



1761

JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, doce (12) de octubre de dos mil dieciséis (2016).-

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 15001 33 33 004 **2013 00056 00**

Demandante: YOLIMA INÉS ALFONSO

Demandado: MUNICIPIO DE MACANAL

1. DESCRIPCIÓN

1.1. TEMA DE DECISIÓN:

Agotado el trámite procesal correspondiente, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

1.1.1. ELEMENTOS DE LA PRETENSIÓN:

PARTES:

- **DEMANDANTE:** YOLIMA INÉS ALFONSO identificada con C.C No. 23694654 de Macanal.
- **DEMANDADO:** MUNICIPIO DE MACANAL

OBJETO:

➤ DECLARACIONES:

Solicita la declaratoria de nulidad del Decreto N° 048 de agosto 30 de 2012, por el cual se suprimen unos empleos en la planta de personal del Municipio de Macanal, específicamente en lo que tiene que ver con la supresión del cargo de Auxiliar Administrativo Código 550 Grado 2 descrito en el artículo 1 del mencionado decreto y que fuera precisado en el párrafo primero del artículo primero del Decreto 048 de 30 de agosto de 2012 en lo correspondiente a Auxiliar administrativo Código 407 grado 13, que ocupaba la Señora YOLIMA INÉS ALFONSO DAZA.

Aunado a lo anterior, solicita la inaplicación del estudio técnico de restructuración, así como también del Acuerdo N° 011 del 20 de agosto de 2012. Solicita además que se declare que no existió solución de continuidad en la relación laboral.

1762

Como condena principal solicita el reintegro del demandante al cargo que ocupaba o a otro de igual o superior categoría, cancelando todos los factores salariales y prestacionales que dejó de percibir entre su retiro y su reintegro efectivo, sumas de las que reclama la indexación e intereses moratorios.

Finalmente, se establece la pretensión de condena en costas y agencias en derecho contra la entidad demandada.

1.1.2. FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN:

➤ FÁCTICOS:

Se relata en la demanda que la señora YOLIMA INÉS ALFONSO ORLANDO ALFONSO se vinculó al Municipio de Macanal en provisionalidad.

Señala que el Municipio de Macanal celebró un contrato con un administrador público para la realización del estudio técnico de reestructuración administrativa, cuyo resultado final fue estudiado por el Concejo Municipal de Macanal y que posteriormente fue aprobado por dicha corporación mediante acuerdo 011 del 20 de agosto de 2011, determinando la estructura orgánica de la administración municipal y se asignaron funciones a sus dependencias; con base en lo anterior, el Alcalde Municipal expide el Decreto 048 de 30 de Agosto de 2012, mediante el cual se suprimieron unos cargos de la planta de personal del municipio, a su vez, expidió el Decreto 049 de 30 de Agosto de 2012, con el cual se estableció la planta de personal del nivel central del municipio de Macanal y con el Decreto 050 de 30 de Agosto de 2012, adoptó el manual de funciones y competencias de los empleos de la planta de personal del municipio.

Añade el demandante que con las resoluciones 144 y 145 de 30 de Agosto de 2012, se distribuyeron los empleos y se realizaron unas incorporaciones a la planta de personal del municipio, sin que fuera incorporado el aquí demandante.

Complementa su argumentación resaltando que el estudio técnico de reestructuración administrativa para el nivel central del municipio de Macanal, no se encuentra ajustado a los parámetros que para tal fin ha señalado el Departamento Administrativo de la Función Pública.

Finalmente el demandante hace referencia al oficio de fecha 30 de agosto de 2012, con el cual se le comunicó que su cargo había sido suprimido, por lo que solicitó se le notificara el contenido del Decreto 048 de fecha 30 de agosto de 2012 y optó por el derecho preferencial a ser reincorporado.

➤ JURÍDICOS:

NORMAS DE RANGO CONSTITUCIONAL:

Preámbulo, artículos 1, 2, 6, 16, 13, 25, 29, de la Constitución Política

1263

NORMAS DE RANGO LEGAL:

Ley 909 de 2004 artículo 46
Decreto 019 de 2012 artículo 228
Inciso 3 del artículo 6 de la ley 1151 de 2012
Decreto 1227 de 2005
Ley 1551 de 2012
Decreto 111 de 1996 artículo 71
Artículo 82 de la ley 443 de 1998
Artículo 20 de la ley 489 de 1998
Artículos 3, 6, 7 de la ley 617 de 2000
Artículo 77 de la ley 617 de 2000
Artículos 41, 44, 46 de la ley 904 de 2004
Artículo 71 del Decreto 760 de 2005
Artículo 95, 96, 97 del Decreto 1227 de 2005

CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

Según sostiene el demandante, a partir de la expedición del Decreto 019 de 2012 y al tenor de lo dispuesto en su artículo 228, las justificaciones o estudios técnicos en los cuales se base o soporte una reforma de la planta de personal únicamente los pueden hacer las respectivas entidades bajo la dirección del alcalde, con un equipo de trabajo interdisciplinario conformado por empleados de la planta de personal. No podía pues legalmente el Alcalde contratar con un consultor para que hiciera lo que por ley le corresponde a él y entonces ese contrato es ilegal, no cumple con los requisitos legales.

Aduce igualmente que el estudio técnico para la reforma de la Planta de Personal lo debió hacer directamente el Municipio con el acompañamiento de funcionarios de la planta de personal que facilitarían la identificación de la problemática institucional y en especial para obtener la información y documentación en que se soportara dicho estudio, y que la ley no permite ni autoriza que un profesional contrate la realización de un estudio técnico de reestructuración administrativa, sino que lo debe hacer únicamente la entidad.

Afirma que el profesional no autorizado, que elaboró el estudio técnico de reestructuración de la planta de personal, no hizo el análisis del comportamiento financiero del Municipio de Macanal de los últimos cuatro años y tampoco hizo la proyección de las variables representativas del presupuesto municipal para evidenciar la salud fiscal del municipio, e indica que en el presente asunto la justificación de falta de recursos económicos no es cierta, pues en el estudio no se hizo en forma juiciosa un estudio financiero.

Señala que el denominado estudio técnico, no se basó en metodologías de diseño organizacional y ocupacional, por ende, a pesar de la existencia en ese documento de los títulos al respecto no se encuentra en el mismo el análisis de los procesos técnicos misionales y de apoyo, no aparece la evaluación de la prestación de servicios y tampoco

1264

la evaluación de las funciones, los perfiles y en especial las cargas de trabajo de los empleos.

1.1.3. OPOSICIÓN:

Como respuesta del sujeto pasivo de las pretensiones incoadas se encuentra lo siguiente:

- **RESPUESTA A LAS PRETENSIONES:** la apoderada del Municipio de Macanal se opuso a todas y cada una de las pretensiones deprecadas, como quiera que el acto administrativo demandado se ajusta a derecho y por lo tanto no le asiste razón jurídica ni fáctica al demandante.
- **RESPUESTA A LOS HECHOS:** frente a los hechos 3, 4, 8 a 24, 27 y 31 manifestó que son ciertos; frente a los hechos 25, 26, 28, 29 dice no son ciertos; en cuanto a los 1, 5, 6, 7 y 30 expresó que estará a lo probado; y en relación con el hecho 2 dijo que no le consta.
- **EXCEPCIONES:** Como excepciones propuso: Inexistencia de irregularidad del acto y causa invocada e inexistencia de la obligación de reintegrar y restablecer el derecho, inexistencia de hechos u omisiones que fundamentan la acción, supresión legal del cargo del accionante y prevalencia del interés general, presunción de legalidad del acto administrativo y la de falta de competencia para conocer el asunto, la cual fue estudiada como previa en la audiencia inicial y por la cual se excluyó la pretensión segunda de la demanda.

2. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante: Reiteró los argumentos señalados en la demanda en cuanto a que el estudio técnico de reestructuración no cumple con las directrices del Departamento Administrativo de la Función Pública y de la Escuela Superior de Administración Pública y que además por la categoría del municipio no era posible la contratación externa de la consultoría para dichos estudios. Añade que en dichos estudios no se hizo la evaluación de la prestación de los servicios, que no hay prueba alguna de la realización de las encuestas en el estudio técnico ni en el expediente, lo anterior para soportar las cargas de trabajo, de igual forma, manifiesta que no se elaboraron cuadros comparativos de la planta de personal actual y de la que se propone, por cuanto concluye que el estudio técnico carece de fundamentos técnicos que permitan definir las necesidades de la planta de personal del Municipio de Macanal.

Parte demandada: Realiza un recuento de toda la actuación procesal, destacando los puntos definidos como objeto de debate en la fijación del litigio y las excepciones a considerar. Resalta que el oficio de comunicación no es un acto administrativo en sentido estricto pues solo cumple un carácter informativo, que al acogerse el demandante a la indemnización, las pretensiones no están llamadas a prosperar, pues la administración ya reconoció y pagó la misma, como quedó demostrado.

1765

Manifiesta que la administración tiene plena facultad para suprimir un cargo de carrera cuando las necesidades lo requieran, además, que el demandante no demostró que existiera un cargo de carrera vacante para procurar su reincorporación, que se cumplió con lo dispuesto en la Ley 909 de 2004, que no se incurrió en ilegalidad al no darse las condiciones para reincorporar al demandante a la nueva planta de personal. Aunado a lo expuesto, señala que las UMATAS, dependencia de la que hacía parte el demandante, fueron modificadas por la Ley y en muchos casos desaparecieron.

Concluye indicando que la supresión del empleo obedeció a políticas de modernización del Estado, con el fin de poner límites a los gastos de funcionamiento, tal y como se desprende de la Ley 617 de 2000, que en dicha Ley se consagra la obligación del ente municipal de prestar los servicios técnicos agropecuarios a través de empresas acreditadas e inscritas ante las autoridades competentes, por lo que la UMATA fue desmontada paulatinamente.

Ministerio Público: Guardó silencio.

3.- PROBLEMA JURÍDICO

3.1.- Problema jurídico PRINCIPAL

Consiste en determinar si el demandante tiene derecho a ser reintegrado al cargo que fue suprimido, porque a su juicio, no se observaron los procedimientos establecidos en la Ley a efectos de reestructurar la planta de personal.

3.2.- Problemas jurídicos SUBSIDIARIOS

- Se suprimió el cargo del demandante creando otros con asignaciones más cuantiosas
- El estudio técnico no precisó las cargas de trabajo, no estudió los perfiles de los empleos, ni estableció misión y visión.
- El objeto contractual celebrado entre el Alcalde municipal de Macanal y el Contratista en el Estudio de reestructuración fue deficiente.
- El estudio técnico no está debidamente realizado conforme a las orientaciones de la guía de modernización de las entidades públicas de junio de 2012.
- El estudio fue elaborado por una persona no autorizada por la ley.
- En el estudio técnico no se hizo énfasis en el comportamiento financiero del municipio de Macanal.

4.- TESIS PLANTEADAS

4.1.- Tesis de la parte demandante: El Estudio Técnico de Reestructuración Administrativa en el Nivel Central del Municipio de Macanal, elaborado por el asesor y consultor Juan Guillermo Franco en julio de 2012, no se ajusta a la guía de modernización de Entidades Públicas expedida por el Departamento Administrativo de la Función Pública en el mes de junio de 2012. De igual forma a partir de la expedición del Decreto 019 de 2012 y al tenor de lo dispuesto en su artículo 228, las justificaciones o

estudios técnicos en los cuales se basara o soportara una reforma de la planta de personal, UNICAMENTE lo podían hacer las respectivas entidades, bajo la dirección del Alcalde con un equipo de trabajo interdisciplinario conformado por empleados de la planta de personal. No podía pues, el Alcalde, legalmente contratar con un consultor para que le hiciera lo que por ley le corresponde a él, y entonces el contrato por medio del cual se acordó el estudio de reestructuración es ilegal.

4.2.- Tesis de la parte demandada: por su parte sostiene que, la supresión del empleo del demandante, obedeció a razones de índole técnico, no al capricho o decisión arbitraria de la entidad y, según la propuesta formulada, se hizo para racionalizar gastos del ente territorial e introducir una reforma sustancial a la planta de personal, lo que necesariamente implicó suprimir empleos. Esta dinámica a la que se vio obligada la entidad, respondió a motivos de índole institucional y de mejora del servicio, no a la persecución del demandante o a la promoción de actos ilegales de retiro, pues en esta clase de procesos sólo parecen elementos objetivos como racionalización del gasto, mejor prestación del servicio público.

Además sostiene que como lo ha indicado el Departamento Administrativo de la función Pública en los caso en que se requiera modificar estatutos, estructura organizacional o planta de personal, se tendrá en cuenta, además, de lo dispuesto en el artículo 228 del Decreto 019 de 2012, el artículo 96 del Decreto 1227 de 2005 y demás normas concordantes que lo adicionen, modifiquen o sustituyan.

4.3.- Tesis del Despacho: El Despacho sostendrá que no prosperan los cargos contra los actos que reestructuraron la planta del nivel central del municipio de Macanal suprimiendo el cargo de la demandante porque el estudio técnico base del proceso de reestructuración si podía ser realizado por un tercero mediante contratación, pues no existe prohibición legal en tal sentido; porque si el estudio carece de alguno de los pasos establecidos en la "GUÍA PARA LA REESTRUCTURACIÓN DE ENTIDADES PÚBLICAS" expedida por el Departamento Administrativo de la Función Pública esto no lo vicia de ilegalidad, pues la guía solo establece parámetros, pero su metodología no es obligatoria. De otra parte, el demandante no logró demostrar que el ajuste fiscal que causó la reestructuración no se requería, siendo carga de la parte actora probarlo, como ha sostenido el Consejo de Estado en su jurisprudencia.

5.-DECISIONES PARCIALES

Establecida la eficacia y validez del proceso mediante el respeto de los derechos de las partes al debido proceso y al acceso a la justicia y constatada la admisibilidad de la pretensión, procede el Despacho a emitir decisión de fondo.

5.-PREMISAS PARA LA SOLUCIÓN DEL CASO

5.1.-Pronunciamiento frente a las excepciones.

Se plantearon las excepciones "Inexistencia de irregularidad del acto y de la causa invocada e inexistencia de la obligación de reintegrar y restablecer el derecho", "Falta

1767

de competencia para conocer el asunto", "inexistencia de los hechos u omisiones que fundamenten la acción", "Supresión legal del cargo de la accionante y prevalencia del interés general", "Presunción de legalidad del acto administrativo de Supresión de Cargos"

En cuanto a la excepción "**Falta de competencia para conocer el asunto**" se dijo en la audiencia inicial: "Los argumentos esgrimidos por la parte demandada conducen al Despacho a establecer que dicho medio exceptivo en realidad constituye la excepción de inepta demanda que fue declarada próspera", en consecuencia fue excluida de la demanda la pretensión segunda relativa a la nulidad del oficio No. 200-02-495-2012 de 30 de agosto de 2013.

En cuanto a las restantes excepciones debe decir el Despacho que no se trata en estricto sentido de medios exceptivos. Sobre las "excepciones de mérito" que en realidad encubren argumentos que atacan la pretensión, no la acción, como los propuestos en este caso, el Honorable Consejo de Estado manifestó:

"En el derecho colombiano las excepciones se clasifican en previas y de mérito o de fondo. Las previas reciben ese nombre porque se proponen cuando se conforma la litiscontestatio. Se refieren generalmente a defectos del procedimiento, como la falta de jurisdicción o de competencia y se permite alegar como previas algunas perentorias, como la cosa juzgada. Las excepciones perentorias o de fondo van dirigidas a la parte sustancial del litigio, buscan anular o destruir las pretensiones de la demandante, con el propósito de desconocer el nacimiento de su derecho o de la relación jurídica o su extinción o su modificación parcial."¹ (Subrayado fuera del texto original).

"En lo tocante a las dos excepciones propuestas por la parte demandada, la Sala considera que no son propiamente tales, porque si bien la excepción en Derecho Procesal es un medio de defensa, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, no puede englobar toda la defensa, como acontece en este caso. Las dos son nociones inconfundibles en dicho derecho. En efecto, mientras la defensa consiste en negar el derecho invocado por la demandante, la excepción de fondo, en estricto sentido, está constituida por todo medio de defensa del demandado que no consista simplemente en la negación de los hechos o del derecho aducido en la demanda sino en la invocación de otro u otros hechos impeditivos, modificativos o extintivos, que una vez acreditados como lo exige la ley, aniquilen o enerven las pretensiones del libelo demandatorio. Por ello la Corte ha considerado que la excepción "representa un verdadero contraderecho del demandado, preexistente al proceso y susceptible generalmente de ser reclamado, a su vez, como acción"² (Subrayado fuera del texto original).

En consecuencia, el Despacho se referirá a los mencionados argumentos con el fondo del asunto.

5.2.- PREMISAS FÁCTICAS.

Como pruebas relevantes para decidir se destacan:

Documentales

¹CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil nueve (2009). Radicación número: 11001-03-26-000-2007-00046-01(34239). Actor: INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES-INCO. Demandado: CONCESIONARIA VIAL DE LOS ANDES S.A.-COVIANDES. Referencia: RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL.

²CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejero ponente: ERNESTO RAFAEL RIZA MUÑOZ. Santa Fe, de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de Agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994). Radicación número: AC-1675. Actor: AURA NANCY PEDRAZA PIRAGAUTA. Demandado: VIVIANE MORALES HOYOS.

1768

- Copia autentica de la Hoja de vida de la señora YOLIMA INÉS ALFONSO DAZA, obrante en el Municipio de Macanal (fls. 65 a 196).
- Original de certificación laboral del demandante (fls. 197 y 198).
- Copia simple del acto administrativo contenido en la comunicación oficio N° 200-02-500-2012 de treinta (30) de agosto de dos mil doce (2012) (fls. 199).
- Copia autentica de la solicitud de notificación del decreto 048 y entrega de copia autentica, integra y legible del mismo (fls. 200-202).
- Copia simple del oficio N° 200-06-03-512-2012 de fecha 03 de septiembre de 2012 (fls. 203-204).
- Copia autentica del decreto número 048 de agosto 30 de 2012, por medio del cual se suprimen unos empleos de la planta de personal del nivel central del Municipio de Macanal, expedido por el Alcalde Municipal (fls 205-209).
- Copia simple de la notificación al demandante del decreto 048 de 30 de agosto de 2012 (fl. 210).
- Copia autentica del decreto número 049 de agosto 30 de 2012, por medio del cual se establece la planta de personal del nivel central del Municipio de Macanal, expedido por el Alcalde Municipal (fls. 211-215).
- Copia autentica de la resolución N° 144 del treinta (30) de agosto de dos mil doce (2012), por la cual se distribuyen los empleos de la planta de personal de nivel central del municipio de Macanal (fls. 216-218).
- Copia autentica resolución N° 145 de treinta (30) de agosto de dos mil doce (2012), por la cual se hacen unas incorporaciones a la Planta de Personal del Nivel Central del Municipio de Macanal (fls. 219-220).
- Copia auténtica de radicado 2013ee-00263 de la Comisión Nacional del Servicio Civil. (folios 220-228
- Copia autentica del contrato de prestación de servicios profesionales celebrado entre el municipio de Macanal y JUAN GUILLERMO FRANCO GARCÍA (folios 307-372).
- Copia autentica de la Hoja de Vida de JUAN GUILLERMO FRANCO GARCÍA (folio 346).
- Copia autentica del estudio técnico de reestructuración (Reforma Administrativa) en el nivel central del municipio de Macanal (Boyacá) (fls. 375-654).
- Copia de la Guía de Modernización de Entidades Públicas expedida por el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA – DAFP (fls. 656 a 867 cuaderno dos).
- Copia autentica del Acuerdo N° 04 del 28 de febrero de 2003, por el cual se implementa la estructura Orgánica del Municipio de Macanal (fls. 868-874)
- Copia autentica del Acuerdo N° 05 del 28 de febrero de 2003, por el cual se implementa el sistema de nomenclatura y se dictan otras disposiciones en la administración central del Municipio de Macanal (fls. 875-880).
- Copia autentica del Acuerdo N° 06 del 28 de febrero de 2003, por el cual se determina la escala salarial para los cargos y dependencias de la administración central del Municipio de Macanal (fls. 881-885).
- Copia autentica, del proyecto de acuerdo N° 013 que radicó el Alcalde Municipal ante el Concejo Municipal y que terminó siendo aprobado mediante acuerdo 011 de

1769

- agosto 20 de 2012, mediante el cual se determina la estructura orgánica de la administración municipal y se asignan funciones a sus dependencias (fls. 886-920).
- Copia autentica del acuerdo 011 de agosto 20 de 2012, por el cual se determina la estructura Orgánica de la administración Municipal y se asignan funciones a sus dependencias (fls. 921).
 - Copia autentica del acuerdo 012 de agosto 29 de 2012, expedido por el concejo municipal, (fls. 949).
 - Copia simple del acuerdo N° 019 del 27 de noviembre de 2011, mediante el cual el Consejo Municipal de Macanal expide el Reglamento Interno del Concejo Municipal (fls 955).
 - Copia del acuerdo N° 004 del 2012, mediante el cual el Concejo Municipal facultó al Alcalde para realizar el Estudio Técnico de Reestructuración (Reforma Administrativa) en el Nivel Central del Municipio de Macanal (fl. 1011).

Prueba Pericial

Se decretó el experticio solicitado y por lo tanto, el Departamento Administrativo de la Función Pública – DAFP, emitió su concepto frente al estudio técnico de reestructuración, dicho informe fue revalidado por el experto designado por el DAFP para comparecer a la audiencia de pruebas contenida en el DVD respectivo.

Pruebas Incorporadas de manera oficiosa

Estudio de cargas laborales (fls. 1490 a 1540 y CD contentivo de dicho estudio (fl. 1541)

5.3- PREMISAS JURÍDICAS

La supresión de cargos como causal de retiro del servicio público.

Según el artículo 209 de la Constitución Política, la función administrativa está al servicio de los intereses generales, y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad³. Estableció así el constituyente los principios rectores de la actividad administrativa, y además, acudió al concepto de "interés general" para señalar el norte de la función administrativa.

La Corte Constitucional en el contexto de los procesos de reestructuración de plantas de personal como ejercicio de la función administrativa, se ha referido a la garantía del interés general y de los intereses particulares de la siguiente manera:

"5.- Los procesos de reestructuración pueden tener intensidades distintas cuyos efectos se reflejan también en escalas distintas. Pero en ningún caso puede perderse de vista que esos procesos repercuten en dos sectores bien definidos. De un lado, inciden en la comunidad en general, quien es la destinataria final de la prestación de un servicio o del cumplimiento de una función administrativa. Del otro, los ajustes institucionales tienen consecuencias directas en los trabajadores de la entidad a la que se aplica una medida de

³ Así lo indica el artículo 209 de la Carta Política de 1991, estableciendo los principios que deben regular todo ejercicio de la función administrativa.

1770

reestructuración. Tal circunstancia exige entonces que las autoridades obren con la mayor diligencia con miras a salvaguardar al máximo los derechos e intereses legítimos de unos y otros. Así, frente a la comunidad en general la administración debe respetar los principios de la función administrativa señalados en el artículo 209 de la Constitución (igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad). Y frente a los trabajadores surge una clara obligación de respeto a sus derechos fundamentales, particularmente en el marco de las relaciones laborales.

6.- Las plantas de personal no son estructuras pétreas por lo que pueden sufrir cambios más o menos profundos según la dimensión de la reforma que se plantea. Sin embargo, la Corte ha reconocido la necesidad de observar ciertos cánones con miras a reducir los traumatismos en aquellos eventos en los cuales sea necesario prescindir de trabajadores. Sobre el particular, en la sentencia C-209 de 1997 esta Corporación explicó:

*"En concordancia con lo anterior, la Corte ha señalado, en reiteradas ocasiones, que la estructura de la administración pública no es intangible sino que puede reformarse incluyendo una readecuación de la planta física y de personal de la misma. La reforma de las entidades y organismos sólo será procedente si, conforme a los mandatos constitucionales, se ajusta a las funciones asignadas a los poderes públicos y no vulnera los derechos fundamentales de los ciudadanos, en especial, los derechos laborales de los servidores públicos (C.P., arts. 53 y 58). (Sentencia C-074/93)."*⁴

En efecto, para que el Estado cumpla con su función se requiere que la administración pública esté en permanente movimiento, por las cambiantes necesidades del servicio, las transformaciones sociales y culturales, los avances tecnológicos, los cambios económicos; de allí la necesidad de implementar continuamente reformas institucionales, para atender nuevas exigencias que se surgen para la administración pública. Por ello el constituyente, previendo esta perenne necesidad de transformación, autorizó a diferentes autoridades públicas para realizar reformas institucionales en todos los niveles: a nivel nacional autorizó al Congreso para determinar la estructura de la administración y crear, fusionar o suprimir ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, así como para crear o autorizar la creación de empresas industriales del Estado y sociedades de economía mixta, y reglamentar la creación y funcionamiento de las corporaciones autónomas regionales (CP. art.150-7), y al presidente le compete crear, fusionar o suprimir los empleos que demande la administración central (CP. art.150-14), suprimir o fusionar organismos administrativos (CP. art.189-15) y modificar la estructura de esas entidades (CP. art.189-16). A nivel departamental, corresponde a las asambleas crear o suprimir municipios, segregar y agregar territorios municipales y organizar provincias (C.P. 300-6), determinar la estructura de la administración departamental, las funciones de sus dependencias, las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo, crear los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del departamento y autorizar las sociedades de economía mixta (300-7) y al gobernador crear, suprimir y fusionar los empleos de sus dependencias, (305-7) y suprimir o fusionar las entidades departamentales de acuerdo con las ordenanzas (305-8). En los municipios corresponde al concejo municipal determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; la creación, a iniciativa del alcalde, de establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales, y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta (313-6) y al alcalde, de conformidad con los acuerdos respectivos, suprimir o fusionar entidades y dependencias

⁴ Sentencia T-587 de 2008. Magistrado Ponente Humberto Sierra Porto.

177

municipales (315-4), crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias (315-7). En consecuencia, si bien puede el Estado emprender procesos de reestructuración para lograr que se cumplan los fines de la función pública y se garantice el interés general, estando facultado para alterar las plantas de personal, ello será el resultado de *"una actuación administrativa esencialmente reglada, como en efecto lo es el proceso de reestructuración administrativa, en donde la ley señala tanto la oportunidad como el procedimiento a seguir, la administración debe actuar dentro de un estricto marco legal (L. 443/98), pues su accionar está siempre determinado en una norma de derecho positivo y su desarrollo no puede estar al libre albedrío de la autoridad"*⁵

Es decir que, la actuación administrativa, al igual que los actos administrativos que se expidan en el contexto de un proceso de reestructuración administrativa son susceptibles del juicio de legalidad mediante el uso de los medios de control previstos en la ley, pues está sometida la autoridad pública al principio de legalidad, cuyo desconocimiento puede producir una vulneración a un derecho de un ciudadano, que no tiene el deber constitucional y legal de soportar. La causas o vicios que pueden afectar el acto son la infracción a las normas que sirven de fundamento, cuando han sido expedidos por funcionario u organismo incompetente, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió (Art. 137 C.P.A.C.A.). Cuando se realiza un juicio de legalidad contra un acto administrativo en esencia reglado, que contiene un elemento discrecional, como el que resulta de una supresión total de la planta de personal que incorpora o no incorpora de manera directa al funcionario público con derechos de carrera, debemos comprender que dicha discrecionalidad no es arbitrariedad sino una función o atribución que tiene que *"fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren ..."* (art. 95 Decreto 1227 de 2005).

Ahora bien, como toda discrecionalidad administrativa conjuga un elemento general o finalístico (bien común, interés general), una norma que atribuye o habilita a la administración para actuar y cierto margen de apreciación de la administración para adoptar la decisión particular y concreta⁶, entonces es a partir del estudio del caso particular y concreto que se puede establecer hasta donde llega la libertad de decisión, escogencia o selección de la medida por parte de la administración, pero nunca podría aceptarse que ellas sean arbitrarias o sin límites objetivos.⁷ Por ello, frente al caso de la reestructuración administrativa como medio para lograr intereses mayores, como la mejor prestación del servicio público por parte de la administración territorial, la discrecionalidad del nominador para seleccionar o excluir a un empleado público de carrera si bien no es reglada sí debe ser objetiva y las normas establecen que la decisión debe adoptarse con base en criterios objetivos, los cuales deben haber sido

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", radicación 050012331000200202308 01 (1014-12), 22 de agosto de 2013. Actor: Alberto Ángel Correa Villa. Demandado: Departamento de Antioquia.

⁶ MARÍN HERNÁNDEZ Hugo, Discrecionalidad Administrativa. Universidad Externado de Colombia, 2007. Pag. 176.

⁷ Ibídem, "La salvaguarda de esos intereses objetivos obliga a sus gestores a decidir, por imperativo constitucional, con acatamiento de los principios de objetividad e interdicción de la arbitrariedad –arts. 9.3 y 103.1 CE y 209 CP-. Ello implica que la elección entre las diferentes alternativas que la discrecionalidad comporta debe realizarse atendiendo a criterios objetivos, fijados en sede aplicativa por autoridad administrativa en cuanto no previstos por la norma.", p. 1889

1772

determinados a través de una metodología, evaluación y cumplimiento de los requisitos mínimos en la elaboración del estudio técnico. (Artículo 97 Decreto 1227 de 2005).

En el presente caso se debate la legalidad de la actuación administrativa que condujo a la reforma de la planta de personal de una administración municipal, de modo que debe tenerse en cuenta que la Constitución Política en su artículo 313, respecto de las atribuciones de los Concejos Municipales prevé:

Art. 313. *Corresponde a los concejos:*

*(...) 6. **Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias;** las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta.*

Art. 315. *Son atribuciones del Alcalde:*

*(...)7. **Crear, suprimir, fusionar los empleos de sus dependencias,** señalarle funciones especiales y fijar sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes...*

(Negrillas fuera de texto.)

Por su parte, la Ley 136 de 1994 modificada por la Ley 1551 de 2012, señala:

ARTÍCULO 32. ATRIBUCIONES. *Además de las funciones que se le señalan en la Constitución y la ley, son atribuciones de los concejos las siguientes.*

*(...) **PARÁGRAFO 2o.** Aquellas funciones normativas del municipio para las cuales no se haya señalado si la competencia corresponde a los alcaldes o los concejos, se entenderá asignada a estas corporaciones, siempre y cuando no contraríe la Constitución y la Ley.*

(...)

ARTÍCULO 91. FUNCIONES. *Los alcaldes ejercerán las funciones que les asigna la Constitución, la ley, las ordenanzas, los acuerdos y las que le fueren delegadas por el Presidente de la República o gobernador respectivo.*

Además de las funciones anteriores, los alcaldes tendrán las siguientes: (...)

D) En relación con la Administración Municipal: (...)

*4. **Crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias, señalarles funciones especiales y fijarles sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes. No podrá crear obligaciones que excedan el monto global fijado para gastos de personal en el presupuesto inicialmente aprobado.***

La Corte Constitucional ha sostenido que la supresión de cargos es una competencia legítima del legislador para buscar los principios de eficiencia, economía y eficiencia de la administración pública. Ha sostenido:

"Al tenor de lo dispuesto en los artículos 150-7 y 189-14, 15 y 16 de la Carta, es legítimo que el Legislador decida suprimir cargos de la administración pública, siempre y cuando con ello busque desarrollar motivos de interés general que se

1223

concretan en la eficiencia, moralidad, eficacia y máxima optimización del servicio público. De ahí pues que, tal y como lo ha sostenido esta Corporación en varias oportunidades⁸, los derechos subjetivos de los empleados al servicio del Estado no pueden oponerse al interés general que conlleva una reestructuración en aras de la eficiencia del servicio público. Por consiguiente, los derechos particulares "no impide (n) que la Administración por razones de interés general ligadas a la propia eficacia y eficiencia de la función pública, pueda suprimir determinados cargos, por cuanto ello puede ser necesario para que el Estado cumpla sus cometidos. Por consiguiente, cuando existan motivos de interés general que justifiquen la supresión de cargos en una entidad pública, es legítimo que el Estado lo haga, sin que pueda oponérsele los derechos de carrera de los funcionarios ya que éstos deben ceder ante el interés general."⁹. En consecuencia, en principio, es constitucionalmente válido que el Legislador decida suprimir cargos en la administración pública."

Así las cosas, la supresión de empleos constituye una causa legal de retiro del servicio de los empleados del sector público, justificada en la necesidad de adecuar las plantas de personal de las entidades públicas a los requerimientos del servicio para hacer más ágil, eficaz y eficiente la función que deben cumplir. No obstante, la competencia para el retiro de empleos de carrera es reglada, obedecerá a las causales establecidas en la Constitución Política y en la ley y siempre debe ser motivada (Ley 909 de 2004 art. 41 parágrafo 2º).

Ahora, el artículo 46 de la Ley 909 de 2004¹⁰ modificado por el artículo 228 del Decreto 019 de 2012, vigente a la fecha en que se efectuó el proceso de reestructuración en el Municipio de Macanal, reguló la reforma de las plantas de personal en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 46. Reformas de plantas de personal. *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. Toda modificación a las plantas de personal de los organismos y entidades de las ramas ejecutivas del poder público del orden nacional, deberá ser aprobada por el Departamento Administrativo de la Función Pública".*

El Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la mencionada ley, reitera las exigencias contempladas en la norma transcrita, así:

"Artículo 95. *Las reformas de las plantas 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.*

⁸ Al respecto, pueden consultarse las sentencias C-524 de 1994, C-522 de 1994, C-613 de 1994, C-095 de 1996, T-850 de 1999 y C-370 de 1999.

⁹ Sentencia C-527 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero

¹⁰ "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones", Diario oficial No. 45.680 de septiembre 23 de 2004.

1774

El artículo 96 de la misma norma indica cuándo la modificación de una planta de personal se funda en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración., al efecto expresa:

"Se entiende que la modificación de una planta de empleos está fundada en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración, cuando las conclusiones del estudio técnico de la misma deriven en la creación o supresión de empleos con ocasión, entre otras causas, de (...)"

Ahora bien, el artículo 97 de la misma norma dispuso:

"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."

De los artículos transcritos se deduce que para la modificación de cualquier planta de personal se debe contar con los estudios técnicos que justifiquen dicha reestructuración, pero además de su confección dichos estudios tienen que estar basados en metodologías de diseño organizacional y ocupacional que contemplen por lo menos los aspectos consagrados en los artículos 95 a 97 del Decreto 1227 de 2005. Al igual se concluye que los actos mediante los cuales se reformen plantas de personal, con supresión de empleos, deberán reunir las siguientes características:

- Ser motivados expresamente.
- Fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración.
- Basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren.

Ahora bien, una real supresión del cargo público sólo se produce cuando el empleo específico fue suprimido por un acto general, lo que sucede cuando la totalidad de cargos desaparece, o bien cuando en la nueva planta de personal no subsisten cargos con funciones iguales o equivalentes a los cuales pueda incorporarse el funcionario. Así lo ha indicado la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 6 de julio de 2006, con ponencia de la Consejera Doctora Ana Margarita Olaya Forero, siendo actor Omar Benito Páez Jaimes:

"Por ello la planta de personal de una entidad puede estipular cargos de igual denominación que no obstante serán diferentes empleos cuando el manual específico les asigne funciones, requisitos y/o responsabilidades distintas; y la supresión del empleo no ocurrirá cuando subsistan en la planta de la entidad igual o superior número de cargos de la misma o distinta denominación, cuando las funciones asignadas, los requisitos y la responsabilidad inherente a dichas

1725

funciones sea idéntica. Por el contrario, si el número de cargos se reduce en las mismas condiciones, habrá ocurrido una real supresión de empleos.”.

El Decreto 760 de 2005¹¹ establece el procedimiento que ha de seguir la administración cuando suprime cargos de carrera administrativa, evento en el cual el Jefe de la Unidad de Personal, o su equivalente, deberá comunicar la circunstancia a quien ejercía como titular del cargo suprimido, informándole del derecho a optar por indemnización o por tratamiento preferencial para ser incorporado a un empleo equivalente.

Tipos de incorporación

No obstante facultar el legislador a la administración para la supresión de empleos públicos, constituyendo esta una causal de separación del servicio público que se justifica en la medida que las plantas de personal estatales deben ser adecuadas a nuevos requerimientos para hacer más ágil, eficaz y eficiente la función que deben cumplir, la misma ley prevé mecanismos que responden a la tensión que se genera entre esta atribución y los derechos de los empleados de carrera. El artículo 44 de la Ley 909 de 2004 reglamentado por el Decreto 1227 de 2005 estableció el derecho de opción a favor de los empleados de carrera que haya sido objeto del retiro del cargo para que se le indemnice o para que sea incorporado o reincorporado. Se pueden identificar en la norma varios tipos de incorporación:

(i) Directa. Se produce a partir de tres actos: el primero es de contenido general y abstracto pues modifica la estructura del ente público; el segundo elimina la planta de personal y crea otra nueva; el tercero, de contenido particular y concreto indica los cargos suprimidos (artículo 88 del Decreto 1227 de 2005, inciso 1 artículo 28 Decreto 760 de 2005). Con el último de dichos actos se identifican de manera concreta los servidores que son retirados y los que continúan en los cargos que subsisten en la planta de personal¹². En lo que se refiere a las peculiaridades de este tipo de incorporación, el Consejo de Estado ha dicho: *“...procede para quienes no se les ha suprimido el empleo y por ello la vinculación se hace en el mismo empleo o a quienes los titulares de los empleos que sin cambiar de funciones quedan en la nueva planta variando solamente su denominación y grado de remuneración, pues la ley presume de derecho que el cargo no ha sido suprimido. En estos casos tales cargos no pueden tener requisitos superiores a los exigidos en el anterior y los empleados deben ser incorporados sin acreditar requisitos diferentes. En esta incorporación el empleado no hace uso de la opción de solicitar la incorporación en cargo equivalente; sino que la incorporación es oficiosa y el derecho a continuar en planta deviene únicamente de que el cargo no haya sido suprimido ni expresa ni simuladamente. Igualmente ocurre cuando existe una supresión parcial o una reducción de una misma clase de empleo, solo que en este caso la administración deberá escoger quien debe continuar debido a la imposibilidad material de incorporar a todos. Hasta esta etapa, la decisión de la administración es discrecional, pero siempre enmarcada en la finalidad del buen servicio que debe guiar todas las actuaciones administrativas.”*¹³ (subrayado fuera de texto).

¹¹ Por el cual se establece el procedimiento que debe surtir ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones.

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda-Subsección A, radicado 0395-06 del 23 de agosto de 2007. MP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹³ ibidem

1776

(ii). Reincorporación. (Inciso del artículo 97 y artículos 90 a 92 del Decreto 1227 de 2005, inciso 2° y artículo 28-1 del Decreto 760 de 2005). Presume la existencia del acto particular y concreto de retiro del cargo porque no se cumplieron las condiciones para la incorporación directa. El servidor público conserva los derechos de carrera, de donde se deriva el de opción a ser indemnizado o a ser incorporado a empleos equivalentes que estén vacantes o que se creen en las plantas de personal. Frente a las particularidades de este tipo de incorporación se ha dicho: *"Esta incorporación, como ya se insinuó, se expide a solicitud del interesado, con posterioridad a la supresión de los cargos y retiro de los empleados y procede siempre que se acrediten los requisitos mínimos para el desempeño del respectivo empleo; y en consecuencia esta decisión se considera reglada. Aquí se entiende que el nominador debe analizar la equivalencia de los cargos como una equivalencia de funciones y responsabilidades."*¹⁴ (Subrayado fuera de texto).

Actos administrativos de desvinculación o incorporación

Conforme a las premisas señaladas, toda reforma de plantas de personal que conduzca a la desvinculación del servicio implica la expedición de actos generales, igualmente podrán existir actos que se refieran de manera especial al cargo que ocupa el empleado, para incorporarlo o retirarlo de la nueva planta, pero en todos los casos debe concretarse la decisión administrativa que afecta la situación particular del servidor público bajo la forma de dichos actos. Se trata entonces de identificar el acto que pone fin a la relación laboral como objeto del control de legalidad¹⁵, si bien también puede recaer éste sobre la actuación administrativa que antecede a la expedición de dichos actos.

Nos ocuparemos ahora de las situaciones que pueden presentarse frente a la expedición de los actos administrativos en el contexto de una reestructuración de plantas de personal estatales. Puede acontecer:

1. Que la reestructuración haya suprimido de manera definitiva los cargos de la planta. En este caso, el nominador no hace ninguna incorporación automática o distribución de cargos, sin embargo al trabajador le queda el derecho de opción a la misma entidad o a otra dentro del plazo legal, o la indemnización. Las características de los actos de desvinculación en este evento son: (i) existe un acto general de la autoridad competente (congreso, asamblea o concejo), que decide la reestructuración o supresión total de los cargos de planta. (ii) el acto de desvinculación puede estar contenido en el mismo acto general de supresión, siendo esta la forma tras la cual aparece la decisión administrativa particular y concreta de suprimir el cargo. Esto sucede siempre que la supresión es total y el acto general cumple requisitos mínimos de determinación del cargo, como el área, denominación, grado, entre otros. Este acto administrativo tiene una naturaleza mixta porque contiene una norma general y abstracta pero al mismo

¹⁴ ibídem

¹⁵ Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 1, sentencia del 18 de noviembre de 2009, Expediente: 15001 3133 014 2002 - 01514 -01. Magistrada Ponente Doctora Clara Elisa Cifuentes.

1777

tiempo contiene efectos particulares y concretos¹⁶. Nótese que el hecho de que todo acto administrativo como manifestación de voluntad de la administración deba adquirir alguna forma, no significa que ésta deba ser única, toda vez que en el derecho administrativo, a diferencia de lo que sucede en el derecho privado, no existen las distinciones entre formas "*ad solemnitatem y ad probationem*", para la existencia y validez de los actos jurídicos. (iii) en este caso el nominador debe expedir el acto particular, el cual es de simple ejecución, no obstante el control judicial debe recaer sobre el que "puso fin a la relación laboral", es decir, el general.

2.- Que se reestructure totalmente la planta y se cree de una nueva. Se requiere aquí un acto general de reestructuración de la planta de personal, un acto general de creación de la nueva planta de personal y la decisión particular del retiro. El Consejo de Estado, en vigencia del Decreto 01 de 1984¹⁷ manifestó sobre los criterios a tener en cuenta para determinar el acto objeto de control de legalidad en este evento:

"...

1.-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 la administración, o de ejecución.

*2.-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 se hace demandable; esto sin olvidar que el acto general de supresión de cargo debe ser enjuiciado en forma parcial o mediante la excepción de inaplicación del acto, por inconstitucionalidad o ilegalidad.*¹⁸

3.-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 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.

La determinación del acto administrativo a demandar en el caso de las reestructuraciones, no ha sido una cuestión pacífica en la jurisprudencia, sin embargo, se han establecido dos premisas metodológicas firmes: primero, se debe distinguir si los cargos van dirigidos contra los actos administrativos que se emiten en el contexto del proceso de reestructuración, o bien contra la actuación administrativa que antecede a su expedición, por ejemplo la adelantada para elaborar el estudio técnico o justificación de la reestructuración; segundo, es necesario comprender el proceso concreto de supresión de cargos en cada entidad con sus características particulares.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Primera, expediente 5373 del 6 de abril de 2000. MP. Inés Navarrete Barrero. Sección Primera, expediente 2004-0020-01 del 3 de julio de 2008. MP: Rafael E Ostau De Lafont Planeta. Sentencias de 26 de marzo de 1996 (Expediente núm. 3575, Consejero ponente doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz); 12 de agosto de 1999 (Expediente núm. 5500, Consejero ponente doctor Juan Alberto Polo Figueroa) y 28 de octubre de 1999 (Expediente núm. 3443, Consejero ponente doctor Juan Alberto Polo Figueroa),

¹⁷ Sentencia de 18 de febrero de 2010, Sección Segunda, Subsección "A", Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Bogotá, D.C., Radicación número: 25000-23-25-000-2001-10589-01(1712-08)

¹⁸ El Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 1, sentencia del 25 de noviembre de 2009, Expediente: 15001 3133 008 2002 - 01621 -01. Magistrada Ponente, Clara Elisa Cifuentes ha condicionado el control directo contra la comunicación del Jefe de Personal, como acto que contiene la decisión de desvinculación, a que el demandante demuestre que éste fue anterior al acto de incorporación.

1728

Se concluye que es preciso acudir a una metodología para afrontar la cuestión del estudio de la nulidad del acto de retiro del servicio público con base en la reestructuración administrativa. Habría que examinar:

(i).- Si se ha presentado una supresión definitiva del cargo o la entidad o bien una reestructuración que al crear una nueva planta suprimió de manera definitiva el cargo, con el fin de determinar cuál era la actuación administrativa que debía surtirse en el caso concreto.

(ii).-El tipo de incorporación para determinar los derechos que se pueden ejercer y las reglas y criterios sobre los cuales debe realizarse el juicio de legalidad del acto administrativo.

iii).-Si existió una real supresión del cargo o simplemente cambió de denominación y funciones¹⁹. En este caso la incorporación es oficiosa, pues le asiste derecho al empleado a continuar en el empleo ya que el cargo no se suprimió, bien porque mantuvo la misma denominación, función y responsabilidad o porque en la nueva planta existe otro equivalente, es decir, la supresión no fue efectiva.

(iv).-Para conformar la nueva planta de personal puede suceder que la administración deba escoger de manera discrecional y a través de un acto particular y concreto quién debe continuar en la planta de personal debido a la imposibilidad material de mantener a todos los servidores en sus cargos. El primer criterio para esta escogencia está determinado por los límites constitucionales y legales mínimos (carrera administrativa-Ley 443/98, retén legal de fueros sindicales- Art. 406 CST-, retén social prepensionados -Ley 790/02, madres, padres cabeza de familia y trabajadores discapacitados-Ley 790/02, mujeres embarazadas-Art. 43 CP y Art. 94 del Decreto 1227 de 2005). Y si a pesar de lo anterior, subsisten cargos, la administración deberá ceñirse a los criterios objetivos de adecuación y razonabilidad de las decisiones discrecionales. (Art. 44 C.C.A.²⁰), que para el caso del proceso de supresión de cargos existe norma habilitante y condicional para la toma de decisión sobre la selección o exclusión del cargo. Hasta aquí tenemos tres actos, dos generales, el que establece la nueva estructura de la entidad, y el que suprime la planta de cargos de la entidad y crea otra nueva, y uno particular y concreto que selecciona o excluye a quienes van a desempeñar las funciones en la nueva planta.

(v).-El acto de selección o exclusión goza de la presunción de legalidad y buen servicio, es decir, se entiende que si se nombró a otra persona distinta al servidor de carrera que le fue suprimido el cargo, es por razones del buen servicio (artículo 96 Decreto 1227 de 2005), porque el cargo fue suprimido de manera efectiva, porque en la nueva planta no

¹⁹ Al respecto el artículo 88 del Decreto 1227 de 2005 estipuló: Cuando se reforme total o parcialmente la planta de empleos de una entidad y los cargos de carrera de la nueva planta sean iguales o se distingan de los que conformaban la planta anterior solamente en su denominación, los titulares con derechos de carrera de los anteriores empleos deberán ser incorporados en la situación en que venían, por considerarse que no hubo supresión efectiva de estos, sin que se les exija requisitos superiores para su desempeño."

²⁰ Artículo 44. Ley 1437 de 2011. Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

OK

existe otro cargo equivalente, en cuanto a la responsabilidad y funciones al mismo que ocupaba el afectado, y porque no cumple con los requisitos mínimos del nuevo cargo (artículo 44 Ley 909 de 2004). En este caso pueden ocurrir varias situaciones que deben demostrarse: a) El cargo se mantuvo en la planta; b) El cargo se suprimió pero se creó otro equivalente; c) Este cargo equivalente tiene similares funciones y responsabilidades al cargo que ocupaba anteriormente; d) Se cumplen los requisitos para el desempeño del nuevo cargo equivalente.

(vi). En cuanto a los cargos contra dichos actos, típicamente se propone el desvío de poder contra el acto de selección automática o directa, ya que el derecho a seguir en la planta sólo lo ostentan los titulares de los cargos no suprimidos (incluidos los titulares de cargos distintos pero que conservan las mismas funciones y responsabilidades), por lo tanto, la administración al nombrar a otro en dicho cargo utilizó su discrecionalidad para fines no permitidos o no realizando una supresión "efectiva" (artículo 88 del Decreto 1227 de 2005). La falsa o falta de motivación también puede ser una imputación al acto particular cuando los actos previos de la reestructuración, que es reglada, no le sirven de fundamento suficiente para adoptar una decisión objetiva que respete los derechos de carrera de los funcionarios excluidos o no seleccionados o seleccionados de manera inadecuada, etc²¹.

(vii). Cuando hay solicitud expresa de reincorporación, hay derecho a ella cuando durante los seis meses siguientes existen empleos de carrera equivalentes vacantes o se creen en las plantas de personal. Si no, se tiene derecho a la indemnización. Es decir, al acto de reincorporación cuando el servidor público ha ejercido el derecho de opción es un acto reglado porque: a) se requiere solicitud expresa, b) la supresión del cargo, c) el retiro del empleado, d) procede siempre que el peticionario acredite el cumplimiento de los requisitos mínimos para el desempeño del nuevo cargo.

Por consiguiente, los actos que deben estar acreditados dentro del proceso en el caso de la incorporación automática y en la incorporación discrecional serían los actos generales y el particular, y en el caso de la incorporación por solicitud o reglada el acto expreso que negó la reincorporación y le liquidó la indemnización o un acto presunto negativo que al cabo de seis meses no dio respuesta a la petición, junto con los actos generales de supresión de la planta y el de creación de la nueva planta donde conste el cargo equivalente al cual aspira. Frente a dichos actos se ejercerá el control de legalidad, mediante el uso de los medios de control, que en esencia son un juicio de legalidad contra un hecho, operación o acto de la administración que ha vulnerado el deber de legalidad y con ello ha producido una vulneración a un derecho a un ciudadano que no tiene el deber constitucional y legal de soportar. La causas o vicios que pueden afectar el acto son la infracción a las normas que sirven de fundamento, cuando han sido expedidos por funcionarios u organismo incompetente, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió (Art. 137 C.P.A.C.A.). Si bien la competencia para el retiro de empleados de carrera es reglada (parágrafo artículo 44 de la Ley 909 de 2004) el juicio de

²¹ Ver Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 15797 del 25 de febrero de 2009. MP. Myriam Guerrero de Escobar.

08/11

legalidad contra los actos emitidos en un proceso de reestructuración de entidades públicas puede recaer en actos discrecionales, como el que resulta de una supresión total de la planta de personal que incorpora o no incorpora de manera directa al funcionario público con derechos de carrera. Es necesario establecer que dicha discrecionalidad no es arbitrariedad sino una función o atribución que tiene que estar *"fundada en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración, cuando las conclusiones del estudio técnico de la misma deriven en la creación, supresión o reclasificación de empleos..."* (Artículo 95 Decreto 1227 de 2005). Como toda discrecionalidad administrativa conjuga un elemento general o finalístico (bien común, interés público), una norma que atribuye o habilita a la administración para actuar y cierto margen de apreciación de la administración para adoptar la decisión particular y concreta²².

Entonces es a partir del estudio del caso particular y concreto que se puede establecer hasta donde llega la libertad de decisión, escogencia o selección de la medida por parte de la administración, pero nunca podrá aceptarse que sea arbitraria o sin límites objetivos.²³ Por ello, frente al caso de la reestructuración administrativa como medio para lograr intereses mayores, como la mejor prestación del servicio público por parte de la administración territorial, la discrecionalidad del nominador para seleccionar o excluir a un empleado público de carrera siempre debe obedecer a criterios objetivos, los cuales deben haber sido determinados a través de una metodología, evaluación y cumplimiento de los requisitos mínimos en la elaboración de un estudio técnico o justificación. (Artículo 95 Decreto 1227 de 2005).

6.- SOLUCIÓN DEL CASO

6.1.- Precisiones del Caso

La demanda fue dirigida contra el Decreto No. 048 y contra la comunicación oficio 200-02-500-2012, sin embargo esta última pretensión fue excluida del debate en la audiencia inicial por ser un acto de trámite, no pasible de control judicial, siendo el acto que definió la situación particular del demandante el mencionado Decreto No. 048 del 30 de agosto de 2012, además porque los cargos van dirigidos en esencia a atacar la actuación anterior a la expedición de éste acto, en concreto el estudio técnico sustento del mismo, razón por la cual el control judicial debe ir dirigido contra el mencionado decreto, mediante el cual se suprime de manera particular el cargo de la demandante.

6.2.-cargos contra los actos demandados.

I.- *El cargo del demandante fue suprimido sin haber verificado, estudiado y analizado las cargas de trabajo de quienes integraban la planta de personal, conforme lo dispone la guía de modernización de entidades públicas.*

²² Marín Hernández, op cit. p. 176

²³ Ibidem, "La salvaguardia de esos intereses objetivos obliga a sus gestores a decidir, por imperativo constitucional, con acatamiento de los principios de objetividad e interdicción de la arbitrariedad –arts. 9.3 y 103.1 CE y 209 CP-. Ello implica que la elección entre las diferentes alternativas que la discrecionalidad comporta debe realizarse atendiendo a criterios objetivos, fijados en sede aplicativa por autoridad administrativa en cuanto no previstos por la norma." , p. 188

1781

Frente a este cargo dirá el Despacho lo siguiente:

La supresión de empleos constituye una causa legal de retiro del servicio de los empleados del sector público²⁴, que puede presentarse en diversos contextos, como la fusión o liquidación de entidades públicas, la reestructuración de las mismas, la modificación de las plantas de personal, la reclasificación de los empleos, por políticas de modernización del Estado para que la prestación del servicio público sea más eficaz, para controlar el gasto público, entre otros. No obstante, estos procesos deben dirigirse exclusivamente a optimizar la eficiencia y calidad e idoneidad del servicio público, basarse en criterios de razonabilidad, proporcionalidad y prevalencia del interés general (parágrafo art. 96 Decreto 1227 de 2005) y al mismo tiempo, no pueden desligarse de la protección de los derechos de los trabajadores, porque un proceso de reestructuración administrativa: " (...) *es conducente si en él se protegen los derechos de los trabajadores y si las actuaciones no exceden los límites legalmente establecidos para realizarlo; esto significa, que el retiro de su personal debe ir acompañado de las garantías necesarias para que el trabajador no quede desprotegido en sus derechos y el proceso en sí no se convierta en un elemento generador de injusticia social.*"²⁵.

La reestructuración o modificación de plantas de personal de la administración pública debe basarse en justificaciones o estudios técnicos de los cuales se concluya que son necesarias por razones del buen servicio o de modernización de la administración. Es indispensable en los estudios técnicos el uso de técnicas de análisis ocupacional, que examinen al interior de la estructura de la entidad pública los procesos técnico-misionales y de apoyo, la prestación de los servicios y las funciones, los perfiles y las cargas de trabajo de los empleos (artículo 97 Decreto 1227 de 2005).

La necesidad ineludible de realizar modificaciones a la estructura orgánica de una entidad pública para realizar de mejor manera los fines del estado, debe surgir de una justificación técnica, de forma tal que se demuestre que son razones del buen servicio la causa de la decisión de la administración. Sólo entonces, si intereses superiores motivan el actuar de la administración, es razonable, adecuado, proporcional y legítimo que se afecten los derechos de los servidores públicos cuyos cargos son suprimidos. Al respecto señaló el Consejo de Estado en la sentencia emitida en el proceso 2177-001 del 9 de junio de 2011 en la cual se estudió el proceso de reestructuración del Municipio de Neiva²⁶:

" (...) Conforme a lo anteriormente expuesto, se resalta que una de las formas más contundentes para demostrar que las razones que motivaron una supresión de un cargo no se fundaron en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración, sino en un interés ajeno a éstos colectivos, lo

²⁴ Al respecto ha señalado la Jurisprudencia que en nuestro ordenamiento: "(...) *Las causales de retiro del servicio se rigen por el principio de taxatividad o especificidad, es decir, que operan única y exclusivamente en los términos señalados en las normas de derecho positivo.*" Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, 13 de diciembre de 2007. Magistrada Ponente Dra. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ.

²⁵ Sentencia C-209 de 1997.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", 9 de junio de 2011, radicación 41001-23-31-000-2002-0053-01 (2177-001). Magistrado Ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Actor: Carlos Alberto Polanía Mejía. Accionado: Municipio de Neiva.

782

constituye el hecho de probar la inexistencia del estudio técnico exigido en la ley o la insuficiencia o limitación del mismo.

De esta manera, se concluye que los estudios técnicos se erigen como presupuesto, que compromete la legalidad del proceso de reestructuración administrativa, pues su inexistencia o incumplimiento de los requisitos legales genera, como consecuencia, la nulidad de los actos que con fundamento en dicho proceso se expidan, en tanto se configura una expedición irregular.

Por ende, si bien la estructura de la administración pública tiene un carácter instrumental frente a los fines que debe cumplir el Estado, siendo entonces razonable que de manera constante se evalúe el desempeño y funcionamiento de las entidades públicas para adecuarlas a dichos fines constitucionalmente consagrados, la administración debe acudir a criterios de razonabilidad y proporcionalidad y prevalencia del interés general en sus procesos de reforma. Para introducir estos criterios objetivos en el proceso, la ley ordena la utilización de técnicas de análisis organizacional y ocupacional, sin las cuales no es posible establecer si se requiere la reestructuración. Así sucedió con el proceso adelantado en el Departamento de Antioquia en el año 2001, estudiado por el Consejo de Estado en las sentencias del 17 de julio de 2008 expediente 2367-2007, y del 24 de julio de 2008 expediente 2382-2007:

"En cuanto a los estudios técnicos, el artículo 154 del Decreto 1572 del 1998 prevé que según la causa que origine la necesidad de fusionar, suprimir o crear cargos o dependencias, dentro de la estructura de la entidad, y sobre cuáles de ellos recaerán tales medidas, los estudios técnicos deben basarse en metodologías de diseño organizacional y ocupacional, e incluir por lo menos el análisis de alguno de los aspectos relacionados en la norma, es decir, que debe contener análisis de los procesos técnicos-misionales y de apoyo, evaluación de la prestación de los servicios, y/o evaluación de las funciones asignadas, perfiles y las cargas de trabajo de los empleos.

Sin embargo, en los documentos mencionados no se encuentra análisis alguno de los puntos establecidos por el artículo 154 del Decreto 1572 del 2000, pues de su contenido no se deducen las etapas que se surtieron según la justificación técnica, ya que, aunque bien se habla del diagnóstico de la situación actual, no se indica que aspectos se contemplaron en este punto, para llegar a la conclusión de la necesidad de supresión de cargos.

Se concluye entonces que la administración departamental no contaba con los respectivos estudios técnicos en los términos exigidos por la ley, situación que permite retirar del ordenamiento jurídico la decisión que afectó la situación laboral de la demandante.

Aunque ya no está vigente el citado artículo 154 del Decreto 1572 del 1998, la exigencia legal allí contenida se reproduce en esencia en el artículo 97 del Decreto 1227 de 2005 pero ahora no deben estudiarse sólo uno o varios de los aspectos allí señalados, dependiendo de la causa que origine la necesidad de fusionar, suprimir o crear cargos o dependencias dentro de la estructura de la entidad, sino que impone la norma estudiarlos todos.

Refiriéndose igualmente a dicho proceso de reestructuración administrativa, en Sentencia

1983

de unificación²⁷ la Sección Segunda del Consejo de Estado el 11 de marzo de 2010, con ponencia del Consejero Victor Hernando Alvarado Ardila, indicó que si bien la Administración puede suprimir cargos por motivos de eficacia y eficiencia de la función pública, sin que sea impedimento para ello los derechos de carrera, los servidores ostentan el derecho a ser incorporados en los cargos que se mantienen en la nueva planta, bajo determinadas condiciones, o a optar por una indemnización. En este contexto, la garantía de los derechos de los servidores separados del servicio público está representada en el agotamiento de un proceso previo a la decisión de supresión de cargos, ajustado a la legalidad, "detallado y riguroso"²⁸. Se dijo en esta sentencia que si bien estos procesos tienen un fundamento constitucional, pues persiguen el ajuste del aparato estatal para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado, estas decisiones solo pueden adoptarse en el contexto de razones objetivas, producto de justificaciones técnicas que expliquen con suficiencia y con el cumplimiento de ciertos requerimientos las razones por las cuales deben ceder los intereses particulares ante intereses superiores:

"Así las cosas, no podrá aceptarse que los documentos previamente reseñados, y que tienen por título "ESTUDIO TECNICO", efectuados en el formato elaborado por la Dirección Técnica, Administrativa y de Desarrollo Organizacional, (...), constituyen un verdadero estudio técnico, pues los mismos no incluyen, como mínimo, el análisis de los procesos técnicos misionales y de apoyo, una evaluación de las cargas laborales, una evaluación de las funciones asignadas a los empleados, una revisión de la estructura de la entidad, un estudio de la planta actual en la que se analicen los perfiles de los empleos, los cargos existentes y los que desaparecen y, como consecuencia de ello, la propuesta de la nueva planta de personal."

Igualmente, objeto de estudio por la Jurisprudencia del Consejo de Estado fue el proceso de reestructuración administrativa adelantado en el Instituto de Deportes y Recreación de Medellín en la sentencia 0343-2008 del 11 de marzo de 2010 de Sala Plena de la Sección Segunda,²⁹ y en las sentencias 1971-09 del 19 de agosto de 2010 y 0217-08 del 7 de octubre de 2010. Los actos administrativos enjuiciados en su legalidad en dicho proceso fueron la Resolución 017 de 23 de enero de 2001 suscrita por el Director del Instituto, acto general que reformaba la planta y las resoluciones que contemplaban las situaciones particulares de los servidores desvinculados. Los cargos en contra de dichos actos iban dirigidos a demostrar que si bien fue presentado a la Junta Directiva del INDER un estudio técnico para la aprobación de la modificación de la planta de personal, el Gerente de la entidad no se basó en las conclusiones de dicho documento para la expedición de la Resolución No. 017 de 23 de enero de 2001. Dijo el Consejo de Estado frente al estudio técnico base de dicho proceso que no cumplió con los requisitos legales, porque el mismo no podía sustentarse exclusivamente en la necesidad de racionalizar el gasto público, sin analizar los procesos técnicos, misionales y de apoyo; evaluar las funciones asignadas, perfiles y cargas de trabajo de los empleos, lo que dio lugar a anular los actos acusados, destacando el valor del estudio técnico como fundamento de la legalidad de la actuación administrativa:

²⁷ Radicación número: 05001-23-31-000-2002-01691-01(2595-07): "Por lo anterior, con el objeto de adoptar un criterio unificador, atendiendo a lo establecido en el artículo 14, parágrafo 1º, numeral 1º del Acuerdo 58 de 1999, por el cual se adopta el reglamento de la Corporación, y en aras de brindar mayor seguridad jurídica y certeza a las decisiones judiciales proferidas en esta instancia, la Sala procede a analizar de forma conjunta el asunto planteado."

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Magistrada Ponente Dra. Berta Lucía Ramírez de Páez.

1784

"Tratándose de supresión de empleos de carrera administrativa, las referidas disposiciones legales consagran como exigencia previa para ese particular proceso, la elaboración de un estudio técnico como sustento de la reforma a las plantas de personal. Se trata entonces de una formalidad, como presupuesto, que compromete la legalidad del proceso de reestructuración administrativa, pues su inobservancia genera, como consecuencia, la nulidad de los actos que le siguen, en tanto se configura una expedición irregular.³⁰"

Se pronunció la Jurisdicción Administrativa sobre la legalidad del Acuerdo No. 117 de 24 de septiembre de 2002, por medio del cual se suprimió un número de cargos existentes en la planta de personal de la Empresa Social del Estado Hospital San Vicente de Paúl de Caldas- Antioquia en las Sentencias 1189-2010 del 3 de febrero de 2011 consejero ponente Víctor Alvarado Ardila y 0093-2013 del 5 de diciembre de 2013 con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve. El problema jurídico que se planteó en dicha oportunidad el Consejo de Estado también se encaminó a establecer si el estudio técnico que precedió a la reforma de la planta de personal de dicha entidad se ajustó a las exigencias legales. Concluyó que el estudio desatendió la metodología prevista en el entonces aplicable artículo 154 del Decreto 1572 de 1998, pues se limitó a comparar la situación del mercado y la venta de servicios de la Empresa Social del Estado Hospital San Vicente de Paúl de Caldas- Antioquia, frente a las demás instituciones prestadoras de los servicios de salud en el sur del departamento concluyendo su inviabilidad financiera ante la aparente disminución en la venta de servicios frente al régimen contributivo, sin estudiar los procesos técnico- misionales de la entidad, realizar una evaluación de los servicios ofrecidos ni estudiar las funciones, perfiles y cargas de trabajo asignadas a los distintos empleos. No obstante concluyó el estudio que la institución hospitalaria contaba con *"muy pobres resultados en términos de eficiencia, con problemas en la calidad de los servicios de salud y con una limitada capacidad de respuesta a las necesidades y problemas de salud de la comunidad"*, proponiendo la supresión de 134 plazas sin analizar si en verdad existía duplicidad de funciones, elevado número de empleados frente a las tareas a desempeñar, o la razón por la cual las funciones de estos servidores de repente se tornaron innecesarias para la prestación de servicios por la institución. Destaca este pronunciamiento las contradicciones en las cuales incurre el estudio, pues aunque sostiene que en los últimos años su venta de servicios al régimen subsidiado ha presentado un comportamiento favorable, concluye que se debe reducir radicalmente el recurso humano que prestaba los servicios que generaban dicha situación, lo cual, por el contrario, sería un criterio para mantener en la planta dicho personal. Igualmente, propuso el estudio la contratación de agentes externos para la prestación de determinados servicios para reconocer luego que dicha solución seguía resultando costosa. Lo anterior, aunado a la implementación de tres reformas administrativas sucesivas en un breve plazo en la institución hospitalaria, llevó al Consejo de Estado a concluir:

"Lo expuesto deja en evidencia, la falta de rigor, análisis y profundidad en la elaboración del documento que la Empresa Social del Estado pretende aducir como estudio técnico, dada las distintas imprecisiones y contradicciones en que se incurre. Lo expuesto, a juicio

³⁰ Sentencia 1971-09 del 19 de agosto de 2010

58 ET

de la Sala impide que el estudio técnico antes analizado sirva de sustento para la reducción de la planta de personal de la entidad demandada, mediante la supresión de cargos, dado que el mismo no constituye una plena garantía a los derechos laborales de quienes se ven afectados con tal medida como lo ordena la ley.

En efecto, se precisó que el hecho de que en un lapso aproximado de 3 años la entidad demandada hubiera modificado su planta de personal en 3 ocasiones dejaba en evidencia, en primer lugar, la precariedad con que fueron elaborados los documentos que justificaron tales medidas y, en segundo lugar, la ineficacia de la supresión de cargos como solución a la crisis económica por la que atravesaba la Empresa Social del Estado Hospital San Vicente de Paúl de Caldas, Antioquia."

En la sentencia 1313 de 2011 con ponencia del Consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo estudió los actos administrativos emitidos dentro del proceso de reestructuración de la Empresa Social del Estado Hospital San Juan de Dios del Socorro. La reestructuración administrativa de dicha entidad hospitalaria pretendía dar cumplimiento a la Ley 508 de 1999 por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo para los años 1999-2002, norma en la cual se señaló que para optimizar su capacidad de gestión y garantizar su sostenibilidad a largo plazo las empresas sociales del estado debía proceder al reordenamiento institucional. Por ello, el Ministerio de Salud elaboró un modelo de análisis de la situación hospitalaria para el reordenamiento institucional que sirvió de base al estudio elaborado por la entidad demandada. Sin embargo, estimó el Consejo de Estado que el estudio no cumplía con las exigencias contenidas en el artículo 154 del Decreto 1572 de 1998, modificado por el artículo 9 del Decreto 2504 del mismo año, pues en realidad consistió en un análisis de los componentes de mercadeo y venta de servicios, operaciones productivas, gestión financiera y recursos humanos con miras a garantizar la sostenibilidad financiera del hospital en el futuro, pero no se basó en metodologías de diseño organizacional y ocupacional donde se observara el análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo, la evaluación de la prestación de los servicios, ni la evaluación de las funciones asignadas, perfiles y cargas de trabajo de los empleos. Si bien se identificaba en el estudio una de las causas del desequilibrio financiero de la entidad, la "sobredimensión en mano de obra", no se hizo análisis de esta causa a la luz de los aspectos señalados en el artículo 154 del Decreto 1572 de 1998. Aunque se planteaba reducir la planta de personal de 246 a 174 cargos, indicando que los suprimidos eran innecesarios por baja en la demanda de servicios y por descentralización de algunos puestos de salud, en definitiva sólo fueron eliminados dos cargos cuyas asignaciones anuales ascendían a \$27.494.100, de donde se puede inferir que no era el ajuste fiscal la causa de su supresión. En cuanto a la baja en la demanda de servicios se probó en el proceso que las funciones del demandante fueron reasignadas a otro funcionario que no era especialista en el área; lo que demostró la omisión del estudio técnico en la evaluación de las funciones asignadas, los perfiles y las cargas de trabajo de los empleos. Estas son las conclusiones del Consejo de Estado sobre este estudio técnico:

"Aunque el estudio menciona como una de las causas del desequilibrio financiero de la entidad la sobredimensión en mano de obra (fl. 268 cuaderno anexo), no alude de manera específica a los aspectos requeridos por la ley."

1786

Si bien en el estudio se consideró que para el año 1999 se suprimirían los cargos de los funcionarios que se fueran pensionando o retirando del hospital (fl. 308 cuaderno anexo) y se planteó ajustar la planta de personal de 246 a 174 cargos, suprimiendo 75 empleos que no eran requeridos en la empresa por baja en la demanda de servicios y por descentralización de algunos puestos de salud, lo cierto es que el plan de cargos y asignaciones de la Empresa Social del Estado Hospital San Juan de Dios del Socorro para la vigencia 1º de enero a 31 de diciembre de 2000 tan solo se modificó suprimiendo dos empleos: uno de médico especialista, ocupado por el actor, y uno de profesional universitario, cuyas asignaciones anuales ascendían a \$27.494.100 (fl. 308 cd. principal); por lo que resulta difícil sostener que con dicha medida se solucionaría la crisis financiera de la entidad.

Tampoco es posible afirmar que el cargo del actor debía ser suprimido por la baja demanda de servicios, por cuanto está demostrado que las funciones del Departamento de Salud Ocupacional por él desempeñadas fueron reasignadas al médico general Fernando Villareal Amaya (fl. 414 cuaderno anexo); circunstancia que reafirma la omisión de la entidad demandada en realizar un estudio técnico que contemplara la evaluación de las funciones asignadas, los perfiles y las cargas de trabajo de los empleos, puesto que el profesional que reemplazó al actor en el ejercicio de sus funciones ni siquiera era especialista en el área.

Adicionalmente, si la justificación general de la reestructuración administrativa y la supresión de empleos en el Hospital del Socorro estaba relacionada con la superación de una crisis financiera, no se entiende por qué mediante Resolución No. 0085 de 15 de febrero de 2000 el gerente dispuso reconocer al médico Fernando Villareal Amaya el 10% sobre su asignación básica mensual durante el tiempo que desempeñara las funciones de coordinación y supervisión del programa de salud ocupacional (fl. 413 cuaderno anexo).

Aun cuando la Subdirectora Administrativa del Hospital demandado informó que entre el 14 de diciembre de 1999 y el 29 de junio de 2001 se suprimieron en total 23 cargos, incluido el de médico especialista desempeñado por el actor (fls. 411 - 412 cd. anexo), lo cierto es que el estudio elaborado por la entidad no planteó una aplicación gradual del proceso de supresión, sino su efectivización con corte a 31 de diciembre de 1999 (fl. 334 cuaderno anexo). (...)"

Como hemos visto, la omisión en el uso de técnicas de análisis ocupacional que incluyan el estudio de los procesos adelantados por la entidad, la evaluación de los servicios que presta y de las funciones, perfiles y cargas de los empleos es una falencia sustancial que afecta la actuación administrativa que antecede a la reforma. Por el contrario, existirán cierto tipo de irregularidades que son sólo falencias formales del estudio. Mediante sentencia emitida en el proceso 0110-11 el día 22 de marzo de 2012³¹ se pronunció frente a este punto el Consejo de Estado al estudiar los actos emitidos en el proceso de reestructuración administrativa del Municipio de Chinacota. Los cargos incluían censuras contra el estudio técnico por no estar firmado por cada uno de los integrantes del grupo de trabajo que intervino para su elaboración, y no haberse discutido por los Concejales en primer debate conforme las Actas del Concejo Municipal. La sentencia establece diferencias entre falencias formales y sustanciales en los estudios técnicos para dilucidar que tipo de irregularidades constituyen causales que

³¹ Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", 22 de marzo de 2012, Radicación 54001-23-31-000-2002-01312-01 (0110-11), actora Martha Cecilia Villamizar Jaimes, accionado Municipio de Chinacota.

1787

vician la actuación previa a la reestructuración, pues los estudios técnicos son insumos preparatorios de la actuación administrativa que no tienen la connotación o entidad de un acto administrativo y por ello no se les puede exigir formalidades más allá de la ley. Asunto distinto, dijo el Consejo de Estado, son las falencias sustanciales de tales estudios originadas en la carencia de técnicas de análisis ocupacional, en la falta de demostración de la necesidad de la reestructuración por razones atinentes a la mejora del servicio o modernización de la Administración, de conformidad con las exigencias entonces consagradas en los artículos 149 y 154 del Decreto 1572 de 1998 modificado por el Decreto 2504 del mismo año, señalando que esta norma reglamentaria del artículo 41 de la Ley 443 de 1998 expresamente impuso a los estudios técnicos el uso de técnicas de análisis de diseño organizacional y ocupacional y estableció entre estos y la reestructuración administrativa *"una relación de causalidad entre lo determinante y lo determinado"*.

Por el contrario, si la justificación técnica de la reestructuración se basa en métodos de análisis organizacional y ocupacional y los mismos se ocupan de establecer y analizar los servicios que presta la entidad, los procesos que se realizan para la prestación de estos servicios, y en torno a ellos, las funciones, perfiles y cargos de quienes laboran en la entidad, ofrecen un fundamento objetivo para la supresión de cargos y dejan la decisión administrativa a salvo de la arbitrariedad que implicaría el uso de la facultad de ajustar la estructura estatal con criterios distintos al interés general.

En el proceso de reestructuración del Instituto de Desarrollo Urbano IDU, entidad que mediante Resolución No 006 del 27 de marzo de 2001 modificó la planta de personal, creando y suprimiendo cargos con fundamento en un estudio técnico y en razón a necesidades del servicio y modernización de la administración, indicó:

"Respecto a la afirmación que la reestructuración de la planta de personal obedeció a razones de ajuste fiscal que se desconocieron, obra en la contestación de la demanda a folio 277 del expediente, que la entidad demandada en el taller número 4 del estudio técnico que adelantó el IDU, en aras de proceder a la modificación de la planta de empleos públicos, denominado Diagnóstico Administrativo, diagnosticó diversos problemas relevantes de la situación externa entre otros, lo relacionado con la política fiscal. La Administración en dicha oportunidad tenía presente la Ley 617 de 2000 referente a la disminución del gasto público, la cual no sólo afectó al IDU sino a todas las entidades estatales, que debían ajustar los gastos de funcionamiento. Pero es de advertir que si bien fue un móvil de la reestructuración no fue el único, que incidió en la modernización y mejoramiento del servicio. Existieron estudios relacionados con la estructura orgánica y funcional que incidieron directamente en la estructura de planta de personal, lo cual conllevó a la supresión, transformación y creación de cargos."

En dicha reestructuración del IDU la administración suprimió 205 cargos, entre los cuales se encontraban todos los de auxiliar administrativo, como el del demandante, lo que hacía parte de una serie de medidas que modificaron la estructura organizacional, adecuaron la planta de personal a la misma, justificando además la utilización de la figura del outsourcing para atender funciones que no correspondían a la misión institucional, de donde se concluyó que en verdad eran razones radicadas en el buen servicio público las que guiaron a la administración para modificar la planta de personal de la entidad, guiadas por el ajuste fiscal impuesto por la Ley 617 de 2000, que se implementó haciendo un

8988

estudio de la forma como la entidad cumplía sus funciones y prestaba sus servicios, mediante el estudio de las cargas, perfiles y funciones de los cargos. Y es que si bien el ajuste fiscal de la Ley 617 de 2000 persigue, en última instancia, el cumplimiento del mandato constitucional de la descentralización, que persigue una mejor entrega de bienes y servicios a los ciudadanos, adecuada distribución de recursos y la maximización del principio de transparencia, posibilitando el control por los directos beneficiados, y estos fines que no se realizan sin salud presupuestal y control fiscal, pues sin ajustar los gastos muchos municipios y entidades no serían viables financieramente, estas finalidades no puede perseguirse por fuera de los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y primacía del interés general establecidos por el legislador como guías para el uso de la facultad de modificar la estructura estatal de que gozan ciertas autoridades.

Otra reestructuración administrativa que para la Jurisprudencia se ajusta a la legalidad es la realizada en el año 2001 en el Departamento de Boyacá. En sentencia del 10 de febrero de 2011 dijo el Consejo de Estado refiriéndose a la justificación técnica previa a dicho proceso:

"En esas condiciones, el estudio técnico aducido como soporte para la reestructuración en el Departamento de Boyacá, se ajusta a la normatividad que gobierna la materia, y de su contenido se concluye que la profesionalización, la "tercerización de servicios" y la racionalización del gasto, fueron los ejes de la modificación de la planta de personal del Departamento de Boyacá, en el marco del ajuste fiscal introducido por la Ley 617 de 2000, y que además contiene, por lo menos, alguno de los aspectos relacionados en el artículo 154 del Decreto 1572 de 1998 (Análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo)."

En conclusión, siendo la estructura estatal el medio para la realización de los fines del estado, es razonable la continua revisión, evaluación y ajuste de sus dependencias y organismos, para garantizar que se cumpla el mandato constitucional que establece el interés general como fin de la actividad estatal, interés general que por naturaleza es cambiante. Si en este proceso de reestructuración de las entidades públicas se produce la supresión de un cargo, separando del servicio público a quien lo ejercía, indudablemente se ocasiona un daño, que en principio puede catalogarse como legítimo en virtud de la facultad constitucional con que cuenta el Estado para establecer el número de sus funcionarios. Por ello esta potestad entra en tensión con los derechos de los servidores públicos, pues los derechos laborales hacen parte de su patrimonio y no pueden ser desconocidos por leyes posteriores (art. 58-1 constitucional) y siendo una de las finalidades del Estado Social de Derecho garantizar la vigencia de un orden social justo, las autoridades están obligadas a protegerlos (art. 2º). Entonces, el daño debe ser indemnizado, porque el trabajador, en virtud del principio de igualdad ante las cargas públicas (art. 13) no tiene la obligación de soportar íntegramente el daño que conlleva la adecuación del aparato estatal, que se produce para garantizar el interés general y entonces debe ser asumido por todos, *"el empleado protegido por la carrera tiene derecho a la reparación del daño causado, puesto que él es titular de unos derechos adquiridos de contenido económico que debió ceder por la prevalencia del interés general."*³².

³² Sentencia C-527/94 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

9849

Para corroborar si el estudio realizado en el Municipio de Macanal previo a la supresión del cargo del demandante cumple con las exigencias legales y jurisprudenciales a las cuales acaba de hacer alusión el Despacho, a solicitud de la parte demandante se hizo comparecer a un experto del Departamento Administrativo de la Función Pública-D.A.F.P., quien en cuanto a su trayectoria laboral y formación señaló que es empleado público del nivel asesor del D.A.F.P., que ingresó a esa entidad desde el año 1985, que ha desempeñado allí varios cargos como profesional, directivo y asesor, que en la actualidad es asesor en el desarrollo organizacional el DAFP. En el debate oral del peritazgo, en el cual de manera detallada el experto tuvo oportunidad de referirse al estudio técnico practicado en Macanal, al ser interrogado el perito por la razón y las conclusiones del dictamen del DAFP, así como lo que observó en relación con el documento que contiene dicho estudio, señaló:

"Debo decir que se entregó el documento a un profesional calificado en la materia de desarrollo organizacional, se suscribe el documento como respuesta a la firma autorizada que corresponde en este caso al Doctor Fernando Berrio Berrio, Director de Desarrollo Organizacional (...) El documento se revisa, primero el estudio técnico en general, ... es un documento que sigue la metodología establecida por el D.A.F.P. pero si quiero dejar claro que la guía o metodología establecida por nuestra institución no es de carácter obligatorio seguir paso a paso su procedimiento, puedo hacer, obviar algunos pasos o agregarlo otros pero en todo caso lo que se busca es que las instituciones públicas de todos los órdenes y niveles, y me refiero con ello a la rama ejecutiva del orden nacional y rama ejecutiva del orden territorial o sub nacional, departamentos y municipios, deben hacer un estudio técnico cuando pretendan modificar su planta de empleos de tal suerte que ese estudio evidencie objetivamente aquellas fórmulas que permiten decidir sobre el número de empleos o servidores públicos que pertenezcan o deban pertenecer a una planta de personal en cantidad y en calidad, eso es lo que se busca al elaborar un estudio técnico con los ocho pasos una guía que nosotros el DAFP tiene dispuesta para todas las entidades e instituciones del orden nacional y subnacional. En consecuencia se revisa el documento, si reúne esos parámetros, si no los reúne miramos que metodología utilizó y si esa metodología utilizada conduce a lo mismo para el departamento es igualmente importante. Tenemos varias metodologías, por ejemplo para el análisis de procesos, aquí se utiliza básicamente, en el estudio técnico se utilizó la metodología completa del DAFP (...)

A continuación el perito menciona que encontró algunas inconsistencias:

" Contestamos indicando que por ejemplo inconsistencias, que por ejemplo se observan en cargas de trabajo en el papel, aquí debo decir que para hacer un análisis pericial exacto, preciso y concreto y sin lugar a equivocación debemos contar con un instrumento de cargas de trabajo pero en medio magnético, porque, porque las cargas laborales que si bien están en el estudio técnico que hacemos referencia por el Municipio de Macanal para entrar a modificar su planta de personal e incluso la estructura administrativa del Municipio y

1790

que concluye con la supresión de unos cargos que de 34 pasa a 21 o 20 aquello está demostrado en el total de documento evidenciándose que era necesario prescindir de algún número de empleos (...). Que ocurre las cargas de trabajo si bien tienen algunas inconsistencias en números sólo podemos certificar que están mal o están bien en su totalidad si conocemos la fórmula que se utilizó o la utilizada en un Excel o un documento magnético, porque en el impreso no se evidencia que fórmula evidenciaron y cuales esos guarismos allí establecidos en el papel de donde salieron. Eso indica que, por ejemplo, señora juez, nosotros tenemos una fórmula que es tiempo estándar es igual a tiempo mínimo mas cuatro tiempos promedio mas un tiempo máximo y como es promedio dividido eso en seis y le sumo un siete por ciento. Esos datos tienen que estar incorporados de esa manera en el Excel y como no se percibe esa fórmula en el escrito no podemos certificar que la fórmula hubiera sido bien utilizada o no. Sin embargo están las cargas de trabajo, partiríamos de que está en el Excel bien, digamos, si se aceptara eso, tendríamos que explicar entonces que la sumatoria de esos casos cuando se le pregunta a un experto, porque la metodología de cargas de trabajo es mundialmente aceptada y se utiliza la entrevista con expertos, al cual le pregunto yo o se le debe preguntar a un experto por parte de quien está haciendo el estudio técnico, cuanto se demora el haciendo x o y actividad una vez tenga ese dato debe ser registrada en la columna correspondiente en el Excel o en el documento que se está trabajado. Debe dejarse eso y lo mismo se le pregunta cual es tiempo mínimo, cual es el máximo, se toma los dos extremos o el promedio que el entrevistado sugiera. Se aprecia eso, sumatorias de las columnas correspondientes en el Excel. Concluida esa labor se divide por 167, esa es una constante señora juez, una constante que proviene de del art 43 del (Decreto) 1042 del 78 que establece el horario de trabajo para todos los servidores públicos en Colombia. Prácticamente para la rama ejecutiva me estoy refiriendo. El art. 33 del 1042 del 78 establece que son 44 horas a la semana, entonces ese el método, sí encontramos algunas cifras que no corresponden, pero para saber si corresponden o no en todo el sentido de las cargas laborales debemos conocer el Excel y si lo tuvieran aquí podríamos mirarlo, no sé señora juez. No nos fue allegado el documento, llegó fue impreso, entonces por eso tenemos la duda en como ese guarismo salió de allí sobre dos o tres datos que hay distintos."

A continuación el Despacho interrogó a la apoderada de la entidad demandada, quien manifestó contar con la base de datos en Excel que contiene las cargas de trabajo y su medición, a la cual hacía alusión el perito, la cual fue incorporada al acervo probatorio por el Despacho en uso de la potestad establecida en el artículo 213 del C. P. A. C. A. Dijo entonces el perito frente a la inconsistencia detectada:

"Mi inquietud radicaba en que unas cifras aquí multiplicadas por el número uno, evidencio que daba un número distinto, en el Excel que tengo verifico porqué da ese número, lo cual me permite decir que está bien (...)"

1791

Es decir que el estudio cumplía con la medición de cargas de trabajo, que permitía establecer si se requería o no el número de empleos con el cual contaba MACANAL:

PERITO DAFP: *perdóneme, perdóneme doctora la cuestión de las cargas de trabajo. Las cargas de trabajo es un instrumento técnico que le permiten decidir a la administración que las haga o institución publico o privada en este caso publica, decir que hay una concentración de áreas que están sobrecargadas de trabajo y que en consecuencia yo puedo redistribuir mis personas, es decir yo tengo aquí 10 personas y en el otro lado 4 pero tal vez esa es buena distribución pero si allá los 4 están llevados porque tiene mucha carga de trabajo. Con cargas de trabajo, con ese instrumento puedo decir cuántos debo repartir para las otras áreas de la organización. Las cargas de trabajo no me dicen yo voy a sacar a Pedro Pérez o voy a entrar a Carlos, no me dicen eso, las cargas de trabajo me dicen es cuál es la planta total que debe tener, lo que le dicen la planta correcta, en otros estados le llaman el ..."ris sais"... la planta correcta, la que debe tener el municipio, la que debe tener la superintendencia, la que debe tener el ministerio, es la planta el número total: me dice por niveles este debe tener 50 o 100 cargos o 1000, esos son, la fiscalía debe tener 26.000 debe tener 26.000 (cargos), sale de cargas de trabajo. Pero específicamente un área no. Si yo voy a suprimir un área voy a suponer que voy a suprimir la dirección de, o la secretaria de desarrollo social, o la secretaria en un municipio de infraestructura, entonces en la secretaria de infraestructura yo no me voy por el tema de cargas de trabajo cuando me voy a suprimir eso, o cuando voy a suprimir una entidad, porque, porque si voy a suprimir una dependencia, para el ejemplo que estoy poniendo, de infraestructura, voy a suponer que ya tengo 7 a 10 trabajadores oficiales 10 los que sea, cualquier número y tengo un jefe que es empleado público de libre nombramiento y remoción y tengo 40 máquinas o 5 máquinas o una máquina, entonces yo por cargas de trabajo yo no le aplico allí, (...) esa dependencia se va por varias razones, entonces miro que está haciendo esa dependencia, cuál es su resultado, que le aporta al municipio comunidad o entidad y si no me da resultados entonces hago una relación costo eficiente, miro cuanto me valen a mí los 10 trabajadores a oficiales o el número que sea y toda la operación más la operación que exige la maquinaria entonces me vale 10.000 pesos, (...) entonces voy a tercerizar el servicio todo, acabo con eso, voy a tercerizarlo, demuestro cuanto me vale hacer un kilómetro de carretera dándole la maquinaria, con esto le pago tanto y a estos les pago tanto y tengo la carreta en tanto. Tomo la decisión es desde allí entonces yo no puedo por cargas de trabajo, puedo es desde allí cuantas personas requiero para la celaduría entonces me dice requiero cuatro pero si voy a tercerizar la celaduría voy contra los celadores y contrato la celaduría demostrando en el estudio técnico que es más fácil tercerizarlo porque tengo 24 horas de servicio y que si se me enferma un celador la empresa que me suministra los celadores me da cuatro siempre, mientras que si yo los tengo en mi haber entonces se me enferma uno y me quedan tres, esos son los cargos y los análisis que tiene que hacerse. Entonces maximizo mi gestión parduco mejores resultados tengo menos intensidad administrativa, porque*

1792

figurese a esos trabajadores yo no les voy a calcular las prestaciones y todo ese asunto entonces me libera a mí de unas cargas administrativas pesadas y de una gestión que me puede estar sirviendo para mejorar la prestación de otros servicios, entonces por cargas de trabajo yo no saco una dependencia va es cuando hago una relación costo eficiente (...)"

En consecuencia, conforme a lo demostrado mediante prueba pericial y el debate oral de la misma, debe decir el Despacho que el cargo no prospera.

II. *El cargo del demandante fue suprimido con abuso de poder, porque esta decisión no está soportada en un estudio técnico debidamente realizado conforme a la Guía de modernización de las entidades públicas de junio de 2012 expedida por el Departamento Administrativo de la Función Pública. No se tuvieron en cuenta los informes de gestión, de control interno, del sistema de gestión de calidad, aunque la guía lo ordena.*

Con respecto a este cargo debe decirse que en efecto, el Departamento Administrativo de la Función Pública creó una "Guía de Modernización de las entidades públicas" (folios 824 y siguientes cuaderno dos), mediante la cual se quiso auxiliar a los organismos y entidades de la administración pública en los procesos de modernización institucional, para ello se diseñó una metodología que permite hacer un diagnóstico de la organización para llegar a mejoras o reformas en uno o varios de los elementos básicos de la institución pública. Sin embargo, la misma Guía aclara cuales son los parámetros normativos obligatorios a tener en cuenta para implementar los procesos de modernización de los organismos y entidades de la administración pública del orden nacional y territorial: los principios que rigen la función administrativa al servicio del interés general, los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución Política: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. En cuanto a los parámetros legales está lo dispuesto en el artículo 228 del Decreto 019 de 2012, el artículo 96 del Decreto 1227 de 2005 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan. Igualmente la guía contiene criterios para la modificación de estatutos, estructura organizacional o planta de personal como son: i) la organización de los entes públicos atenderá las necesidades cambiantes de la función pública, haciendo uso de las innovaciones que ofrece la gerencia pública ii) la organización que se adopte se sujetará a la finalidad, objeto y funciones generales de la entidad previstas en leyes, decretos, ordenanzas y acuerdos, contribuyendo de manera eficaz al logro de los objetivos institucionales y al uso racional de los recursos, iii) las organizaciones deben propender por una comunicación directa entre el estado y el ciudadano, contando para ello con una estructura flexible, que facilite la toma de decisiones, iv) se debe evitar la duplicidad de funciones, v) hay lugar a suprimir o fusionar los empleos que no sea necesarios para la prestación de servicios y distribuir o suprimir sus funciones. Sin embargo la guía en si misma considerada no constituye un instrumento que deba ser seguido paso a paso, a pie juntillas en los procesos de modernización o reestructuración de entidades públicas, fue creada para facilitarlos pero no constituye una metodología cerrada y obligatoria para realizar procesos de ese tipo. Al respecto ofrece total claridad lo señalado por el perito del Departamento Administrativo de la Función

1793

Pública. Al ser interrogado en la audiencia de pruebas en el debate oral de la experticia practicada al estudio técnico de reestructuración del Municipio de Macanal manifestó:

" ... quiero dejar claro que la guía o metodología establecida por nuestra institución no es de carácter obligatorio seguir paso a paso su procedimiento, puedo hacer, obviar algunos pasos o agregar otros pero en todo caso lo que se busca es que las instituciones públicas en todos sus órdenes y niveles, y me refiero con ello a la Rama Ejecutiva del orden nacional y Rama Ejecutiva del orden territorial o subnacional departamentos y municipios deben hacer un estudio técnico cuando pretendan modificar su planta de empleos, de tal suerte que ese estudio evidencie objetivamente aquellas fórmulas que permiten decidir sobre el número de empleos o servidores públicos que pertenezcan o deban pertenecer a una planta de personal en cantidad y calidad, eso es lo que se busca al elaborar un estudio técnico con los ocho pasos una guía que nosotros el DAFP tiene dispuesta para todas las entidades e instituciones del orden nacional y subnacional. En consecuencia se revisa el documento si reúne estos parámetros, si no los reúne miramos que metodología utilizó y si esa metodología utilizada conduce a lo mismo para el departamento es igualmente importante (...)"

Basta lo anterior para establecer sin duda alguna que la Guía de Modernización de entidades públicas no es la única metodología admisible en estos procesos, como lo dejó en claro el experto que labora además en el mismo Departamento Administrativo de la Función Pública, que expidió dicho instrumento. En consecuencia no prospera el cargo.

III.- *No se podía contratar el estudio técnico, que debía ser realizado por personal de la misma entidad territorial, cargo fue sustentado de la siguiente manera: "Sólo hasta el 10 de enero de 2012, fecha en la cual entró en vigencia el artículo 228 del Decreto 019 de 2012 que modificó el artículo 46 de la ley 909 de 2004 se podía contratar la realización del estudio técnico con profesionales especializados en reformas públicas, a partir de la expedición de dicha norma deben ser realizados por las propias entidades bajo las directrices del Departamento Administrativo de la Función Pública y la Escuela Superior de Administración Pública, no podía legalmente el alcalde contratar a un consultor para hacer lo que por ley le corresponde a él. En efecto, mientras la Ley 909 de 2004 en su artículo 46 disponía que el estudio lo podía hacer: i) la entidad que hacía la reforma de la planta de personal ii) la Escuela Superior de Administración Pública, iii) firmas especializadas en la materia; con la reforma del Decreto 019 de 2012 en su artículo 228, el estudio técnico sólo lo pueden realizar las respectivas entidades. En consecuencia el estudio técnico es ilegal e ilícito, pues lo realizó una persona no autorizada por la ley, violando el derecho al debido proceso del demandante y el principio fundamental de legalidad. "*

Frente al cargo anterior debe decir el Despacho que el demandante da al artículo 228 del Decreto 019 de 2012 un alcance que difiere de los consignado en la norma, erigiendo a partir de su texto una prohibición que no está contenida en la misma,

relativa a un pretendido impedimento legal para que se contraten los estudios técnicos, como si toda entidad pública pudiera contar con experto en la materia. Al respecto es suficientemente claro lo expuesto por el perito del DAFP al ser interrogado en el debate oral del peritazgo sobre la forma concreta como se adelantó el proceso en Macanal:

APODERADO DEMANDANTE (...) Señor perito, de lo visto en el expediente y del estudio técnico que usted tuvo a su mano y tuvo oportunidad de analizar, evidenció que por parte del municipio de Macanal se hubiese conformado un equipo de trabajo para adelantar el estudio técnico de reestructuración al que nos estamos refiriendo?

*PERITO DAFP: Doctor, no se evidencia la conformación de un grupo de trabajo por parte del municipio de Macanal igual es pertinente, **puede hacerse**, no sé si eso ocurriría de manera verbal poner a una, dos o tres personas hacer ese documento o en ese entonces contratar ese documento, no se cual procedimiento sigue el municipio, no se dice, no hay una evidencia un acto administrativo que refleje la conformación de un grupo de trabajo. No sé el doctor se está refiriendo a un grupo de trabajo de los que establece la norma que permita hacer alguna actividad al interior de una organización?*

ABOGADO DEMANDANTE: Si efectivamente el grupo de trabajo es el que conforma la administración para que diseñe y ejecute el proceso de reestructuración a ese equipo conformado por funcionarios de esa administración a eso hace referencia la pregunta.

*PERITO DAFP: Entendido eso, hay varias formas, no aparece eso en el documento, pero hay varias formas de hacer un estudio técnico: organizo un grupo interno o de manera verbal, que nosotros sugerimos, incluso que sea el jefe de recursos o quien haga sus veces, planeación o quien haga sus veces y presupuesto, obviamente con los lineamientos y orientaciones de la cabeza visible representante legal. Pero no hay, no tengo en mis manos no he visto ese documento. **Lo otro es tercerizar ese servicio y poner de manifiesto que es lo que quiere la administración (...)***

Es decir que no sólo es un procedimiento perfectamente válido frente a la normatividad, que no contiene una prohibición en tal sentido, y aceptado por el DAFP que se contrate la realización de un estudio de reestructuración, de manera que el cargo no prospere.

IV.- *No había razón para suprimir cargos porque el Municipio contaba con suficientes recursos para mantener la planta anterior o bien para preservar los empleos de los vinculados en carrera administrativa. La GUIA PARA LA REESTRUCTURACIÓN DE ENTIDADES PÚBLICAS del DAFP dispone en su acápite cuatro que "se debe realizar un análisis financiero que dé cuenta objetiva de las condiciones que sobre este aspecto refleja la entidad actualmente; así mismo, revisar el comportamiento financiero del pasado inmediato (últimos 4 años) y elaborar proyecciones con variables representativas, que permitan una idea sobre la salud presupuestal o*

1795

financiera de la entidad u organismo público, siempre que se trate de entidades del sector descentralizado de la rama ejecutiva en el orden nacional y de entidades del orden territorial”, sin embargo, el profesional que realizó el estudio en el Municipio de MACANAL no hizo el estudio del comportamiento financiero de los últimos cuatro años, tampoco la proyección de las variables representativas del presupuesto municipal para evidenciar la salud fiscal del municipio. Continúa: “si no se hizo el análisis, la motivación que se hizo en los actos acusados es falsa y entonces deben ser declarados nulos dichos actos administrativos por falsa motivación. Fueron desconocidos los artículos 3, 6, 7 de la Ley 617 de 2000 porque en el estudio técnico no se realizó el análisis financiero del cual se pudiera observar en concreto el cumplimiento de estas normas, con el objeto de que se hubiese demostrado que no se superaban los límites de gastos de funcionamiento con respecto a los ingresos corrientes de libre destinación, también el artículo 77 de esta norma porque no se evidencia el cumplimiento de los límites de gastos de funcionamiento. (...)”. No obstante en la demanda también se afirma: “Si bien en el análisis financiero del Municipio se presenta una descripción de los ingresos y egresos de las tres vigencias anteriores y su comportamiento a la realización del estudio, y un comparativo de costos planta versus presupuesto, según la cual los gastos de funcionamiento sobrepasan los presupuestado para el año 2012 generándose un déficit de 254 millones (los costos de planta ascienden a 714 millones y los recursos presupuestados a 460 millones), y por ello se propone la disminución de la planta de personal, en los datos presentados ante el Departamento Administrativo de Planeación de la Gobernación de Boyacá no se demuestra déficit fiscal en los gastos de funcionamiento de la administración municipal.”

Se debe decir frente a este cargo, en primer lugar, que el estudio técnico si contiene un análisis financiero, que puede verse a partir de la página 67 del estudio (folios 640 y siguientes del expediente), cuyo objetivo fue “identificar la composición y evolución de las principales fuentes de ingresos y gastos de la entidad y determinar la sostenibilidad a largo plazo de las mismas. En el capítulo “Comparación de costos (planta Vs. Presupuesto 2012)” se hizo una comparación entre los costos inherentes a la planta de personal vigente en el Municipio de Macanal contra los rubros presupuestados para servicios personales y transferencias (página 83 estudio), concluyendo que los costos de planta, con los cargos existentes hasta entonces, sobrepasaban incluso lo presupuestado para la vigencia fiscal 2012. La justificación central del ajuste en los costos de personal es sustentada de la siguiente manera:

“ (...) como se puede observar en la tabla anterior, los costos inherentes a la planta de personal actual ascienden a más de \$714 millones de pesos, mientras que los recursos presupuestados para cubrir dichos gastos ascienden a poco más de \$460.000 millones de pesos, lo que representa un desfase que asciende a una suma superior de \$-254 millones de pesos. Por lo tanto se hace necesario ajustar a ese tope o menos los costos de la planta de personal propuesta.

En conclusión podemos afirmar que los costos relacionados con la actual planta de personal, representan una porción muy grande de los ingresos propios del Municipio, y por lo tanto, es necesario que el Municipio de Macanal disminuya estos gastos de la nómina ya que existen otro tipo de gastos de funcionamiento, todos los cuales deben ser suficientes para atender obligaciones corrientes, provisionar el pasivo

1796

prestacional y pensional; y financiar, al menos parcialmente, la inversión pública autónoma del Municipio.

Al disminuir el tamaño de la planta de personal, se disminuirán también los gastos de funcionamiento de la entidad, para evitar que el Municipio no superare como proporción de sus ingresos corrientes de libre destinación un límite máximo equivalente al 80% por este concepto de gastos de funcionamiento. De tal forma que el Municipio de Macanal, en las próximas vigencias fiscales pueda y siga cumpliendo con los topes establecidos para los gastos de funcionamiento de las entidades territoriales, en los términos establecidos por la Ley 617 de 2000. (...)"

Lo anterior es coherente con los objetivos planteados con la expedición de la Ley 617 de 2000, norma expedida con la finalidad de establecer la disciplina fiscal en las entidades territoriales que permitiera superar el déficit fiscal, romper con la dependencia de las transferencias del orden central y promover la generación de recursos propios, representando una transformación en las finanzas públicas territoriales. Es necesario recordar en este punto la Constitución de 1991 radicó en el Estado nuevas obligaciones sociales, acordes con la fórmula estado social de derecho. Según estudios económicos esto implicó que: "el gasto público agregado del Sector Público no Financiero –SPNF- en Colombia pasó de 9,0% del PIB durante la primera mitad del siglo XX al 33,0% del PIB durante los últimos años de la década de los 90"³³. En efecto, la Constitución Política de 1991 creó obligaciones a cargo del presupuesto central para con las regiones, mediante el situado fiscal y la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la nación conforme a los artículos 356 y 357 "así por ejemplo, por la vía de las transferencias, esos compromisos pasaron del 1,6% del PIB en 1987, a cerca del 5,0% del PIB al finalizar la década de los años 90 (Gaviria, 2001)."³⁴, y no son estas las únicas obligaciones de la nación con los territorios, los artículos 360 y 361 crearon otras categorías de recursos que deben ser transferidos a las regiones: los que surgen por regalías petrolíferas y los originados en los fondos de cofinanciación, creados con el fin de apoyar programas sociales y de inversión en las regiones. Surgió una alta carga fiscal para el nivel central y un déficit creciente, a lo cual respondió con continuas reformas tributarias en la década de los años 90, para mantener las obligaciones creadas por la nueva carta política, proveyendo de recursos al gobierno central. Lo anterior llevó a evaluar los efectos de la elevación del gasto público, frente a lo cual se ha dicho:

"Existe evidencia que el crecimiento del gasto público no se transformó en una mayor acumulación de acervo productivo, principalmente de capital humano e infraestructura física (Posada y Gómez, 2002). Incluso, otros trabajos plantean la hipótesis que el elevado nivel de gasto público propició una reducción de la tasa de crecimiento del PIB, antes que favorecer una aceleración de la misma, lo cual tuvo lugar en momentos en que los agentes económicos pudieron haber percibido que los niveles de gasto eran

³³ En "Ensayos sobre la economía regional" del Banco de la República, junio de 2005. Centro Regional de Estudios Económicos CREE de Medellín. "La Ley 617 y su impacto fiscal territorial" por Gonzalo Restrepo Quintero y Daphne Álvarez Villa. Junio, 2005, citando a Posada y Gómez, 2002.

³⁴ Ibidem.

1797

insostenibles, especialmente durante los años 1998 y 1999, (Posada y Escobar, 2003).

En particular, el alto endeudamiento que implica la desproporcionalidad del gasto hace que los recursos de financiamiento internos sean escasos y esto tienda a expulsar la inversión privada. Esto es un factor desfavorable al crecimiento económico, dado el caso en que estos mismos recursos pudieran financiar inversión privada más productiva que la inversión pública (que en muchos casos no es inversión, sino pago de deuda).³⁵

En conclusión la descentralización fiscal a favor de las regiones en Colombia que comenzó con la Ley 14 de 1983, continuó con la Ley 12 de 1986 y se profundizó con la Constitución Política de 1991, no es considerado un proceso favorable para las finanzas nacionales de forma unánime. Para algunos "el diseño del sistema de transferencias estuvo basado en la delegación de responsabilidades de la nación a los territorios, pero su cumplimiento se condicionó al traslado de recursos fiscales desde la nación, los cuales se entregaron bajo una normatividad desprovista de incentivos para un manejo fiscal responsable"³⁶.

Lo cierto es que el escenario fiscal después de la primera mitad de los años 90 se caracterizó por: i) continuos déficits, ii) moratoria en los pagos de las obligaciones laborales y de crédito ii) disminución en la inversión social y de infraestructura, iv) se acudió de manera persistente a los recursos del crédito. Consecuencia de lo anterior fue la delicada situación de endeudamiento en la cual entraron los entes territoriales, una precaria capacidad para responder por los compromisos adicionales de gasto corriente, de capital y de provisión de los pasivos pensionales. En este escenario surgió la Ley 617 de 2000, sobre ajuste fiscal territorial, para enfrentar esta problemática del crecimiento de los gastos de funcionamiento y la dependencia financiera desmedida de las transferencias de recursos de la nación por las entidades territoriales. Con este fin la ley condicionó el crecimiento de los gastos de funcionamiento a fuentes propias de recursos, como las derivadas de los ingresos corrientes de libre destinación y al logro de indicadores de eficiencia, a la vez que les impuso fuertes restricciones. Para la Ley 617 de 2000 se denominan ingresos corrientes los provenientes de los ingresos tributarios, los no tributarios y las transferencias, e ingresos corrientes de libre destinación los que no tienen destinación específica de ley o acto administrativo, y su calculo se realiza de la siguiente manera:

" (...) a los ingresos corrientes se les restan los ingresos de destinación específica (situado fiscal, regalías, 20,0% del impuesto de registro, transferencias por ACPM, estampillas y los demás ingresos de destinación específica) y a este valor se le descuenta entre el 5,0% y el 10,0% con destino al Fondo de Pensiones Territoriales -FONPET- de los departamentos (a partir del año 2001 se descuenta el 5,0% y el 10,0% a partir de 2006)"³⁷

³⁵ Ibidem.

³⁶ Ibidem, citando a Iregui, 2001.

³⁷ Restrepo Quintero y Alvarez Villa, 2005.

7798

La ley 617 de 2000 establece una proporción entre ingresos corrientes de libre destinación gastos de funcionamiento, por ello estos se definen como aquellos que están destinados a sufragar los servicios personales, la compra de bienes y servicios, los gastos generales, las mesadas pensionales y las transferencias de ley, así como los pagos a maestros y médicos financiados con recursos propios. También son gastos de funcionamiento los gastos de asambleas, concejos, personerías y las transferencias a estas entidades; además, la ley precisó que el ajuste a los gastos de estas dependencias no sólo recae sobre el funcionamiento sino sobre los gastos totales, es decir también sobre inversión.

Es decir que no basta para desvirtuar el análisis financiero que hace el estudio técnico simplemente indicar que no se sobrepasaban los límites de gastos de funcionamiento para el momento en que la planta de personal del Municipio de Macanal fue modificada, suprimiendo algunos cargos, porque el ajuste fiscal establecido en la Ley 617 de 2000 no sólo persigue establecer límites a los gastos de funcionamiento, también que los gastos de inversión se financien con los ingresos corrientes del Municipio, así como detener la tendencia hacia la dependencia financiera de las transferencias del nivel central, que en Macanal es muy marcada, como puede verse en la página 70 del estudio técnico. En efecto, la salud fiscal de los municipios no contempla esta única variable: según el Departamento Nacional de Planeación en sus informes anuales de desempeño fiscal³⁸ la salud fiscal de los municipios no se mide exclusivamente por la auto financiación de los gastos de funcionamiento, también por las siguientes variables: *Respaldo del servicio de la deuda*, que es la proporción de los ingresos disponibles que están respaldando la deuda total del municipio y no debe superar la capacidad de pago de la entidad ni comprometer su liquidez en el pago de otros gastos; *Dependencia de las transferencias de la nación y las regalías* que refleja el grado en el cual las transferencias y regalías se convierten en los recursos fundamentales para financiar el desarrollo territorial, se espera que esta variable no supere el 60% de los gastos de funcionamiento; *Generación de recursos propios*, que refleja el esfuerzo que hacen las entidades para generar ingresos propios; *Magnitud de la inversión*, que refleja el grado de inversión que hace la entidad territorial respecto del gasto total, se espera que más de la mitad del gasto se esté destinando a inversión, que comprende no sólo la formación bruta de capital fijo, también la llamada inversión social, es decir el pago de nómina de médicos y maestros, capacitaciones, subsidios, dotaciones escolares, etc ...independientemente de su fuente de financiación; *Capacidad de ahorro*, que representa la medida de la solvencia que tiene la entidad territorial para generar excedentes propios que se destinen a inversión complementariamente al uso de transferencias y regalías. Igualmente, los límites al manejo de los recursos Municipales igualmente están dados por los planes de desarrollo, la estrategia, estructura y cultura de la entidad, dadas por el plan de gobierno elegido por los ciudadanos, como destacó el perito del DAFP:

³⁸ Ver: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Desarrollo%20Territorial/Documento%20Desempe%C3%B1o%20Fiscal%202013.pdf>

PERITO DAFP: *los estudios técnicos tienen, digamos, como indicaba, una metodología que se pone al servicio de los organismos e instituciones públicas con el fin de comprar riesgo, esto es justificar de manera objetiva la supresión de empleos en el evento que se concluya con una u otra situación para que de manera objetiva el nominador, en este caso el Municipio de Macanal, pues con los actos administrativos que dan o que son originados en los estudios técnicos, que tienen un análisis normativo, un análisis del entorno a la organización, al municipio y lo que es más importante cuando se pretende realizar una modificación de la estructura de una entidad pública, cualquiera que sea, es alinear o ser consistentes, alinear la estrategia, que para el caso de los municipios está consagrada, debe ser de común acuerdo, que establece el plan de desarrollo municipal con el cual ganaría o debió haber ganado el señor alcalde correspondiente, si propone allí unas metas unas estrategias allí establecidas, se debe alinear la estrategia con la estructura de la organización a la que se llega y con la cultura, son tres elementos que deben ser alineados en un estudio técnico en una realidad organizacional para poder ofrecer los resultados que se esperan de la organización. Hecha esa alienación entre estrategia, estructura y cultura se entra revisar los perfiles de la planta de personal que con que personas contamos pero además habría que mirarse a nivel territorial sobre todo los indicadores que establece una norma por allá del 2000 que es la ley 617 de 2000 esta norma ley de ajuste fiscal, impide que las administraciones territoriales e incluso las nacionales superen ciertos montos en gastos de personal y gastos generales, vale decir para un municipio o distrito cualquiera, para este caso un municipio de sexta categoría como lo es el municipio que nos convoca, de sexta categoría, no puede superar gastos superiores al 80% de ingresos corrientes de libre destinación. Las autoridades en consecuencia deben hacer ese análisis una vez hecho el análisis si están por encima deben ajustarse y eso se hizo en los primeros años de la ley 617, si aún no han hecho esos cambios y este municipio con lo que se percibe en lo que se escribe en el estudio técnico estaba de manera presupuestal con una salud financiera, buena, tenía buen musculo financiero, no tenía problemas financieros no estaba superando los índices financieros según lo escrito, tenía algunas, digamos estaba quedado en cumplir lo reseñado en el decreto 785 que es el decreto que establece la nomenclatura y clasificación de empleos de nivel territorial, estaba con la nomenclatura de un decreto ya desaparecido 1569 del 98 que ese mismo decreto deroga, entonces la administración anterior debió haber hecho ese ajuste porque solo daba seis meses en el 2005 perdón el decreto 285 daba doce meses para hacer eso, aquí en este caso se hizo un ajuste muy tardío pero en todo caso debía hacerse. Eso se encuentra en el estudio técnico, lo demás el análisis financiero, la alienación entre estrategia, estructura y cultura, el ajuste a la normativa expedida en virtud de la ley 909 de 2004 que debió haberse hecho en su tiempo, análisis de cargas de trabajo y análisis de procesos que son los elementos sustanciales en un estudio técnico, que deben tener, hay tres elementos que un estudio técnico exige por norma art. 97 del decreto 1227 de 2005 lo demás puede no tenerlo, pero si no tiene esos elementos estaríamos contrariando una regla legal para hacer o analizar una*

1500

planta de empleo según la institución pública, esos tres elementos son: análisis de procesos, evaluación de la prestación del servicio, análisis de funciones evaluación y cargas de trabajo. Esos elementos. Cargas de trabajo aparecen en el estudio, evaluación de procesos nosotros, función pública establece la metodología más sencilla del mundo este es un modelo europeo incluso este es un que se llama de opciones prioritarias que consiste en hacer tres preguntas, el proceso se requiere, ejemplo, el proceso de mantenimiento en una alcaldía se requiere, si se requiere, dice uno que sí, la siguiente pregunta es debe el proceso de mantenimiento hacerlo la alcaldía o la entidad que está siendo objeto de un estudio técnico una entidad si la respuesta es no eso me indica que puede tercerizar el servicio. Entonces, yo requiero, ejemplo, yo requiero el mantenimiento de mis equipos de cómputo en mi institución? lo requiero? Sí. Lo debo hacer yo como institución? No. Lo puedo tercerizar? sí. Me hago allí un análisis, me es más fácil contratar la prestación de ese servicio de mantenimiento de equipos o cafetería por una persona experta o debo tener una persona a mi interior, y tal vez por las velocidades a que cambia la tecnología, y tal vez no está en capacidad de hacer mantenimiento a mi equipos, tercerizo eso, y debo dejar eso escrito en el estudio técnico. Por esa metodología tan sencilla, pero tan elemental, que nos ayuda a tomar decisiones cuando se hace eso se escribe la decisiones en las observaciones es allí de donde yo o el nominador toma las decisiones respecto a las modificaciones o no de planta. Otra cosa es que la persona que esté haciendo ese trabajo, esa labor, y solo me refiero al caso de un mantenimiento que pueden haber muchas personas haciendo mantenimiento, puedo dejar unas o prescindir de los servicios de todas y tercerizar el servicio. Ahora bien, si la persona es de libre nombramiento y remoción no hay problema no hay indemnización pero para un municipio de sexta categoría hay que mirar muy bien cuando las personas son libre son de carrera o son nombradas provisionalmente, porque de los dos primeros casos a excepción hecha cuando es de carrera administrativa tengo que indemnizarlo, sin embargo, si yo indemnizo esa persona que me está haciendo mantenimiento porque no ya es competente no da las velocidades de cambio que registran los medios tecnológicos pues en el año siguiente yo voy a ver los resultados. Eso es lo que nosotros sugerimos lo que nosotros ilustramos a las entidades siempre y cuando que se respeten las condiciones de las personas se hagan de manera objetiva un estudio técnico que permita tomar decisiones al amparo de las normas que organizan este tipo de instrumentos sin que lesionen ni las personas y mucho menos la prestación de servicio en un municipio.

JUEZ. Gracias señor perito, quiere agregar algo más las conclusiones del dictamen? es preciso usted nos las señale en concreto al proceso surtido en Macanal, (...) concretamente las referentes a Macanal.

PERITO DAFFP. Analizado el documento denominado estudio técnico debemos decir que cumple con los parámetros técnicos y legales que exige la presentación de un estudio técnico y que a mi juicio, como he visto tantos

1001

pasar por la función pública, porque es nuestro trabajo, (a quien no conozco es a la persona que hizo este), elaboró un documento digamos con una altura profesional que me parece o mejor se infiere que tiene conocimiento de estos asuntos porque he visto unos que no se ve ni para que sirvan, este documento contiene la metodología desarrolla la metodología paso a paso, y aunque pasa del análisis de procesos macro a una actividad como es llevar unas volquetas de tierra por allá a una vereda, eso se puede, aunque se debe de hacer en peldaños más pequeños, tiene noción del asunto, y si bien pues es un documento que no conozco los actos administrativos, pero conduce a prescindir de unos servidores públicos argumentando tanto en lo presupuestal como en lo técnico y lo legal. Entonces me parece es un documento que resiste una análisis ahora tocaría ya entrar a ver ya particularidades. "

De otra parte, la carga de demostrar que en verdad el ajuste fiscal que se ofrece como motivo de la reestructuración no se requería, está en cabeza del demandante. A esta conclusión llega el Consejo de Estado en la sentencia emitida a propósito de la reestructuración adelantada en el año 2002 en la Personería de Medellín, también guiada por el ajuste fiscal. En este proceso se realizó un estudio técnico en el cual se expuso que desde el año 1997 la entidad había iniciado un proceso de modernización institucional para introducir cambios tecnológicos y *"dotar cada puesto de trabajo con la infraestructura tecnológica suficiente para acceder a la información necesaria en el desempeño de su labor y en segundo lugar el rediseño de los procesos y procedimientos para lograr una mayor eficiencia, eficacia y efectividad en la gestión de la Institución. (...)."*³⁹, sin embargo se requería cambiar la destinación de recursos, y la justificación principal del proceso de reforma estuvo radicada en la falta de recursos necesarios para la operación de la entidad y exigencia de cumplir con los nuevos topes presupuestales impuestos por Ley 617 de 2000, frente a lo cual existían dificultades para el año 2002. Dijo el Consejo de Estado:

*" (...) Si la modificación a la planta de personal se fundamentó en un ajuste fiscal, el actor ha debido probar que no se necesitaba, porque existía una relación estable y armónica entre los ingresos y gastos de la administración, es decir, que los gastos permanentes se podían financiar con los ingresos corrientes o constantes, cosa que no hizo, razón por la cual no se desvirtuó la afirmación hecha por la administración y concretada en el estudio técnico."*⁴⁰ (Subrayas fuera de texto)

En el presente caso si bien el demandante afirmó que el ajuste fiscal no se requería al no sobrepasar la entidad territorial los topes establecidos en la Ley 617 de 2000, aserto que es admitido en el mismo estudio técnico, no logró probar que no se requiriera para cumplir con los planes de desarrollo del municipio, o para asegurar la salud fiscal del mismo, como sostiene el estudio técnico. Por estas razones no prospera el cargo.

V.-"Se desconoce el artículo 42 de la Constitución porque la demandada puso en peligro la estabilidad del demandante y su familia al impedir que continuara

³⁹ Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, del 16 de febrero de 2012, radicación 05001-23-31-000-2002-03937-01 (1166-11), Magistrado ponente Dr. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, actor GUILLERMO GAVIRIA OROZCO, demandado PERSONERÍA DE MEDELLÍN.

⁴⁰ *Ibidem*.

1502

devengando un sueldo para conseguir el sustento diario y mantener la estabilidad emocional propia y de los suyos.” Con respecto a este cargo se debe decir que en la demanda no se probó que el ingreso del demandante fuese el único ingreso con el que cuentan él y su familia.

VI.-El alcalde desconoció el art. 71 del Decreto 111 de 1996 pues gastos de indemnización por supresión de cargos, ni los gastos de funcionamiento que el Alcalde no contó con disponibilidades previas y suficientes para atender los creó en la planta de personal municipal. Con respecto a este cargo no se hizo ningún esfuerzo de acreditación probatoria, razón por la cual no prospera.

VII.-El Alcalde vulneró el artículo 82 de la Ley 443 de 1998 pues de la hoja de vida que el municipio le expidió al demandante se observa que no contiene los documentos legales que demuestren las modificaciones sucesivas que debieron producirse a lo largo de la hoja de vida del demandante. Se debe decir frente a este cargo que el incumplimiento de la normativa relativa a las hojas de vida de los trabajadores no vicia en modo alguno de ilegalidad el acto de supresión de cargos.

VIII.-El Alcalde Municipal desconoció el art. 20 de la Ley 489 de 1998 en concordancia con el Decreto 1228 de 2005 y en el artículo 31 del Decreto 760 de 2005, pues omitió la conformación de la comisión de personal que debía cumplir las funciones señaladas en dichas normas, desconoció el artículo 31 del Decreto 760 de 2005 porque en el Municipio no existía Comisión de Personal, sin embargo se realizó la reestructuración administrativa sin que por tanto cumpliera sus funciones dicha comisión y por ende el demandante no pudo realizar reclamaciones ante la misma. Tampoco realizó el demandante ningún esfuerzo probatorio para acreditar la afirmación en la cual sustenta este cargo.

7.- Conclusión.

La parte actora considera que los actos administrativos de desvinculación fueron expedidos con violación directa de la ley, desviación de poder, falsa motivación, errónea aplicación del estudio técnico, y sin obedecer al mejoramiento de la prestación del servicio. Ahora bien, lo que se evidencia, por el contrario, es que no existe ninguna prueba directa sobre esa circunstancia, pues de las pruebas obrantes en el expediente no se deduce de manera eficiente que el propósito final del retiro del servicio de la demandante no fuera mejorar el servicio, toda vez que no se deduce directamente el desvío de poder y la falsa motivación, pues ninguna de esas circunstancias fueron probadas a lo largo del proceso como era el deber de la parte demandante, conforme lo establece el artículo 167 del Código General del Proceso. El Despacho, comprendiendo la dificultad que a veces representa para los demandantes lograr la práctica de pruebas que puedan cuestionar un insumo técnico especializado, como es el estudio técnico, agotó esfuerzos para hacer comparecer al experto del DAFP, quien en debate oral respondió a las preguntas de las partes frente al estudio técnico de reestructuración de Macanal, sin embargo tampoco por este medio se acreditaron los hechos que sustentan los cargos de la demanda.

1503

Dentro del proceso no existen medios de prueba que conduzcan a indicar que efectivamente la reestructuración administrativa llevada a cabo por la administración municipal estuvo inspirada en motivos diferentes al mejoramiento del servicio, como tampoco aparece acreditado que la desvinculación del actor estuvo inspirada en la selección subjetiva y tendenciosa del personal. No se indicó en la demanda frente a que funcionarios la actora tenía el derecho de ingresar a la nueva planta, ni mucho menos las posibles deficiencias que podría padecer el estudio técnico realizado por el Municipio de Tunja. Así las cosas el cargo planteado no goza de vocación de prosperidad.

8.- Costas.

De conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A. en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del C.G.P. El artículo 365 del C. G. P. es aplicable en el procedimiento contencioso en virtud de la remisión normativa autorizada mediante el artículo 306 del C. P. A. C. A.

Es pertinente en torno al tópico de las costas considerar los siguientes argumentos del órgano de cierre de la Jurisdicción:

"El criterio de aplicación de las normas sobre condena en costas en desistimiento de la demanda, debe atender al carácter del conflicto suscitado en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pues tal y como lo planteó el recurrente, la filosofía de esta figura en el derecho civil es diferente a la ventilada en asuntos como el de la referencia por el carácter público de una de las parte en conflicto, que entre otras cosas, ha justificado en Colombia la existencia de una jurisdicción especializada e independiente de la ordinaria.

En ese orden, como las costas procesales se orientan a sancionar el ejercicio abusivo de los instrumentos judiciales o el desgaste procesal innecesario de la parte demandada y de la propia administración de justicia⁴¹, su reconocimiento debe atender tal naturaleza y las circunstancias de cada caso.⁴²

Es decir que en materia de costas habrá que considerar: (i) la naturaleza de los conflictos que se resuelven en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que no tienen un contenido puramente económico, sino que está involucrado el interés público y el reclamo de derechos de los ciudadanos ante la administración, ámbito distinto al de la jurisdicción civil, así como las circunstancias particulares del caso. (ii) el fundamento de las costas procesales es sancionar el abuso del derecho o el desgaste judicial innecesario, por ello cabe el análisis de la conducta de las partes en el debate, las costas no pueden ser impuestas atendiendo simplemente el razonamiento objetivo de ser vencido en juicio.

Considera el Despacho que el demandante no acudió de manera temeraria o injustificada ante el juez, su reclamo tenía como único objetivo reclamar un derecho laboral del cual se sentía titular, reclamo que elevó al estado como su empleador.

⁴¹ Sentencia T-342 de 2008: "Al respecto cabe señalar, que de acuerdo a la jurisprudencia de esta Corporación, se entiende por costas procesales los gastos que se deben sufragar en el proceso; la noción incluye las expensas y las agencias en derecho. Las expensas son las erogaciones distintas al pago de los honorarios del abogado, tales como el valor de las notificaciones, los honorarios de los peritos, los impuestos de timbre, copias, registros, pólizas, etc⁴¹. Las agencias en derecho corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en el numeral 3º del artículo 393 del C.P.C.⁴¹, y que no necesariamente deben corresponder a los honorarios pagados por dicha parte a su abogado."

⁴² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente GUILLERMO VARGAS AYALA. Bogotá, 17 de octubre de 2013. Radicación 150012333000201200282. Actor: AUGUSTO VARGAS SÁENZ. Demandado: Ministerio de minas y energía.

1804

Igualmente el debate revestía complejidad en la medida que se requería una prueba de expertos para analizar el estudio técnico que sirvió de base a la decisión administrativa, razones por las cuales estima el despacho que pese a haber sido vencido en juicio el demandante no debe ser condenado en costas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO.- DENEGAR las pretensiones de la demanda formulada por la Señora YOLIMA INÉS ALFONSO DAZA, identificada con cédula de ciudadanía No. 23694654 de Macanal, contra el Municipio de Macanal, conforme a la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO.- Sin costas para las partes.

TERCERO.- En firme esta providencia, déjese registro en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI" y procédase al archivo del expediente dejando las anotaciones y constancias de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ANA ELSA AGUDELO ARÉVALO
JUEZ