleo de carrera administrativa que desempeñaba en titularidad ROSA MARIA FORERO, quien se identifica con cédula de ciudadanía No. 39.703.076, a la cual tiene derecho con base en la información que reposa en el expediente de su historia laboral y a lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución.

Que ROSA MARIA FORERO autorizó al Tesorero del ICFES para que en el evento de retiro o desvinculación de la institución, se descuente de la liquidación a que tiene derecho, las obligaciones crediticias que expresamente había manifestado para descuento por nómina.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Reconocer y ordenar el pago de la indemnización por supresión de un empleo de carrera administrativa que desempeñaba en titularidad ROSA MARIA FORERO, quien se identifica con cédula de ciudadanía No. 39.703.076, de conformidad con los factores establecidos en el artículo 90 del Decreto 1227 de 2005, así:

(...)

VALOR TOTAL INDEMNIZACIÓN	***$ 33.217.245***

(...)".

Contra la anterior decisión, la demandante interpuso recurso de reposición, siendo decidido a través de la Resolución No. 000439 del 4 de mayo de 2010[28], confirmando la anterior en todas sus partes.

Para la Sala es claro, que la supresión de cargos es una causa legal para la desvinculación del servicio, y el nominador está autorizado para efectuarla cuando se cumplen los requisitos que contemplan las normas rectoras de carrera.

En los procesos de reestructuración de las entidades, frente a las nuevas plantas de personal que se adoptan una vez concluido el estudio y supresión de cargos, los empleados de carrera tienen un derecho automático y preferencial a ser incorporados en los cargos para los cuales reúnan los requisitos y tengan funciones similares a las que venían desempeñando en la antigua planta, o ser reincorporados de forma posterior, de manera preferencial. Estos amparos se reitera, sólo se previeron para los empleados inscritos en carrera (art. 44, Ley 909 de 2004). No pueden servir los procesos de reestructuración para desvincular personal de carrera, y menos, utilizar este procedimiento para llegar a ese único fin.

[28] Ff. 95 a 98.

Según la Ley de carrera administrativa, la supresión de cargos está regida por la Ley 909 de 2004, así como sus Decretos Reglamentarios 760 y 1227 de 2005.

Dispone el Decreto 1227 de 21 de abril de 2005 en su artículo 95, que las reformas de las plantas de empleos de las entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial deberán motivarse, fundadas en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren.

Ocurrida la restructuración, los empleados de carrera a quienes se les suprima el cargo tienen los derechos que establece el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, es decir, la incorporación automática y preferencial, o la reincorporación posterior y preferencial, o finalmente, y de manera subsidiaria, recibir una indemnización por todo el tiempo en que prestaron el servicio.

La indemnización se paga de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 del Decreto 1227 de 2005, reglamentario del artículo 44 de la Ley 909 de 2004, pero se repite, debe ser la última opción para los funcionarios de carrera.

En el caso en particular, la Sala encuentra que a pesar de haber quedado probado que a la demandante se le pagó la indemnización al haber optado por ella, como consecuencia de la supresión del cargo del cual era titular en carrera administrativa, la administración no cumplió con las exigencias impuestas en la Ley, en cuanto no le dio a la demandante la opción de optar por la incorporación automática y preferencial en la nueva planta de la entidad, o por ser reincorporada de manera posterior en un empleo igual o equivalente, desconociendo lo preceptuado en el Decreto 760 de 2005[29], toda vez que, al momento de la supresión de un cargo la primera opción es la incorporación en la misma entidad, y en caso de no ser posible, ahí si se le debe dar la posibilidad de ser reincorporada en otra entidad, y en última instancia, de forma subsidiaria, se le ofrece ser indemnizada.

Además de lo anterior, observa la Sala que la demandante Rosa María Forero le comunicó a la entidad su condición de madre cabeza de familia el 30 de diciembre de 2009, documento que fue objeto de incidente de tacha de falsedad propuesto

[29] Artículo 28. Suprimido un empleo de carrera administrativa, cuyo titular sea un empleado con derechos de carrera, este tiene derecho preferencial a ser incorporado en un empleo igual o equivalente al suprimido de la nueva planta de personal de la entidad u organismo en donde prestaba sus servicios. De no ser posible la incorporación en los términos establecidos en el inciso anterior, podrá optar por ser reincorporado en un empleo igual o equivalente o a recibir una indemnización, de acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo 2° del artículo 44 de la Ley 909 de 2004 y con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.

602

por el ICFES, siendo negado por esta Corporación a través de auto del 19 de julio de 2019[30], en el cual indicó:

> *"(...)*
>
> *Cordialmente solicito mi inclusión en el Programa de Protección Especial (PPE) con base en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, toda vez que creo tener derecho a ella por cuanto a pesar de tener esposo y una familia legalmente constituida, soy yo quien asumo la responsabilidad de la misma por cuanto él sufre, desde hace cuatro (4) años, de epilepsia y depresión, enfermedades catalogadas como "CALAMITOSAS" e igualmente tengo dos (2) hijos menores de edad y estudiantes de secundaria, además respondo por mi señora madre quien es una persona de la tercera edad, con afecciones físicas que la limitan como es la osteoporosis y artrosis crónica, no está pensionada ni cuenta con ningún ingreso económico propio. Razones estas que me otorgan el derecho a ser tenida en cuenta en el Programa de Protección Especial con miras a conservar mi empleo.*
>
> *(...)".*

Así las cosas, quedó probado que la demandante le informó a la entidad su condición de madre cabeza de familia con el fin de que fuera incluida en el programa de protección especial por ser beneficiaria del retén social, frente a lo cual la entidad no se pronunció, teniendo en cuenta que en el acto de comunicación (acto demandado) no se hace referencia a la misma.

En lo referente a la condición de madre cabeza de familia y su especial protección, la Corte Constitucional[31] ha señalado:

> ***"La condición de madre cabeza de familia en el ordenamiento jurídico y los requisitos para acreditarla.***
>
> *(...)*
>
> *28. En suma, esta Corporación ha establecido que "el apoyo especial a la mujer cabeza de familia es un mandato constitucional dirigido a todas las autoridades públicas. Con él se buscó (i) promover la igualdad real y efectiva entre ambos sexos; (ii) reconocer la pesada carga que recae sobre una mujer cabeza de familia y crear un deber estatal de apoyo en todas las esferas de su vida y de su desarrollo personal, para compensar, aliviar y hacer menos gravosa la carga de sostener su familia; y (iii) brindar, de esta manera, una protección a la familia como núcleo básico de la sociedad".*
>
> *(...)*
>
> *31. Corresponde ahora abordar los elementos de la definición de madre cabeza de familia desarrollados por la jurisprudencia constitucional, a partir del concepto establecido en la ley.*
>
> *Al respecto, es indispensable aclarar —como lo ha hecho la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos-que* ***no toda mujer, por el hecho de que esté a su cargo la dirección del hogar, ostenta la calidad de cabeza de familia,*** *pues para tener tal condición se requiere la constatación de varios elementos, los cuales se enuncian en los párrafos siguientes.*

[30] Ff. 130 a 132 del cuad. 2.
[31] C. Const., Sent. T-084, mar. 5/2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

32. En primer lugar, se requiere que la mujer ***tenga a su cargo la responsabilidad de hijos menores de edad o de otras personas "incapacitadas" para trabajar,*** *exigencia respecto de la cual la Corte Constitucional ha formulado varias precisiones:*

i) Esta noción implica que la madre cabeza de familia es quien brinda un sustento económico, social o afectivo al hogar, de modo que aquella debe cumplir con sus obligaciones de apoyo, cuidado y manutención con los sujetos a cargo.

ii) Igualmente, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia han explicado que se consideran mujeres cabeza de familia aquellas que, aun cuando no ejercen la maternidad por no tener hijos propios, se hacen cargo de sus padres o de personas muy allegadas siempre y cuando ellas constituyan el "núcleo y soporte exclusivo de su hogar".

iii) Así mismo, la jurisprudencia constitucional ha aclarado que una mujer no pierde su condición de cabeza de familia por el hecho de que las personas a su cargo alcancen la mayoría de edad. De este modo, cuando se trata de hijos mayores de edad pero menores de 25 años que se encuentran estudiando, esta Corporación ha considerado que siguen siendo dependientes de la madre cabeza de familia.

33. En segundo lugar, se requiere que ***la responsabilidad exclusiva*** *de la mujer en la jefatura del hogar* ***sea de carácter permanente****. Es por esta razón que "la mera circunstancia del desempleo y la vacancia temporal de la pareja, o su ausencia transitoria, por prolongada y desafortunada que resulte, no constituyen elementos a partir de los cuales pueda predicarse que una madre tiene la responsabilidad exclusiva del hogar en su condición de madre cabeza de familia".*

Aunado a ello, se debe destacar que el trabajo doméstico, con independencia de quién lo realice, es un valioso apoyo para la familia y debe ser tenido en cuenta como aporte social. En esa medida, dado que existen otras formas de colaboración en el hogar, la ausencia de un ingreso económico fijo para una persona no puede ser utilizada por su pareja para reclamar la condición de cabeza de familia.

34. En tercer lugar, es necesario que exista una auténtica ***sustracción de los deberes legales de manutención*** *por parte del progenitor de los menores de edad que conforman el grupo familiar. Esta situación puede ocurrir, bien cuando la pareja abandona el hogar y, además, omite el cumplimiento de sus deberes como progenitor o bien, cuando no asume la responsabilidad que le corresponde debido a un motivo externo a su voluntad "como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte".*

Acerca de la sustracción de los deberes legales del progenitor de los hijos a cargo, esta Corporación ha señalado que no es admisible exigir a la madre o al padre cabeza de familia el inicio de las acciones legales correspondientes en contra del progenitor para demostrar este requisito. Lo anterior, por cuanto no existe tarifa legal para probar este hecho y, por ende, "las autoridades no están autorizadas a exigir un medio de convicción específico que evidencie la sustracción del padre de sus deberes legales".

35. En cuarto lugar, se requiere que haya una ***deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia****, lo cual implica la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.*

36. Adicionalmente, es necesario resaltar que existe una regla de interpretación para verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos. En efecto, la Corte Constitucional ha señalado que la condición de madre cabeza de familia ***no depende de una formalidad jurídica sino de las circunstancias materiales que la configuran.***

Así, por ejemplo, este Tribunal ha determinado que la declaración ante notario acerca de la condición de mujer cabeza de familia, prevista en el parágrafo del artículo 2° de la Ley 82 de 1993, no es constitutiva de dicha calidad ni es una exigencia probatoria indispensable para acreditarla. En similar sentido, esta

601

Corporación ha señalado que el estado civil es irrelevante al momento de determinar si una mujer tiene la condición de cabeza de familia, pues lo decisivo son las circunstancias materiales.

Por consiguiente, corresponde al operador jurídico en el caso concreto valorar las condiciones de quien alega su condición de mujer cabeza de familia, sin que dicha calidad pueda determinarse exclusivamente por el cumplimiento de alguna formalidad.

En este orden de ideas, conviene resaltar que el análisis probatorio que ha llevado a cabo la Corte Constitucional para establecer que una persona reúne las condiciones necesarias para considerarse madre o padre cabeza de familia de conformidad con el ordenamiento jurídico, se ha fundamentado en distintos medios de convicción, entre los cuales se encuentran con frecuencia las declaraciones extraprocesales de los solicitantes y personas allegadas así como sus manifestaciones dentro del proceso de tutela y los procedimientos administrativos adelantados por las entidades respectivas. También, se han valorado los certificados de estudios de los hijos a cargo menores de 25 años y la copia del documento de identificación de estos últimos.

37. Finalmente, la Corte Constitucional ha sostenido que la constatación de los requisitos para acreditar la calidad de madre o padre cabeza de familia ***deberá adelantarse en el marco de un procedimiento administrativo con respeto al derecho al debido proceso****, "en el cual la autoridad respectiva valore todas las pruebas que se someten a su consideración y que le permitan decidir con certeza que las trabajadoras [o trabajadores] no cumplen con las condiciones para ser considerados madres o padres cabeza de familia".*

(...)

Así pues, ***la condición de madre cabeza de familia requiere la confluencia de los siguientes elementos****, a saber: (i) que la mujer tenga a su cargo la responsabilidad de hijos menores de edad o de otras personas "incapacitadas" para trabajar; (ii) que la responsabilidad exclusiva de la mujer en la jefatura del hogar sea de carácter permanente; (iii) que exista una auténtica sustracción de los deberes legales de manutención por parte de la pareja o del padre de los menores de edad a cargo; y (iv) que exista una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia. De igual modo, la verificación de las circunstancias anteriormente enunciadas debe realizarse en el marco de un procedimiento administrativo, que otorgue la plenitud de las garantías propias del derecho fundamental al debido proceso.*

(...)

Protección especial de las personas cabeza de familia en el marco de los procesos de restructuración administrativa y las condiciones para pertenecer al denominado "retén social".

(...)

43. Ahora bien, como se expresó anteriormente, el Legislador ha adoptado diversas acciones afirmativas en cumplimiento de su deber de garantizar la igualdad material de las madres cabeza de familia. En particular, una de las medidas más importantes que ha expedido el Congreso de la República en esta materia es el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, en el cual se estableció la política comúnmente denominada "retén social" en el marco del Programa de Renovación de la Administración Pública (PRAP).

Es pertinente destacar que la Ley 790 de 2002 fue expedida dentro del marco de un proceso de modernización de la administración pública, que tenía como objetivo crear, suprimir y fusionar diversas entidades públicas del orden nacional. Sin embargo, el Legislador decidió incorporar mecanismos de protección de los derechos de algunos trabajadores que, debido a sus especiales condiciones, podrían resultar gravemente perjudicados durante el proceso de reestructuración.

Por consiguiente, el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 dispone que, de conformidad con la reglamentación establecida por el Gobierno Nacional, ***no podrán ser retirados*** *en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública (PRAP): (i) las madres cabeza de familia sin alternativa económica, (ii) las personas con limitación física, mental, visual o auditiva y (iii) las personas próximas a pensionarse.*

44. A su vez, el Decreto 190 de 2003 reglamentó la Ley 790 de 2002, el cual estableció las principales condiciones para el ejercicio de la protección especial consagrada en la norma legal. Particularmente, en relación con las madres cabeza de familia, el citado decreto definió, para los efectos de la citada ley: (i) el concepto de madre cabeza de familia sin alternativa económica; (ii) el trámite para acreditar la referida condición; y (iii) la duración de la estabilidad laboral reforzada, la cual se circunscribe al tiempo en el cual persistan las circunstancias que la originan.

45. Igualmente, es oportuno aclarar que en la ***sentencia C-991 de 2004****, se declaró la inexequibilidad del límite temporal establecido para la protección derivada del "retén social" pues la Corte Constitucional estimó que se trataba de una medida desproporcionada con sujetos en condiciones de debilidad manifiesta que, además, desconocía la prohibición de retroceso en materia de derechos económicos, sociales y cultural.*

46. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte Constitucional ha estimado que la protección de las mujeres cabeza de familia en el marco de procesos de reestructuración es un "mandato constitucional y por tanto ***no puede limitarse su aplicación a las precisas circunstancias de la Ley 790 de 2002****". En este orden de ideas, esta Corporación ha reconocido que la protección a la mujer por su especial condición de madre cabeza de familia es de origen supralegal. Por lo tanto, la estabilidad laboral derivada del retén social no se restringe a la modificación de la estructura de la administración en el orden nacional o en el nivel central de la Rama Ejecutiva.*

47. Así las cosas, ha dicho la Corte que el denominado "retén social" "es uno de los mecanismos para proteger la estabilidad laboral reforzada" de los grupos de servidores públicos que, por sus condiciones de especial vulnerabilidad, son titulares de esta protección. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha considerado que el llamado "retén social" es apenas una de las medidas que puede garantizar los derechos fundamentales involucrados en la permanencia en el empleo público de los trabajadores próximos a pensionarse, de las personas cabeza de familia y de las personas en situación de discapacidad.

(...)".

En vista de lo anterior, observa la Sala que la señora Rosa María Forero le comunicó a la entidad la situación de especial protección constitucional en la que se encontraba, con el fin de que fuera estudiada su condición de madre de familia y se le incluyera en el retén social, para que se le confiriera el derecho preferencial a mantenerse en la nueva planta, máxime si se tiene en cuenta que el artículo 7 del Decreto No. 5016 del 28 de diciembre de 2009[32], señaló:

"ARTÍCULO 7°. En cumplimiento de la Protección Especial Constitucional dispuesta para madres o padres sin alternativa económica, personas con limitaciones física, mental, visual o auditiva y mujeres embarazadas, los siguientes empleos se mantendrán temporalmente en la planta de personal mientras conserven la condición que les otorga el reunir el supuesto de hecho que generó el beneficio; extinguida la condición de beneficiario por circunstancias sobrevinientes, el cargo quedará automáticamente suprimido:

[32] Ff. 198 a 202.

602

No. Cargos	*Dependencia y Denominación del cargo*	*Código*	*Grado*
(...) *3 (Tres)* *(...)*	*Secretario Ejecutivo*	*4210*	*16*

(...)"

Así las cosas, queda probado que en la entidad se le garantizó a tres personas que gozaban de protección especial constitucional, continuar en los cargos que venían desempeñando, que era el mismo cargo que ocupaba la señora Rosa María Forero, pero a la actora no se le estudió ni analizó su especial condición, no se le garantizó el debido proceso en cuanto a su petición, lo cual significa que a la demandante se le vulneraron sus derechos a la igualdad, defensa y contradicción al no haberse pronunciado la entidad al respecto.

Además, al momento de la supresión, el deber de la entidad era diseñar planes que garantizaran los derechos de las persona inscritas en carrera administrativa, y que como en este caso tuvieran también la condición de madres cabeza de familia, por lo cual debía en primer lugar procurar una debida identificación de aquellas personas que gozaran de esta especial protección constitucional, con el fin de garantizarles la estabilidad laboral, ya que en estos casos la indemnización debe ser propuesta como última opción, razón por la cual, encuentra la Sala que la entidad no tuvo en cuenta la condición de persona con derechos de carrera administrativa ni la de madre cabeza de familia alegada por la demandante, sino que le dio aplicación a las normas pertinentes, desconociendo que por ser empleada de carrera administrativa tenía derecho en primer lugar a ser incorporada en la misma entidad.

2. De las causales de nulidad alegadas

2.1. Falsa motivación

La parte actora alega que los actos acusados se encuentran viciados de falsa motivación al considerar que con la supresión del cargo existieron intereses muy diferentes al mejoramiento del servicio público, toda vez que la demandante prestaba un excelente servicio, indicando que esa afirmación quedaba probada con su hoja de vida.

Además, indicó que la entidad la había retirado teniendo en cuenta la errónea elaboración del diagnóstico de las cargas de trabajo y actividades realizadas por los cargos de Secretario Ejecutivo Código 4210 en todos los grados.

Agregó que se había vulnerado el derecho al trabajo, al no haber tenido en cuenta que gozaba de estabilidad al estar ocupando un cargo de carrera y encontrarse escalafonada, por lo cual, le asistía el derecho a ser incorporada en un empleo igual o equivalente en la nueva planta de personal.

Y por último, manifestó que se había desconocido su condición de madre cabeza de familia, a pesar de haberle comunicado la situación a la administración del ICFES desde el año 2002 y haberla reiterado el 30 de diciembre de 2009, desconociendo que la única forma de adquirir recursos económicos para su familia era como empleada pública de carrera administrativa al servicio de la entidad demandada.

La Sala resalta, que el vicio de falsa motivación se presenta cuando las consideraciones del acto incurren en error de hecho o de derecho (bien sea porque son inexistentes o porque existiendo son calificados erradamente), o en otras palabras, cuando los fundamentos de hecho que la administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no fueron debidamente probados dentro de la actuación administrativa y/o cuando la administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente, siendo en todo caso, deber de quien alega la causal de nulidad demostrar su configuración, pues es claro que el acto está investido de presunción de legalidad.

Pese a que la parte actora afirma que se presentó el vicio de falsa motivación en los actos demandados, al considerar que la supresión no se realizó con el fin de mejorar el servicio y que además la elaboración del diagnóstico de las cargas de trabajo que se había tenido en cuenta estaba errado, indica la Sala que en el presente caso aparece un dictamen pericial[33] que analizó este punto, en el que se señala:

"(...)

Por lo tanto, el estudio de Carga de Trabajo elaborado e inserto en el Anexo 5 del Estudio Técnico está relacionado con cada uno de los procesos, subprocesos y procedimientos propuestos para la nueva entidad, mas no para la entidad que está en operación, que está en estudio y que es diagnosticada en su momento. Así las cosas, ello implica entonces que, en los factores considerados y las evaluaciones que se realizaron para cada puesto de trabajo, con relación a la "antigua entidad" o "Entidad a ser transformada", para llamarla de alguna manera, NO se tuvo en cuenta la carga de los mismos con corte a 28 de octubre de 2009.

(...)

[33] Ff. 318 a 331.

603

Hubiese resultado ideal que dentro del Estudio Técnico realizado para sustentar la reestructuración del ICFES y la modificación de su planta de personal, determinar cuáles cargos estaban recargados de trabajo y cuales estaban siendo subutilizados y por lo tanto, la misma, aprovechando las ventajas de tener la Planta de Personal Globalizada y, funcionarios conocedores de su Entidad y con muchos años de trayectoria en la misma, pudiendo estos operar dentro de la Nueva Estructura.

(...)

Por las razones expuestas en el numeral anterior, se manifiesta que dentro del Estudio Técnico realizado y ya referenciado, NO se practicó (aron) encuestas y No se realizó (aron) medición de tiempos de las actividades y funciones que cumplía cada uno de los cargos efectivamente suprimidos (es decir, para el "antiguo ICFES", Antigua Estructura, para llamarlo de otra manera).

(...)

Se expresó igualmente que la Metodología y Premisas de la Estructura propuesta para el desarrollo del proceso de reestructuración y modificación de la Planta de Personal del ICFES se basan en la GESTIÓN POR PROCESOS – "Metodologías para la Revisión y Análisis, se empleó la técnica de análisis de "Opciones Prioritarias", apuntando más al análisis del cambio de la naturaleza jurídica realizada al instituto (ICFES) por la Ley 1324 de 2009. Por lo tanto, NO se elaboraron escenarios de la forma de ATENDER las necesidades del servicio para la Estructura Antigua del ICFES, tampoco de las funciones y actividades laborales que realizaban los cargos, concluyéndose, que se debían suprimir de la planta global de la Entidad los cargos de SECRETARIO EJECUTIVO CÓDIGO 4210, entre otros.

CONSIDERACIONES FINALES DEL CONCEPTO PERICIAL:

Adicionalmente a las opiniones emitidas en los párrafos anteriores, me permito solicitar muy respetuosamente que se tengan presente las siguientes consideraciones generales:

- *El suscrito Perito se exime de toda responsabilidad por la emisión de este concepto. Lo contenido en él es un mero concepto que no es de carácter obligatorio y su utilización corresponde exclusivamente al solicitante. Este concepto no sustituye los emitidos por las autoridades competentes para tal efecto.*
- *El presente informe se basa en la buena fe del solicitante al suministrar la información y los documentos que sirvieron de base para el análisis, por lo tanto no me responsabilizo de situaciones que no pudieron ser verificadas por el perito.*
- *Igualmente se manifiesta que, No tengo interés presente ni futuro en la solución que jurídicamente se brinde a cada uno de los extremos jurídicos actuantes en cuestión.*
- *Este concepto ha sido elaborado en conformidad y está sujeto a los requerimientos del Código de Ética y los estándares de conducta profesional.".*

De lo anterior, se permite inferir que a pesar de que en el dictamen pericial el perito señaló que se habían dado algunas inconsistencias en la elaboración del diagnóstico de las cargas de trabajo, al finalizar el mismo concluyó que lo expuesto no era más que un mero concepto basado en la documentación aportada por la propia demandante, razón por la cual, no existen pruebas suficientes que permitan desvirtuar la validez de los estudios técnicos, toda vez que el dictamen pericial no da certeza de lo señalado.

Ahora, en cuanto al argumento en el que señala que su retiro obedeció a causas diferentes a la buena prestación del servicio público, y que su cargo no debía

haberse suprimido teniendo en cuenta su hoja de vida y la excelente prestación del servicio, precisa la Sala que no aparece probado dentro del proceso las afirmaciones de la demandante, ya que no aparecen cuales fueron esas causas por las cuales aduce fue suprimido el cargo, y además se debe tener en cuenta que la excelente prestación del servicio hace parte de los deberes de los empleados públicos, máxime si se tiene en cuenta que en el presente caso la supresión de los cargos se dio luego de la realización de unos estudios técnicos que indicaron la necesidad de que la entidad fuera reestructurada.

Sin embargo, observa la Sala que sí se configuró la causal de falsa motivación porque la administración omitió tener en cuenta la condición de madre cabeza de familia alegada por la señora Rosa María Forero, lo cual evidentemente hubiera cambiado la decisión frente a la supresión del cargo ocupado por ella.

Teniendo en cuenta lo anterior, y considerando que a las personas que se encontraban en la misma condición alegada por la demandante se les mantuvo el cargo en la planta de personal de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 5016 del 28 de diciembre de 2009, encuentra la Sala probado que se debe declarar la nulidad parcial del citado decreto, así como la nulidad del oficio TH/2010-035 del 22 de enero de 2010, por medio de los cuales se suprimió y posteriormente se le comunicó a la señora Rosa María Forero que el cargo de Secretario Ejecutivo 4210 Grado 16, ocupado por ella, había sido suprimido dándosele la opción de optar en primer lugar por la indemnización, y luego por la reincorporación en otra entidad.

Y además de lo anterior, la administración no cumplió con las exigencias impuestas en la ley, por cuanto no le confirió la opción a la demandante como beneficiaria de la carrera administrativa a la cual estaba inscrita, de escoger por la incorporación automática y preferencial en la nueva planta de la entidad, o por ser reincorporada de manera posterior en un empleo igual o equivalente, desconociendo lo preceptuado en el Decreto 760 de 2005[34], porque como ya se analizó, al momento de la supresión de un cargo la primera opción es la incorporación en la misma entidad, y en caso de no ser posible, se le debe dar la posibilidad de ser reincorporada en otra entidad, y en última instancia, de forma subsidiaria, se le ofrece ser indemnizada.

[34] Artículo 28. Suprimido un empleo de carrera administrativa, cuyo titular sea un empleado con derechos de carrera, este tiene derecho preferencial a ser incorporado en un empleo igual o equivalente al suprimido de la nueva planta de personal de la entidad u organismo en donde prestaba sus servicios. De no ser posible la incorporación en los términos establecidos en el inciso anterior, podrá optar por ser reincorporado en un empleo igual o equivalente o a recibir una indemnización, de acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo 2° del artículo 44 de la Ley 909 de 2004 y con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.

Por estas últimas motivaciones también están viciados los actos demandados, porque en el acto del retiro de la actora se le indicó como primera opción la de la indemnización, y como segunda opción la reincorporación en un cargo igual en otra entidad, sin mencionar el primero de sus derechos de carrera, como era el de la posibilidad de incorporarse de forma automática y preferencial en la nueva planta de personal.

2.2. De la desviación de poder

Señala el artículo 209 de la Constitución Política que *"la función administrativa está al servicio de los intereses generales"*, en consecuencia, la expedición de un acto administrativo debe estar orientada a perseguir los fines del buen servicio público.

Es decir, la desviación de poder se presenta cuando se expide un acto administrativo con fines ocultos por parte del nominador, ajenos al buen servicio.

Al respecto, el Consejo de Estado Sala de lo Contenciosos Administrativo[35], precisó:

> *"(...) La desviación de poder como causal de nulidad de los actos administrativos ha sido concebida como aquella intención desviada del interés general, generada por un funcionario público que profiere una decisión con competencia de acuerdo a las formas prescritas en la ley. En ese escenario* ***debe analizarse subjetivamente el fin perseguido por el nominador*** *para establecer si coincide o no con aquel para el cual le fue conferido el poder.*
>
> *La jurisprudencia y la doctrina reiteradamente han reconocido que* ***esta causal subjetiva no es fácil de probar y por ello ha considerado que son válidas las pruebas indirectas o indiciarias****, para llevar al juez a la certeza de que el ejercicio del poder discrecional fue arbitrario.*
>
> ***Esa carga probatoria sin duda le corresponde a quien invoca el derecho*** *tal y como lo disponía el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, hoy 167 del Código General del Proceso, al señalar que: "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen", dado que se enfrenta a uno de los pilares del acto administrativo como es la presunción de legalidad."*

Teniendo en cuenta lo anterior, precisa la Sala que la demandante considera que los actos demandados se encuentran viciados por desviación de poder, al considerar que la supresión del cargo que ocupaba se había realizado de forma arbitraria, señalando que los estudios técnicos realizados no habían diagnosticado las cargas de trabajo ni las funciones realizadas, por lo que indicó que la facultad discrecional del nominador se había utilizado en contra del ordenamiento jurídico.

[35] C.E., Sec. Segunda, Sent. 2010-00254, ago. 20/2015. M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

Así mismo, indicó que no se había tenido en cuenta el tiempo que llevaba en la institución la demandante ni la estabilidad relativa de la que gozaba al encontrarse escalonada en un cargo de carrera.

De lo expuesto en precedencia, precisa la Sala que no se encuentran pruebas dentro del proceso que lleven a la Sala a la convicción de las afirmaciones hechas por la demandante, por lo tanto, se evidencia que no son más que simples aseveraciones, que no dan lugar a que se configure esta causal de nulidad en el presente caso.

Así las cosas, observa la Sala que a pesar de que no se configuró la nulidad por desviación de poder, sí se configuró la causal de falsa motivación al haber omitido la entidad la condición de madre cabeza de familia alegada por la demandante y adicionalmente, haber desconocido el derecho que tenía la señora Rosa María Forero por ser empleada de carrera administrativa de ser incorporada de forma automática y preferencial en la misma entidad en un cargo igual o del mismo nivel en el que se encontraba, luego de ser suprimido el cargo que ocupaba.

Ahora bien, para no dejar puntos sin resolver, observa la Sala que la señora Rosa María Forero señaló que el cargo de Técnico Administrativo 01 el cual había sido creado con la reestructuración era equivalente al que desempeñaba, y que había sido ocupado por personal en provisionalidad, lo cual, no vulnera en sí mismo los derechos de carrera de la demandante, ya que al realizar la reestructuración, la entidad estaba facultada para nombrar en provisionalidad el personal que considerara idóneo, hasta que se convocara a concurso de méritos, para proveer los cargos creados de forma definitiva.

Además, precisa la Sala que le correspondía a la demandante demostrar que el cargo de Técnico Administrativo 01 era equivalente al de Secretario Ejecutivo Código 4210 Grado 16, lo cual no se encuentra probado dentro del proceso, ya que no aparece el manual de funciones del cargo de Secretaria Ejecutiva Código 4210 Grado 16, tan solo aparece un informe proferido por la misma demandante en el que señaló que las funciones que desempeñaba eran las de llevar la agenda del Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, recibir, revisar y gestionar la correspondencia, archivar en AZ, asistir al jefe, solicitar papelería, reportar las novedades del horario laboral y atender el teléfono, lo cual no es una prueba pertinente para demostrar las funciones de cada cargo.

Adicionalmente, dentro de las hojas de vida aportadas por la demandante con el fin de probar quienes eran las personas que se encontraban vinculadas en el cargo con el que pretende ser homologada, obran las funciones desempeñadas en el cargo de Técnico Administrativo 01[36], las cuales son:

"(...)

1. Recibir, revisar, clasificar, radicar, distribuir, controlar y digitar documentos, datos y correspondencia, de acuerdo con los sistemas y procedimientos dispuestos para ello y relacionados con los asuntos de competencia de la Dirección.
2. Orientar a los usuarios internos y externos y suministrar la información que le sea solicitada, de conformidad con los procedimientos establecidos por el ICFES.
3. Desempeñar funciones de oficina y de asistencia administrativa encaminadas a facilitar el desarrollo y ejecución de las actividades del área.
4. Llevar y mantener actualizados los registros de carácter técnico y administrativos que le sean encomendados.
5. Llevar y mantener organizado el archivo interno de la oficina, según las tablas de retención documental de la Empresa, aprobadas por el Archivo General de la Nación.
6. Participar en la compilación y consolidación de la información que permita garantizar la calidad y oportunidad de la información a cargo de la respectiva Dirección.
7. Contribuir en la elaboración de los informes, bases de datos, presentaciones y demás documentos que la dependencia requiera.
8. Operar y mantener actualizados los diferentes sistemas de información en que deba procesar información y datos, y verificar que dispongan de efectivo controles de seguridad.
9. Presentar los informes sobre las actividades desarrolladas y los demás que sean solicitados por la Dirección.
10. Guardar reserva y discreción sobre aquellos asuntos que en razón de sus funciones conozca.
11. Las demás funciones que le sean asignadas por el jefe inmediato de acuerdo con el área de desempeño.".

Así las cosas, observa la Sala en primer lugar, que el cargo ocupado por la demandante era del nivel asistencial y el cargo con el cual pretende ser homologada es del nivel técnico, y en segundo lugar, que las funciones que aduce la demandante que desempeñaba en el cargo de Secretaria Ejecutiva Código 4210 Grado 16 eran básicas frente a las designadas al cargo de Técnico Administrativo 01, razón por la cual, precisa la Sala que no le asiste razón a la demandante al señalar que los dos cargos tenían las mismas funciones.

En consecuencia, y teniendo en cuenta que se observa que los actos demandados se encuentran viciados de falsa motivación, se declarará la nulidad de los mismos y se ordenará el reintegro de la demandante sin solución de continuidad a un cargo igual o equivalente al que desempeñaba en el momento de la supresión.

De igual manera, se condenará a la entidad demandada a reconocerle y pagarle los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento de su

[36] F. 699 del Cuad. 9.

desvinculación y hasta la fecha en que sea reintegrada, descontando de ese monto las sumas que hubiese devengado por cualquier concepto laboral proveniente de recursos públicos o privados, dependiente o independiente. Además de lo anterior, se ordenará descontar de esa suma la cantidad indexada que se le reconoció y pagó como indemnización al momento de su retiro, pues la medida del reintegro era la que se debió haber tomado en lugar de haberle cancelado la indemnización. Por ello, el descuento será de treinta y tres millones doscientos diecisiete mil doscientos cuarenta y cinco ($ 33.217.245.00) pesos, cantidad que debe ser debidamente indexada al momento de la liquidación.

Las cantidades resultantes a favor de la demandante, producto de la condena, se actualizarán en su valor de conformidad con la fórmula y los términos señalados en la parte resolutiva de la presente decisión, cuyo cumplimiento habrá de garantizarse en las condiciones allí definidas, además de los intereses que correspondan al tenor de lo previsto en el artículo 177 del C.C.A.

Por todas las razones precedentes, teniendo en cuenta que se configuró la causal de falsa motivación, esto es, que la demandante logró desvirtuar la presunción de legalidad de los actos acusados, la Sala revocará la sentencia de primera instancia que declaró probada la excepción de caducidad, para en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda.

IV. Conclusión

En este orden de ideas, encuentra la Sala que en el presente caso no se configuró la excepción de caducidad, por lo que deberá ser revocada la sentencia de instancia, para en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que se configuró la causal de falsa motivación al haber omitido la entidad la condición de madre cabeza de familia alegada por la señora Rosa María Forero, lo cual le hubiera dado el derecho a que su cargo se hubiera mantenido hasta que su condición cambiara, y adicionalmente, al momento de darle el derecho de opción se desconocieron sus derechos de carrera al no haberle dado como primera opción la incorporación automática y preferencial dentro de la misma entidad.

Así las cosas, se declarará la nulidad de los actos acusados, y en consecuencia, a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la entidad reintegrar a la demandante a un cargo igual o equivalente al que desempeñaba en el momento de la supresión, y a reconocerle y pagarle los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento de su desvinculación y hasta la fecha del

reintegro, descontando de ese monto las sumas que hubiese devengado por cualquier concepto laboral proveniente de recursos públicos o privados, dependiente o independiente, más la suma cancelada a título de indemnización equivalente a treinta y tres millones doscientos diecisiete mil doscientos cuarenta y cinco ($ 33.217.245.00) pesos, cantidad que debe ser debidamente indexada al momento de la liquidación.

V. Costas procesales en segunda instancia

La Sala considera que no hay lugar a condenar en costas a la parte demandada, porque si bien es cierto ella fue vencida en el proceso, no ha demostrado con su actuar un comportamiento reprochable, pues en forma razonada, proporcional y adecuada al ordenamiento jurídico intervino en las diligencias judiciales, aspecto que impide se condene en costas a la luz de lo normado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por la Ley 446 de 1998 artículo 55, conforme además con lo expresado en la sentencia del 18 de febrero de 1999, del Consejo de Estado, Sección Tercera, Magistrado Ponente Dr. Ricardo Hoyos, expediente No. 10775.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda – Subsección "E"**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

Revocar la sentencia del 30 de junio de 2015 proferida por el Juzgado Décimo (10º) Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá que emitió sentencia inhibitoria, al declarar probada la excepción de caducidad, por las razones anotadas en esta decisión.

En su lugar se dispone:

Primero.- Declarar no probada la excepción de caducidad, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

Segundo.- Declarar la nulidad parcial del Decreto 5016 del 28 de diciembre de 2009, en lo concerniente a la señora Rosa María Forero, y del oficio TH/2010-035 del 22 de enero de 2010 por medio del cual se le comunicó la supresión del cargo, por lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

Tercero.- Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, ordénase al Instituto Colombiano para la Evaluación De La Educación - ICFES- reintegrar a la señora Rosa María Forero, identificada con cédula de ciudadanía No. 39.703.076, a un cargo igual o equivalente al que desempeñaba en el momento de la supresión, sin solución de continuidad, así como al pago de los salarios, prestaciones sociales y emolumentos de todo orden dejados de devengar desde el momento del retiro y hasta la fecha del reintegro, descontando de ese monto las sumas que hubiese devengado por cualquier concepto laboral proveniente de recursos públicos o privados, dependiente o independiente. Además de lo anterior, se le debe descontar la suma cancelada a título de indemnización equivalente a treinta y tres millones doscientos diecisiete mil doscientos cuarenta y cinco ($ 33.217.245.00) pesos, cantidad que debe ser debidamente indexada al momento de la liquidación.

Cuarto: El pago de las sumas producto de esta condena que resulten a favor de la señora Rosa María Forero, se ajustarán en su valor de conformidad con el artículo 178 del C.C.A., hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = R.H \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la suma adeudada a la demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta decisión, por el índice inicial de precios vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad y así sucesivamente.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes para cada mesada pensional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de causación de cada una de ellas.

Quinto: Al tenor del artículo 176 del C.C.A., la demandada contará con un término de 30 días contados a partir de la comunicación del presente falló, y una vez se surtan las actuaciones de que trata el artículo 173 ibídem, para adoptar las medidas necesarias que aseguren el cumplimiento de la sentencia.

Durante el término referido, la accionada reconocerá y pagará intereses comerciales sobre las cantidades líquidas resultantes de la condena, conforme lo

607

dispone el artículo 177 del C.C.A., vencido dicho término sin que la condena se haya cumplido, la demandada reconocerá y pagará los intereses moratorios que consagra la aludida disposición hasta el momento en que cancele la totalidad de la condena.

Sexto.- Sin costas en esta instancia

Séptimo.- Por Secretaría procédase a la comunicación de la sentencia conforme lo ordena el artículo 62 de la Ley 1395 de 2010 y en firme esta decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

Octavo.- Si la parte demandante lo solicita, por Secretaría expídasele copia auténtica de las sentencias de primera y segunda instancia dictadas en las presentes diligencias, con las constancias y certificaciones de que trata el artículo 115 del C.P.C., especialmente de notificación y ejecutoria.

La anterior decisión fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Ramiro Ignacio Dueñas Rugnon
Magistrado

Jaime Alberto Galeano Garzón
Magistrado

Patricia Victoria Manjarrés Bravo
Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA (2)
CONSTANCIA DE FIJACIÓN
EDICTO #018

Bogotá, D.C. 27 OCT 2020

HAGO CONSTAR que para notificar a las partes la anterior SENTENCIA se fijó el EDICTO en un lugar público de la secretaria, por un término legal.

Oficial mayor