



## *Juzgado Décimo Administrativo Oral de Tunja*

Tunja, diecinueve (19) de julio de dos mil diecisiete (2017)

**MEDIO DE CONTROL** : Nulidad y restablecimiento del derecho  
**DEMANDANTE** : ROSMIRA ASTRID GARZÓN ESLAVA.  
**DEMANDADO** : MUNICIPIO DE MACANAL.  
**RADICACIÓN** : 150013333010 2013 0047 00.

Procede el Despacho a dictar Sentencia en el proceso de la referencia, conforme a lo siguiente:

### I. LA DEMANDA

**1.1. Pretensiones.** Solicita la demandante que se declare:

La **nulidad parcial** del Decreto 048 de agosto 30 de 2012, expedido por el Alcalde Municipal de Macanal, por medio del cual se suprimen unos empleos de la planta de personal de nivel central del Municipio, en lo que respecta específicamente a la supresión del empleo de auxiliar administrativo código 550 grado 01, precisado como código 407 grado 13.

La **nulidad** del acto administrativo contenido en el Oficio No.200-02-495-2012 de 30 de agosto de 2012, mediante el cual se le informó a la demandante que su empleo de Auxiliar Administrativo Código 407 grado 13 (anteriormente 550-01), había sido suprimido conforme al Decreto 048 de 2012.

Que se **inaplique** el estudio técnico de reestructuración y el Acuerdo 011 de 20 de agosto de 2012.

Así mismo, solicita se declare que no existió solución de continuidad en la relación laboral existente entre la demandante y el Municipio de Macanal; se ordene al Municipio de Macanal **reintegrar** a la Señora ROSMIRA ASTRID GARZON ESLAVA, al cargo que ocupaba en carrera administrativa o a uno de igual categoría, ordenándole pagar debidamente indexados, todos los factores salariales y prestacionales dejados de cancelar desde el momento de su retiro hasta que se haga efectivo el reintegro.

Se condene al Municipio a reconocer liquidar y pagar a la demandante los intereses moratorios a título de sanción, de todos los valores adeudados por concepto de salarios y prestaciones sociales a la fecha en que se haga efectivo el reintegro, y se le condene al pago de costas y agencias en derecho que se causen en este proceso.

**1.2. Fundamentos de hecho.** Los compendia el Juzgado de la siguiente manera:

La Señora ROSMIRA ASTRID GARZON ESLAVA es madre cabeza de familia y dependía de forma exclusiva de su salario en la administración municipal de MACANAL.

Que el Municipio de Macanal, no informó a la Comisión Nacional del Servicio Civil que adelantaría estudio técnico para la reestructuración de la planta de personal que fuera reportado en la oferta pública de empleos OPEC.

Que aunque se vinculó a la administración de forma previa con nombramiento provisional, participó en un concurso de méritos organizado por la CNSC, para ocupar el cargo de auxiliar administrativo 407 -13, en el cual fue finalmente *nombrada en propiedad* mediante Decreto 08 de 2012, luego de haber superado el periodo de prueba.

Señaló que el Alcalde Municipal de Macanal celebró contrato de prestación de servicios profesionales No. 024 de 2012, con el Administrador Público JUAN GUILLERMO FRANCO GARCÍA, para la realización del estudio técnico de reestructuración administrativa. En varios apartados posteriores alude de forma textual al objeto del contrato (hechos 12-16)

De igual manera comenta lo registrado en actas del Concejo Municipal en lo que fueron las exposiciones del señor FRANCO GARCIA (hechos 17-18). Aduce que conforme a la ley 1551 de 2012, la ESAP presta colaboración gratuita a los municipios de 5 y 6 categoría en la elaboración de estudios.

Que el Concejo Municipal de Macanal mediante Acuerdo 011 de 20 de agosto de 2012, aprobó el proyecto de acuerdo presentado por el alcalde, a través del cual se determinó la estructura orgánica de la administración municipal y se asignaron funciones a sus dependencias. Que mediante Decretos 049 y 050 de 30 de agosto de 2012, se estableció la planta de personal del nivel central de la administración, y se adoptó el manual específico de funciones y competencias laborales de los empleos que conforman la misma, respectivamente.

Precisó que mediante Resolución No.145 de 30 de agosto de 2012, se realizaron unas incorporaciones a la planta de personal del municipio, en la que no se incorporó a la demandante, y que el estudio técnico de reestructuración administrativa del Municipio de Macanal es aparente, 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.

Finalmente dijo que mediante Oficio No. 200-02-495-2012 de 30 de Agosto de 2012, se le informó a la Señora ROSMIRA ASTRID GARZON ESLAVA, que su empleo de Auxiliar Administrativo código 407 en grado 13, había sido suprimido conforme al artículo 1° del Decreto 048 de 30 de agosto de 2012; y que en el día 2 de Septiembre de 2012 a administración municipal notificó a la demandante el contenido del Decreto No.048 de 2012.

**1.3. Normas violadas y concepto de la violación.** Sustenta los cargos de nulidad de la siguiente manera:

Tras la cita de los artículos 1, 2, 6, 13, 16 y 25 de la Constitución (posteriormente 42, 53, 124, 124 y 125), indicó que la supresión tuvo realización sin haber verificado, analizado y estudiado las cargas de trabajo de quienes integraban la planta de la entidad con arreglo a la guía de modernización de entidad públicas de junio de 2012, expedida por el Departamento Administrativo de la Función Pública. Precisa en ese sentido que la existencia del estudio técnico

es sólo aparente, pues el mismo no fue realizado con apoyo en tal guía; no precisa las cargas de trabajo, perfiles de empleos ni misión y visión de la entidad.

Concluye que se utilizó un procedimiento diferente al ordenado por el DAFP e insiste en que no se estudiaron las cargas de trabajo del empleo ocupado por la actora y que determinarían que el mismo no era necesario y debía suprimirse.

Se duele de violación al debido proceso (art. 29), manifestando que bajo el imperio del artículo 46 de la Ley 909 de 2004, la reforma de la planta de personal debía efectuarse con apoyo en estudios técnicos que podía elaborar: la misma entidad, la ESAP o firmas especializadas; atribución que cambió a partir del 10 de enero de 2012, con la expedición del Decreto 019 de 2012 artículo 228, pues de su texto se infiere que el aludido estudio técnico debía ser elaborado por la misma entidad, por un equipo interdisciplinario dirigido por el Alcalde, bajo las directrices del DAFP y ESAP, encargándose a la primera el diseño de la metodología para la elaboración de los estudios y justificaciones técnicas.

Concluye entonces que no podía el Alcalde contratar un consultor para que hiciera, lo que por ley le correspondía a él; que el estudio técnico es ilegal porque lo realiza una persona no autorizada, además desconociendo la posibilidad de acompañamiento gratuito que conforme a la Ley 1151 de 2012 se podía obtener de la ESAP.

Para soportar sus afirmaciones transcribe apartes de lo que dice, es la guía técnica de modernización (fs. 15-17). Reitera que aunque se podría contratar un asesor para acompañar el proceso en este caso se encargó la realización completa del estudio técnico.

Prosigue señalando que el Estudio Técnico no se aviene a la Guía de Modernización del DAFP, porque:

- No se tuvieron en cuenta los informes de control interno o de sistema de gestión de calidad.
- No se hizo el análisis del comportamiento financiero del Municipio de Macanal de los últimos 4 años y tampoco hizo la proyección de las variables representativas del presupuesto municipal, para evidenciar la salud fiscal del municipio. Alega que sin estos análisis, la motivación de los actos acusados sobre el ajuste fiscal de la Ley 617 de 2000, es falsa.
- Tras aludir al análisis de los “procesos” (técnicos, misionales y de apoyo), dijo que existen varias formas de efectuar dicho análisis, para destacar que en el estudio técnico se inclinó por las “opciones prioritarias”, pero que allí (folios 47-50) se limitó a transcribir apartes de la guía, sin que se definieran los procesos sobre los cuales iba a determinarse los tiempos estándar y con ello las cargas de trabajo, por el contrario se hizo con procesos MACRO. Comenta que a folios 42 a 47 supuestamente se hace análisis de los procesos pero no se les asigna tiempos estándar, con lo cual no se habrían hecho estudio de cargas de trabajo por dependencia.
- De la mano con lo anterior, estima que las cargas de trabajo fueron mal determinadas, pues los procesos en que se debían basar no fueron analizados, verificados y medidos,

ya que se obtienen de la medición de los procesos para determinar los tiempos estándar y con estos las cargas de trabajo.

- Que los tiempos estándar se determinaron con entrevistas, las cuales son subjetivas e improvisadas. Comenta de forma posterior que el mismo texto del estudio técnico es confuso en lo que respecta a la técnica que se utilizó para determinar el tiempo estándar (f. 32 y 33 ET)
- Con apoyo en la guía de modernización comenta que para determinar cargas de trabajo es indispensable y previo definir los procesos de cada dependencia, procedimiento que no se realizó, acudiéndose a las entrevistas, de las que además no hay prueba y tampoco de la realizada a la actora-
- Que además en el estudio técnico se aducen como razones adicionales de supresión, pertenecer al nivel asistencial en contraposición a la poca existencia de profesionales y la falta de recursos económicos.

Prosigue la demanda efectuando un comparativo del Estudio Técnico y la Guía de Modernización, para destacar además de lo ya indicado, la ausencia de *consideraciones preliminares, reseña histórica, análisis externo*. Respecto del *análisis financiero* expone que no se evidenció estado de crisis por déficit de más del 80%. Comenta defectos en el *análisis interno* y vuelve sobre el estudio técnico.

Más adelante indica que se violó su derecho al trabajo y el artículo 42 que protege a la familia en tanto, se le impidió continuar percibiendo el salario con el cual obtenía el sustento diario propio y de los suyos.

Precisa que se actuó con desviación de poder, porque sin bases adecuadas decidió quienes se iban y quienes se quedaban en la administración. Citó al efecto los artículos 2 y 3 del CCA.

Dice igualmente que se quebrantó el artículo 71 del Decreto 111 de 1996, que obliga a tener disponibilidades previas y suficientes para atender los gastos de indemnización por supresión de cargos.

Artículo 82 de la Ley 443 de 1998, porque la hoja de vida de la actora no tiene los documentos legales que demuestren las modificaciones sucesivas producidas en su vida laboral.

Se violó el artículo 20 de la Ley 489 de 1992, Decreto 1228 de 2005 y 760 de 2005, por omitir la creación de la comisión de personal para cumplir las funciones allí señaladas.

Que se transgredieron los artículos 3, 6 y 7 de la Ley 617 de 2000, porque el Estudio Técnico no realizó el análisis financiero que evidenciara que no se superaban los límites de gastos de funcionamiento. De igual manera el artículo 77 que dispone el plan de readaptación laboral.

Que se vulneraron los artículos 41, 44 y 46 de la Ley 909 de 2004 y 95 a 97 del Decreto 1227 de 2005, porque la motivación de los actos es contraria a la realidad, no se facilitó a la demandante la incorporación por inexistencia de la comisión de personal y ausencia de disponibilidad para atender la indemnización por supresión y dado que el estudio técnico es formal, aparente y elaborado por una persona sin competencia; insiste que el trabajo no cumple con el análisis de

los procesos misionales y de apoyo, como tampoco con la evaluación de la prestación de servicios y tampoco la evaluación de perfiles, funciones y cargas de trabajo.

Alega la vulneración al parágrafo 1 de la Ley 617 de 2000, por cuanto no se aprecia la aplicación de los criterios de razonabilidad, proporcionalidad ni prevalencia del interés general, pues a la demandante no le fue reconocida su amplia experiencia en el sector público, ni la eficiencia y eficacia que aplicaba en el desempeño de sus funciones-.

Concluye entonces que se presenta falta, falsa motivación y desviación de poder.

## II. OPOSICION.

**EL MUNICIPIO DE MACANAL** (fs. 1-42 C 2) se opuso a las pretensiones de la demanda

Manifiesta que de acuerdo a los artículos 313 y 315 de la Constitución Política, le corresponde al Concejo Municipal determinar la estructura básica de la administración, pero es al Alcalde a quien corresponde la creación, supresión o fusión de los empleos dentro de la organización determinada por el Concejo, sin que sea necesario para ello contar con autorización alguna, pues dicha facultad es que la otorga la propia Constitución Política.

Bajo el anterior marco de competencias, el proceso de reestructuración de las entidades territoriales debe sujetarse a lo dispuesto en la Ley 909 de 2004, vigente para la época en que se emitió el acto de retiro del servicio de la actora y que define la carrera administrativa como un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer igualdad de oportunidades para el acceso al servicio público, la capacitación, la estabilidad en los empleos y la posibilidad de ascenso. Es de decir las razones que motivan la supresión de cargos se deben deducir de un documento mediante el cual se acredita la necesidad del servicio que sirve de causa a la decisión de la administración o bien reducir los cargos de la planta de personal (supresión de cargos), o bien modificar la estructura orgánica de la entidad municipal (reestructuración orgánica).

Informa que los estudios técnicos se erigen como presupuesto de legalidad del proceso de reestructuración administrativa; que el realizado para el caso concreto contó, además, con el análisis de la organización de la administración, análisis de costos y aspectos técnicos con base en los cuales se diseñó la nueva planta de personal, de forma que la supresión del cargo de la 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 los gastos del ente territorial e introducir una reforma sustancial a la planta de personal, lo que necesariamente implicó suprimir empleos.

Alega que el contenido del estudio técnico y su metodología de elaboración tuvo sustento atendiendo las orientaciones del Departamento Administrativo de la Función Pública, y fue formulado atendiendo el Plan de Desarrollo del Municipio de Macanal 2012-2015 denominado "Por un Macanal próspero y trabajando" que en el eje institucional definió como uno de los ejes estratégicos para el desarrollo municipal: Adecuar la estructura y planta de personal a las necesidades del municipio, y dentro de las líneas de acción para lograr ese objetivo, se determinó

la necesidad de realizar un estudio técnico de reforma administrativa de la entidad y la realización de la reestructuración administrativa.

Cuestionó la posibilidad de demandar el acto de comunicación de la supresión; que la responsabilidad para la elaboración de estudios técnicos para sustentar las reformas de plantas de personal es del correspondiente jefe o director, debiéndose entender que las menciones a instituciones, organismos o profesionales es simplemente facultativa.

Concluye que esa modificación a la estructura y a la planta de empleos del nivel central del Municipio de Macanal, se fundó en necesidades del servicio y en razones de modernización de la administración y de las conclusiones del estudio técnico que dio como resultado la creación o supresión de empleos con ocasión, entre otras causas, por la redistribución de funciones y cargas de trabajo y la racionalización del gasto público, con el fin de lograr el mejoramiento de los niveles de eficacia, eficiencia, economía y celeridad de la entidad.

Finalmente propuso las siguientes excepciones:

**INEXISTENCIA DE IRREGULARIDAD DEL ACTO Y DE LA CAUSA INVOCADA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE REINTEGRAR Y RESTABLECER EL DERECHO.** Destacando nuevamente que la decisión de supresión se edificó en el estudio técnico, los cuales elaboró la misma entidad mediante la contratación de un profesional.

**FALTA DE COMPETENCIA PARA CONOCER DEL ASUNTO.** Al considerar que la demanda contra el acto administrativo oficio 495, no es procedente porque es un acto que expresa una operación administrativa, frente a una decisión administrativa ya tomada en el Decreto 048 de 2012. Que su efecto no es más que el informativo.

**INEXISTENCIA DE LOS HECHOS Y OMISIONES QUE FUNDAMENTAL LA ACCIÓN.** Comenta que la causa legal de retiro es la supresión del cargo, cuyo propósito es hacer más ágil y eficiente la función que debe cumplir la administración, razones de las que justamente da cuenta el estudio técnico, en la necesidad de optimizar el servicio.

**SUPRESIÓN LEGAL DEL CARGO DE LA ACCIONANTE Y PREVALENCIA DEL INTERÉS GENERAL.** Insiste en que la supresión del empleo tiene justificación en la necesidad de racionalizar el gasto y que se respetaron a la demandante sus opciones.

**PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE SUPRESIÓN DE CARGOS.** Que la estabilidad laboral no es sinónimo de inamovilidad y que la actuación administrativa está cobijada con la presunción de legalidad y finalidad de buen servicio.

**EXCEPCIÓN GENERICA.**

Para finalizar se refirió a los defectos achacados al estudio técnico, indicando que en el trabajo se hizo medición de la carga laboral de todas las dependencias, acorde con la metodología establecida por el Departamento Administrativo de la Función Pública; se analizaron los procesos, las tareas y luego se determinó el tiempo estándar o unidad de medida de cada uno de ellos, datos obtenidos con entrevistas las cuales se aportan como anexos y que fueron contrastadas con los jefes directos

y otros funcionarios, aplicando también el criterio de opciones prioritarias, que podría sugerir mayores reducciones que a las del tiempo empleado.

Transcribe amplios apartes y tablas del estudio técnico respecto al análisis de cargas de trabajo y opciones prioritarias.

Continúa refiriéndose al estudio técnico para comentar que cumple también con el análisis financiero. Que las quejas hacia el estudio técnico revelan la falta de precaución en la lectura por parte del demandante, pues se trata de un trabajo idóneo y además se hizo análisis puntual de la situación de la actora quien se desempeñaba en la Secretaría General.

Más adelante y sobre el ejercicio de comparación dispuestos por la parte actora, comenta respecto a la mayoría de las observaciones, que se trata de interpretaciones erróneas ya que la guía no es una camisa de fuerza sino un documento de orientación.

### III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

**3.1 Parte actora** (fs. 1119 – 1144). Reitera los argumentos de la demanda e insistió en el carácter imperativo de la disposición que determina la persona o entidad que debe hacer el estudio técnico; considera que el acto acusado Decreto 048 de 30 de agosto de 2012, esta falsamente motivado, como quiera que si bien es cierto aparece en el expediente un estudio técnico de reestructuración, este no cumple con los requisitos que establece el artículo 97 del Decreto 1227 de 2005, en consecuencia, se debe declarar la nulidad de los actos administrativos acusados por violación directa del inciso segundo del artículo 46 de la Ley 909 de 2004.

Alega que el contrato visible a folio 294 a 302, tuvo como objeto la realización del Estudio Técnico de Reestructuración Administrativa y que conforme al artículo 46 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 228 del Decreto 019 de 2012 un particular no está facultado para elaborar los estudios técnicos de reestructuración de las Entidades Públicas, por lo que esto no puede ser sustento legal o motivación de los actos administrativos demandados ya que dicho estudio se debe inaplicar por violar el Derecho Fundamental al Debido Proceso y en el especial al principio de Legalidad, dispuesto en el inciso final del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia. Agrega que tampoco lo podía tercerizar, si bien podía contratar asesores no podía encomendar la elaboración del mismo.

Insiste en que la guía de modernización del DAFP es de obligatoria observancia. Señala que en vigencia de la ley 909 de 2004 y el Decreto 1227 de 2005, no es facultativo sino obligatorio que los estudios técnicos contemplen como mínimo tres aspectos: i) Análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo; ii) Evaluación de la prestación de los servicios y iii) Evaluación de las funciones, los perfiles y las cargas de trabajo de los empleos. Del primero reprocha no hacerse conforme a la guía; del segundo ser inexistente, como lo indica la experticia y del tercero, comenta que aunque el concepto del DAFP dice contenerlo no se aprecia en el estudio técnico

Se refiere de forma posterior a las declaraciones de YOLIMA INES ALFONSO DAZA y EDGAR MARIN MARTINEZ, para comentar que conforme a sus dichos el estudio técnico no fue comentado a la CNSC; no hubo participación de personal de la administración en la elaboración del Estudio

Técnico ni intervención de la comisión de personal y para determinar los tiempos estándar y las cargas de trabajo, no se aplicó ninguna entrevista, respecto de lo cual precisa más adelante que es "INVENTADA" (sic)

En lo demás cita jurisprudencia atinente a la necesidad de los estudio técnicos.

De forma posterior, adiciona los alegatos de conclusión con referencia a lo expuesto en el dictamen pericial del cual hace amplias transcripciones para sostener que el Estudio no cumple con la totalidad de los requisitos establecidos en el Decreto 1227 de 2005, puntualmente lo relacionado con la Evaluación de la Prestación de los Servicios, derivando ello en falsa motivación. Aunque glosa también aspectos relacionados con las entrevistas y la manera de establecer los tiempos estándar (fs. 110-123 C p2)

**3.2 Municipio de Macanal** (fs. 1145-1149) Señala que el acto administrativo 048 del 30 de Agosto de 2012, se expidió en debida forma con observancia de las formalidades propias de la actuación administrativa en especial, lo regulado en la Ley 909 de 2004 y que obedece a un estudio técnico de reestructuración que se encuentra aportado tanto con la demanda como con su contestación.

Asimismo, manifiesta que revisados los estudios técnicos de reestructuración se encontró que la metodología utilizada para llevar acabo el levantamiento de las cargas de trabajo, es afín al método de "estándares subjetivos" al que hace referencia la guía de Modernización de Entidades Públicas elaboradas por el Departamento Administrativo de la Función Pública y conforme al cual se dio respuesta a oficio dirigido por el Despacho.

Menciona que al revisar las cargas de trabajo, se observó que los cálculos se encuentran técnicamente elaborados y que se puede establecer que el estudio de reestructuración se realizó de conformidad y observancia con las garantías Constitucionales y prerrogativas de la Función Pública.

Finalmente manifiesta ratificarse en los argumentos planteados en la contestación, los cuales se considera están demostrados con el acervo probatorio allegado al proceso, por lo que solicita al Despacho negar las pretensiones de la demanda con base en el material probatorio.

Se decide previas las siguientes,

## **VI. CONSIDERACIONES**

### **4.1. Asunto a resolver.**

Se contrae el presente asunto a determinar la legalidad (nulidad) del Decreto No. 048 de Agosto 30 de 2012, expedido por el Alcalde del Municipio de Macanal, por medio del cual se suprimen cargos de la planta del Municipio; y del oficio No. 200-02-495-2012 de 30 de Agosto de 2012 a través del cual se comunicó a la demandante que su cargo (auxiliar administrativo código 407 grado 13), anteriormente 550-01 había sido suprimido.

También se pide la inaplicación del Acuerdo 011 del 20 de agosto de 2012 mediante el cual se determina la estructura administrativa del Municipio de Macanal y la "Inaplicación del estudio Técnico"

#### 4.2. De las excepciones.

Lo primero que hay que señalar es que los argumentos calificados como excepciones por el Municipio de Macanal bajo el mote de *"INEXISTENCIA DE IRREGULARIDAD DEL ACTO Y DE LA CAUSA INVOCADA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE REINTEGRAR Y RESTABLECER EL DERECHO"*; *"INEXISTENCIA DE LOS HECHOS U OMISIONES QUE FUNDAMENTAN LA ACCIÓN"*; *"SUPRESIÓN LEGAL DEL CARGO DE LA ACCIONANTE Y PREVALENCIA DEL INTERÉS GENERAL"* y *"PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE SUPRESIÓN DE CARGOS"* corresponden en realidad a extensiones de las razones de oposición a la demanda<sup>1</sup> y no a excepciones propiamente dichas, de las cuales se predica envolver circunstancias impeditivas, extensivas o modificativas del derecho que se reclama, motivo por el cual el Juzgado desatara los descargos al abordar el debate.

En cuanto a la denominada *"EXCEPCIÓN GENÉRICA"*, no es una excepción propiamente dicha, sino la facultad que tiene el juzgador de declarar oficiosamente las excepciones que se encuentren probadas.

Finalmente en lo que concierne a la *"FALTA DE COMPETENCIA PARA CONOCER DEL ASUNTO"*, en virtud de la cual se cuestiona la aptitud de la demanda para solicitar la nulidad del Oficio 200-02-495-2012 de 30 de agosto de 2012, el Juzgado considera hacer la siguiente precisión a efecto de establecer si como lo propone la entidad demanda es o no pasible de enjuiciamiento.

#### 4.3 Del acto que afecta la situación laboral de la demandante.

En casos de supresión de empleos es necesario examinar la situación que en concreto se presenta, es decir, la forma como la entidad ha actuado para determinar el retiro del funcionario y es este análisis el que lleva a determinar cuál fue el acto que afectó la situación del empleado.

Por ello dependiendo, precisamente, de la actuación administrativa, la jurisprudencia del Consejo de Estado, podría decirse, de manera casuística, ha concluido en forma diversa<sup>2</sup>.

Al respecto resulta oportuno resaltar los siguientes pronunciamientos que ilustran sobre el punto:

- a) Sentencia de 25 de septiembre de 2007<sup>3</sup>, Consejero Ponente Doctor: JESÚS MARÍA LEMUS:

"...En casos de reestructuración y supresión de empleos los actos administrativos a demandar varían de acuerdo con las censuras que formule la parte actora. Así, si se endilga algún vicio al acto administrativo que reestructura la planta de personal creando y suprimiendo empleos, como, por ejemplo, haber sido expedido por móviles políticos o sin que previamente se hubieran elaborado los estudios técnicos o de viabilidad presupuestal, es obvio que el mismo puede atacarse por vía del contencioso subjetivo de nulidad y restablecimiento del derecho pues se trata de un acto de contenido mixto que, siendo en principio general, afecta las situaciones particulares y concretas de quienes desempeñan los cargos que son suprimidos.

Ccuando se alega el derecho preferencial frente a las personas que fueron incorporadas a la nueva planta, lo procedente es demandar el respectivo acto de incorporación que tiene efecto bifronte pues genera un derecho al empleado incorporado y le extingue una situación jurídica al que no lo fue..."

<sup>1</sup> Hernando Devis Echandía, Estudios de Derecho Procesal, citado en Hernán Fabio López Balanco, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, pag. 408, sexta edición: "La defensa u oposición en sentido estricto existe cuando el demandado se limita a negar el derecho pretendido por el actor o los hechos en que éste se apoya... la excepción existe cuando el demandado alega hechos impeditivos o extintivos o modificativos del mismo, o simplemente dilatorios, que impiden en ese momento y en tal proceso se reconozca la exigibilidad o efectividad del derecho..."

<sup>2</sup> En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 1 con ponencia de la Magistrada Doctora CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ en sentencia de 18 de noviembre de 2009, expediente: 15001 3133 014 2002 - 01514 -01 .

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero Ponente Doctor JESÚS MARÍA LEMOS, sentencia de 25 de octubre de 2007, expediente: 76001-23-31-000-2001-05763-01(3931-05).

b) Sentencia de 18 de febrero de 2010<sup>4</sup>, Consejero Ponente Doctor: GUSTAVO GOMEZ ARANGUREN:

“(…) Se concretan entonces, dos actos que hacen referencia a la supresión del empleo del actor, un acto general, llamado Decreto 111 y la comunicación # ALC-535, ambos de 2001. Con este marco veamos cuales son los actos susceptibles de control en algunas hipótesis de reestructuración.

La regla general apunta a demandar el **acto que afecta directamente al empleado**, esto es, **el que contiene en forma individual el retiro del servicio**, de manera subjetiva y personal. Sin embargo, a pesar de esta claridad no siempre es diáfano el escenario; deben analizarse las situaciones fácticas y jurídicas en cada caso para definir el acto procedente, veamos grosso modo:

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, por que (sic) 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.
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.”-Destaca el Juzgado-

En el presente caso la demandante ocupaba el cargo de auxiliar administrativo código 407, grado 13 (f. 114-115) -antes 550-01-.

Se solicita en la demanda la nulidad del Decreto 048 de 30 de agosto 2012 (f.178), por medio del cual el Alcalde Municipal de Macanal, en su artículo primero **suprimió** de la planta de dicho municipio dos (02) cargos de auxiliar administrativo 407-13; de tal manera que como de acuerdo con el Estudio Técnico, en la planta de personal existían cuatro (04) cargos de auxiliar administrativo 550-01 (pag. 24); **no es adecuado concluir que la decisión de supresión del empleo ocupado por la señora GARZON ESLAVA haya estado definida por este acto**; que en tanto impersonal y abstracto a lo sumo podría recibir reproches de legalidad, por vía de inaplicación, si afectado de algún vicio lo comunica al acto definitivo.

Para este Juzgado entonces, el acto que pone fin a la relación laboral es el Oficio No. 200-02-495-2012 de fecha 30 de agosto de 2012 (f. 169), igualmente suscrito por el Alcalde de Macanal, pues aunque tiene apariencia de ser un simple acto de comunicación, en realidad **es donde se contiene la decisión de la administración de particularizar la medida de supresión** identificando de forma concreta a ROSMIRA ASTRID GARZON ESLAVA como una de las personas a quien se terminaba la relación laboral por efecto de la medida de supresión, acto que desde luego es el que se le dio a conocer de manera formal.- Se informa en este acto también el derecho que tiene a optar entre reincorporación e indemnización.

No hay manera de que para este caso particular, puede considerarse al acto de incorporación como el que contiene la decisión que debía demandar la aquí accionante, pues aunque la actuación da cuenta de la existencia de la Resolución 145 de 30 de agosto de 2012 (f. 192,

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección “A”, sentencia de 18 de febrero de 2010, expediente: 250002325000200110589 01 (1712-08)

mediante la cual el señor Alcalde de Macanal efectuó incorporaciones, dejando por fuera a la actora, amén de la no inclusión de su nombre, no hay prueba de que este acto le fuera notificado a la señora GARZON ESLAVA y en tal virtud el Oficio 495, es la única manifestación de la voluntad de la Administración que conoce.

Además porque para el momento en que se informa de las opciones (reincorporación o indemnización), es porque de acuerdo con la cronología de un proceso de supresión, ya se ha verificado la escogencia de los empleados que permanecerán en planta y en tal virtud lo único que falta es justamente informarle que no está en el personal seleccionado o lo mismo, que su empleo fue suprimido y que puede escoger uno u otro beneficio.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Administrativo de Boyacá, al determinar en asuntos de supresión el acto enjuiciable. Así en sentencia de 25 de noviembre de 2009, indicó<sup>5</sup>:

“En este caso, la actora solicitó declarar la nulidad de: a) Decreto 1844 de 21 de diciembre de 2001 proferido por el Gobernador del Departamento de Boyacá, por medio del cual se estableció la planta de personal del Departamento de Boyacá y se suprimieron cargos, entre ellos, el de la parte actora que señaló era de Auxiliar Administrativo Código 550 Grado 45 y b) Oficio de 27 de diciembre de 2001 proferido por el “Director de Talento Humano” de la Gobernación de Boyacá, por medio de la cual se le comunica al demandante el retiro del servicio por supresión. (...) Así entonces, como el Decreto 1844 de 2001 contemplaba en la nueva planta 16 cargos del nivel y grado como el que ocupaba el demandante, es claro que hasta tanto el Gobernador no distribuyera los empleos la actora se mantenía en el servicio. En consecuencia, a juicio de esta Sala, **no fue este el acto que puso fin a la relación laboral**, aunque hubiera sido sustento del retiro pues es cierto que suprimió empleos de la planta de personal. Lo anterior, sin perjuicio de que dado el caso, pueda estudiarse su contenido, se reitera, por ser el fundamento del retiro.  
(...)

Ahora, al proceso no se aportó el acto administrativo mediante el cual el Gobernador de Boyacá distribuyó los empleos de la planta de personal, ni obra constancia alguna de que el mismo hubiera sido puesto en conocimiento de la actora; la única manifestación de la entidad se plasmó en el Oficio de 27 de diciembre de 2001 (f. 9) mediante el cual la administración, no sólo le expresó que su empleo había sido suprimido sino, además, que debía optar por ser indemnizado o reincorporado dentro de los 6 meses siguientes.

No desconoce esta Sala, la jurisprudencia del Consejo de Estado conforme a la cual el Oficio de comunicación en los procesos de reestructuración de plantas de personal no es el acto administrativo definitivo ello, a juicio de esta Sala, tiene cabida cuando se encuentran manifestaciones administrativas anteriores o posteriores que deciden expresamente el retiro del servidor por supresión del empleo. Pero, en casos como el presente, **la única manifestación expresa de la que es informado el actor es, precisamente, el mencionado Oficio** que si bien, en principio, constituye un acto de trámite, en tanto no permite continuar trámite administrativo alguno en relación con la permanencia del servidor, **se convierte en un acto de trámite que pone fin a la actuación y por ello resulta demandable.**

En los procesos de reestructuración existen dos momentos en los que la entidad profiere actos de incorporación. En efecto:

a) Es función de los representantes legales proveer los empleos de la entidad. En consecuencia, si se está ante una nueva planta de personal, debe el nominador en cumplimiento de sus funciones y a fin de evitar traumatismo en las tareas a cargo de la institución, incorporar empleados, sin que para ello requiera consultarles.

b) Cumplida la anterior etapa y atendiendo los derechos de los servidores escalafonados no incorporados, la entidad, conforme a la ley, indaga si éstos optan por la indemnización o por la incorporación. Debe examinarse entonces, si tal consulta conlleva, por si sola, una manifestación de retiro del servicio.

Las normas que reglamentan el derecho de los escalafonados a optar por la indemnización o la reincorporación, podría dar lugar a considerar que la decisión del empleado es anterior al retiro, no obstante, esta alternativa está sujeta a **la existencia de una vacante o de cargos provistos por encargo o nombramiento provisional.** (...) Si se trata de una nueva planta, consecuencia de una reestructuración, inicialmente todos sus cargos están por proveerse. Así pues, en tanto la norma sujeta la opción a la existencia de cargos vacantes, debe aceptarse que al momento en que el empleado ejerce su derecho se han provisto

<sup>5</sup> Sala de Decisión No. 1 MP. CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ, sentencia de 25 de noviembre de 2009, expediente: 15001 3133 008 2002 - 01621 -01

los nuevos cargos con los empleados antiguos que la entidad ha considerado designar. De tal forma, el derecho preferencial se da a quienes no fueron incorporados para que, eventualmente, opere dentro de los seis meses siguientes.

**La opción de incorporación surge pues, cuando la entidad ha provisto los empleos de la nueva planta y ha considerado que algunos de sus servidores no tienen cabida en ella.** Y, tan cierta resulta la anterior conclusión, que la negativa de la entidad a reincorporar al expleado puede dar lugar a la iniciación de una **actuación administrativa**, sujeta a los expedición de actos administrativos frente a los que caben los recursos de vía gubernativa. Este es un procedimiento administrativo diferente al que decide el retiro de la entidad por supresión del empleo y que atina a proteger el derecho preferencial de los empleados de carrera. **Sin duda, el derecho de preferencia no se ejerce antes del retiro por supresión del cargo sino después** y se rige por los ordenamientos propios de las actuaciones administrativas que dan lugar a la expedición de actos administrativos demandables ante la jurisdicción Contencioso Administrativa, sin perjuicio de los vicios que pudieran contener los actos que decidieron la supresión del empleo. (...)

Si, como se expuso, cuando la entidad comunica al actor la opción de reubicación ya se ha suprimido el empleo como consecuencia de un acto general, se han agotado las opciones de reubicación en la nueva planta de personal y sólo queda ofrecer una reincorporación que puede suceder dentro de los 6 meses siguientes, **forzoso resulta aceptar que, esta comunicación pone término a la vinculación del empleado**, sin perjuicio de quien la suscriba. Aunque este acto se denomine como de comunicación, tiene las condiciones de acto definitivo.

Así las cosas, contrario a lo determinado por el a quo, concluye la Sala, que **el Oficio de 27 de diciembre de 2001**, mediante el cual la entidad puso a disposición del servidor las opciones de incorporación o indemnización contuvo la voluntad de la administración tendiente a **dar por terminada la vinculación laboral por supresión del empleo** y, en consecuencia, debe ser considerado como un acto de trámite que pone fin a la actuación administrativa **lo cual implicaba que debía ser demandando como en efecto ocurrió en el caso sub judice.** (...) Por ello, en este caso, debe admitirse que el Oficio de 27 de diciembre de 2001 fue el que afectó la situación de la actora, lo contrario, llevaría a un fallo inhibitorio dadas las explicaciones que antes se hicieron sobre la forma como el Decreto 1844 de 2001 definió lo relacionado con los cargos de Auxiliar Administrativo Código 550 Grado 45, como el que ocupaba la actora.

(...) Lo anterior sin perjuicio de que pueda estudiarse el Decreto 1844 de 2001 por cuanto el mismo podría contener vicios que lleven a su inaplicación por inconstitucionalidad o ilegalidad para el caso concreto, dado que fue esta disposición la que sirvió de fundamento al Oficio demandado, pronunciamiento que, de prosperar las pretensiones sería procedente oficiosamente...” destacados originales-

Dicho esto entonces, el Juzgado se inhibirá de pronunciarse sobre la pretensión de nulidad contra el Decreto 048 de 2012; no obstante llegado el caso, se examinarán los reparos endilgados, desde el ámbito de la inaplicación, si como se indicó se demuestra la ilegalidad del mismo.

Ahora bien, es la ocasión para expresar que el estudio técnico no es un acto administrativo y en tal virtud, no es procedente solicitar la inaplicación del mismo, motivo por el cual se **inhibirá** el Juzgado para pronunciarse sobre su legalidad. Baste indicar para sostener lo anterior, que se trata de un insumo con fundamento en el cual el representante o director de la entidad adoptará la decisión de reestructuración, es decir que no contiene decisiones (*crear, extinguir o modificar situaciones jurídicas*) y además, ni siquiera fue elaborado por una autoridad pública, por modo que menos aún puede predicarse de él contener la “*voluntad de la administración*”; atributo *sine qua non* del acto administrativo

La doctrina precisa que el acto administrativo es una decisión, característica esencial para diferenciarla de otras manifestaciones que son simples conceptos, deseos u opiniones<sup>6</sup>. Se excluyen del concepto de acto administrativo las actividades materiales de la administración, por ejemplo los hechos y las operaciones administrativas. Dentro de las características distintivas de los actos administrativos, se destaca la vocación de ser una decisión unilateral; expresión de la voluntad administrativa:

“El acto administrativo debe contener una declaración; es su característica esencial la de exteriorizar una decisión de la Administración que cree, modifique o extinga una situación jurídica en relación con el administrado. Queda, por lo tanto, tal noción reservada a las decisiones que por sí mismas generan efectos

<sup>6</sup> PENAGOS, Gustavo. El Acto Administrativo. Tomo I. Parte General nuevas tendencias. Novena edición. Ediciones Doctrina y Ley LTDA. 2011 Pág. 184. |

jurídicos para los terceros, resultando, en consecuencia, excluidos los actos que, no obstante producir efectos, incluso directos en el ámbito interno de la administración, carecen de tales consecuencias en el ámbito externo de ésta<sup>7</sup>.

Finalmente, en la demanda se ha pedido la inaplicación del Acuerdo 011 de 20 de agosto de 2012 (fs. 898-922), *“Por medio del cual se determina la estructura orgánica de la administración municipal y se asignan funciones a sus dependencias”*, apreciando de entrada el Despacho que se trata de un acto de contenido general, impersonal y abstracto que no puede bajo ningún aspecto, afectar la situación jurídica de la demandante, dado que la conformación de la planta de personal, en tratándose de la existencia y necesidad de los cargos no está definida per se, por la estructura y distribución de las diferentes dependencias.

De manera que, si el propósito del medio de control de la referencia es obtener un restablecimiento del derecho como consecuencia de una ilegal determinación de supresión, el acto mediante el cual se determina la estructura de la entidad, no es idóneo para soportar la acusación nulitiva, pues la virtual eliminación del mundo jurídico de sus efectos, no conllevará la restauración de las condiciones del empleo de la señora GARZON ESLAVA, desde luego en términos de su existencia.

Recuérdese además en este aspecto que la competencia para determinar una<sup>8</sup> y otra<sup>9</sup>, está atribuida a diferentes autoridades y que desde luego poseen alcances diversos.

En estas condiciones, el Juzgado se inhibirá igualmente de juzgar su legalidad incluso desde la perspectiva de la pretensión de inaplicación, toda vez que no tiene relación directa con la situación subjetiva de la accionante.

#### **4.4 Los cargos de nulidad – caso concreto-**

Hechas las anteriores precisiones, el Juzgado analizará uno a uno los cargos de nulidad enfilados por la parte actora contra la actuación administrativa censurada. En procura de la técnica, se tratará en la medida de lo posible de seguir un orden cronológico respecto a las acusaciones.

#### **NO INFORMAR A LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**

Aunque con poca profundización, la demandante ha indicado que el Municipio de Macanal, no informó a la Comisión Nacional del Servicio Civil que adelantaría estudio técnico para la reestructuración de la planta de personal respecto al empleo que fuera reportado en la oferta pública de empleos OPEC. Comenta que de acuerdo a la circular 074 de 2009, existe prohibición de suprimir empleos que hayan sido ofertados.

Para resolver se considera:

Si bien no existe en el ordenamiento una disposición que de manera categórica establezca la prohibición aludida por el actor, ciertamente la Comisión Nacional del Servicio Civil, en interpretación

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, Consejera Ponente: Doctora OLGA INES NAVARRETE BARRERO, sentencia de 3 de febrero de 2000, expediente: 5652, Actor: Ferrovalvulas Ltda.

<sup>8</sup> 313.6 C.N. 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.

<sup>9</sup> 315.7 C.N. Son atribuciones del Alcalde: 7. *Crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias, señalarles funciones especiales y fijar 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.*

del artículo 14 del Decreto 1227 de 2005, ha considerado la imposibilidad de modificar las condiciones de un cargo en el contexto de un concurso de méritos **antes de la provisión** y una vez haya sido ofertado. La norma establece lo siguiente:

**Artículo 14.** Antes de iniciarse las inscripciones, la convocatoria podrá ser modificada o complementada en cualquier aspecto por la Comisión Nacional del Servicio Civil, lo cual deberá ser divulgado por la entidad que adelanta el proceso de selección.

Iniciadas las inscripciones, la convocatoria solo podrá modificarse en cuanto al sitio, hora y fecha de recepción de inscripciones y aplicación de las pruebas, por la entidad responsable de realizar el concurso. Las fechas y horas no podrán anticiparse a las previstas inicialmente en la convocatoria....”- se destaca-

A partir de lo anterior tanto en la Circular conjunta 074 de 21 de octubre de 2009, como en posteriores ocasiones (Circular 025 de 2011), se ha precisado que: “...*las entidades no podrían suprimir empleos reportados y que ya hayan sido ofertados a los aspirantes...antes de su provisión y hasta cuando el servidor nombrado supere el periodo de prueba...*” – se destaca-

Dicho esto, se advierte al rompe, que la actora no se encontraba en una situación como la descrita en la norma o en la circular, pues para cuando el proceso de supresión tuvo materialización (30 de agosto de 2012), la señora ROSMIRA GARZON ESLAVA, ya había superado el periodo de prueba (ver oficio AM-439 de 30 de diciembre de 2011, f 163) y de hecho ya estaba nombrada y posesionada en propiedad, como se aprecia a folios 164-166, donde reposa el acto de nombramiento (Decreto 08 de 15 de enero de 2012 y el acta de posesión de la misma calenda), por consecuencia, no existe la infracción que se denuncia, menos aún debía el ente territorial demandado noticiar el inicio de la supresión a la CNSC. El cargo no prospera-

#### DISPONIBILIDAD PARA ATENDER LOS COSTOS DE SUPRESION

Se duele la demandante de que el Municipio de Macanal contrarió el artículo 71 del Decreto 111 de 1996, que obliga a tener disponibilidades previas y suficientes para atender los gastos de indemnización por supresión de cargos.

El cargo no está llamado al éxito:

La disposición invocada contempla o expresa el principio de legalidad del gasto, conforme al cual “*Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos*”, indicando respecto a las supresiones:

Para las modificaciones a las plantas de personal de los órganos que conforman el presupuesto general de la Nación, que impliquen **incremento en los costos actuales**, será requisito esencial y previo la obtención de un certificado de viabilidad presupuestal, expedido por la dirección general del presupuesto nacional en que se garantice la posibilidad de atender estas modificaciones.

Cualquier compromiso que se adquiera con violación de estos preceptos creará responsabilidad personal y pecuniaria a cargo de quien asuma estas obligaciones (L. 38/89, art. 86; L. 179/94, art. 49)

En relación con este aspecto, el Juzgado encuentra que ciertamente la circunstancia de contar con los recursos correspondientes para atender los costos de supresión ha sido relevado por el parágrafo 3 del artículo 44 de la Ley 909 de 2004, que establece:

**Parágrafo 3º.** En todo caso, no podrá efectuarse supresión de empleos de carrera que conlleve el pago de la indemnización sin que previamente exista la disponibilidad presupuestal suficiente para cubrir el monto de tales indemnizaciones.

Requisitos respecto a los cuales el Consejo de Estado, frente a normativas anteriores de contenido similar expresó que no podían comprometer la legalidad del acto de supresión, si la finalidad era atender la consecuencia (indemnización) que se verifica ex post<sup>10</sup>:

“El requisito normativo de orden presupuestal tiene por finalidad garantizar el pago de las indemnizaciones que se hubieran causado por la supresión de empleos y en este sentido es un requisito adjetivo al acto de supresión. Si la finalidad perseguida por tal requisito se cumplió a cabalidad, sería absurdo anular el Acto principal por el incumplimiento del requisito accesorio de garantía”

No obstante, para desechar el cargo basta indicar que a folios 138-141, aparece copia de la Resolución 170 de 17 de septiembre de 2012, por medio de la cual se ordena el reconocimiento y pago de una indemnización por supresión de empleo en favor de la señora GARZON ESLAVA, por cuantía de \$1.204.029, por modo que entonces, su existencia permite inferir la previa disponibilidad de recursos para atender los costos de supresión, al menos en lo que a ella se refiere, pues si bien el Juzgado entiende que podría haberse emitido el acto sin el soporte fiscal correspondiente, lo cierto es que la parte actora no se ha quejado de la ausencia de pago y en tal virtud es viable entender que el principio de legalidad en el gasto no se quebrantó en este asunto.

Además de lo anterior, ningún esfuerzo probatorio realizó la parte actor para probar lo contrario.

#### MODIFICACIONES DE LA HOJA DE VIDA

Señala la actora que la actuación quebranta el artículo 82 de la Ley 443 de 1998, porque su hoja de vida no tiene los documentos legales que demuestren las modificaciones sucesivas producidas en su vida laboral.

El cargo no prospera:

Aunque la ley 909 de 2004, no derogó el artículo 82 de la ley 443 de 1998, el Juzgado no encuentra que la regulación relativa al sistema único de información personal, constituya un requisito de validez de la decisión de supresión conforme al contenido de los artículos 41 a 46 de la Ley 909 de 2004 y artículos 95 a 97 del Decreto reglamentario 1227 de 2005 (o concordantes)

Empero, el cargo es etéreo en tanto arrimándose a la actuación la copia de la hoja de vida de la señora GARZON ESLAVA (fs. 66-177), no evidencia el Juzgado que falte documentación y ciertamente la parte promotora no informa qué es asunto.

#### COMISIONES DE PERSONAL

En términos generales plante el libelo que se transgredió el artículo 20 de la Ley 489 de 1992, Decreto 1228 de 2005, Decreto 760 de 2005, la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1227 de 2005, por omitir la creación de la comisión de personal para cumplir las funciones allí señaladas.

Se considera lo siguiente:

<sup>10</sup> Respecto a la Ley 27 de 1992, Decreto 1223 de 1993 sentencia CE2A 12 Oct. 2006, Ana Margarita Olaya Forero R. 08001-23-31-000-1998-01402-01(5569-05).

La Ley 909 de 2004, en su artículo 16, establece las comisiones de personal, previendo como funciones de relevancia las siguientes:

“(…) 2. Además de las asignadas en otras normas, las Comisiones de Personal cumplirán las siguientes funciones:

a) Velar porque los procesos de selección para la provisión de empleos y de evaluación del desempeño se realicen conforme con lo establecido en las normas y procedimientos legales y reglamentarios y con los lineamientos señalados por la Comisión Nacional del Servicio Civil...

c) Solicitar a la Comisión Nacional del Servicio Civil la exclusión de la lista de elegibles de las personas que hubieren sido incluidas sin reunir los requisitos exigidos .....

**d) Conocer, en primera instancia, de las reclamaciones que formulen los empleados de carrera que hayan optado por el derecho preferencial a ser vinculados, cuando se les supriman sus empleos, por considerar que han sido vulnerados sus derechos;**

**e) Conocer, en primera instancia, de las reclamaciones que presenten los empleados por los efectos de las incorporaciones a las nuevas plantas de personal de la entidad o por desmejoramiento de sus condiciones laborales o por los encargos;**

(..)

j) Las demás funciones que le sean atribuidas por la ley o el reglamento.(...) – se destaca

Respecto a la conformación y elección de los miembros de la Comisión de Personal se ocupa el Decreto 1228 de 2005 y en el Decreto 760 de 2005, se regulan también funciones de este organismo, que en punto de los literales destacados en precedencia, establece:

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

(...)

**ARTÍCULO 31.** La **Comisión de Personal** de la entidad en la que se suprimió el cargo **conocerá y decidirá en primera instancia sobre las reclamaciones que formulen los ex empleados de carrera con derecho preferencial a ser incorporados** en empleos iguales o equivalentes de la nueva planta de personal por considerar que ha sido vulnerado este derecho o porque al empleado se le desmejoraron sus condiciones laborales por efecto de la incorporación.

La reclamación deberá formularse con el lleno de los requisitos establecidos en el presente decreto, dentro de los cinco (5) días siguientes a la comunicación de la supresión del cargo.

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

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

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

(...)

**ARTÍCULO 46.** Si el ex empleado acude ante la jurisdicción contencioso-administrativa por los mismos hechos que originaron la reclamación **ante la Comisión de Personal** o ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, deberá informar de esta situación a estos órganos, lo cual dará lugar a la terminación y archivo de la actuación administrativa y los antecedentes se remitirán de oficio al tribunal respectivo dentro de los diez (10) días siguientes.

Cualquier actuación administrativa que se adelante o decisión que se adopte con posterioridad a la fecha de ejecutoria del auto admisorio de la demanda no producirá efecto alguno. – se destaca-

A partir de lo anterior, se advierte que la finalidad primordial de la Comisión de Personal, es la de velar por el respeto y garantía de las prerrogativas de los empleados de carrera administrativo en el marco del derecho de incorporación.

Esta posición es compartida por la doctrina emitida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, en sesión realizada el 10 de diciembre de 2007<sup>11</sup>, en la que se precisó que la competencia atribuida por la ley a ese organismo, en materia de Comisiones de Personal radica en vigilar que en las entidades del Estado a cuyos funcionarios se aplica la Ley 909 de 2004 exista una Comisión de Personal que garantice los derechos de los funcionarios de carrera administrativa.

Por otra parte, ya el máximo Tribunal de lo Contencioso había determinado que el papel de las Comisiones de Personal no es determinante, ni obligatorio, en los procesos de reestructuración, en referencia a la supresión de cargos:

“Con relación al primer argumento la Sala lo encuentra improcedente, pues si bien los artículos 60 y 61 de la Ley 443 de 1998 contemplan una comisión de personal para las entidades que regula con la finalidad de realizar determinadas funciones, no hacen referencia alguna a la participación que debe realizar dentro del proceso de supresión de cargos al interior de la administración municipal, ni mucho menos condiciona la facultad constitucional del Alcalde Municipal para crear, suprimir o modificar cargos dentro de la administración municipal. La comisión de personal tiene competencia para conocer de reclamaciones interpuestas por los empleados a los cuales se les suprimió su cargo por considerar que les fueron vulnerados sus derechos, de igual manera puede emitir un concepto sobre la declaratoria de insubsistencia de los empleados por calificación insatisfactoria sin que goce de fuerza vinculante, pero no le es posible desconocer mandatos constitucionales ni mucho menos limitar las funciones inherentes a un Alcalde Municipal”<sup>12</sup>.

Toda vez que el criterio adoptado por el Honorable Consejo de Estado ya transcrito, se definió por las funciones que la Ley 443 de 1998 había asignado a las Comisiones de Personal, se encuentra, de acuerdo a lo examinado, que este criterio se sostiene hoy en día, pues aunque el artículo 16 de la Ley 909 de 2004, y sus Decretos reglamentarios 760 y 1227 de 2005, prevén directamente una primera instancia en cabeza de la mentada Comisión, para reclamaciones por los efectos en las incorporaciones de las nuevas plantas de personal, no le asigna funciones al cuerpo colegiado, en materia de supresiones, ni mucho menos que deba ser oída previamente para poder llevarla a acabo. En similar sentido el Tribunal Administrativo de Boyacá, señaló<sup>13</sup>:

“... Los contenidos de los artículos 60 y 61 de la Ley 443 de 1998, invocados por la actora no tienen el alcance que la demandante les da, pues según su criterio, incumbía a la Comisión de Personal del ente territorial tener una participación activa en los procesos de reestructuración, lo cual si bien no se encuentra restringido, los imperativos legales invocados no lo autorizan, menos lo obligan o tornan vinculante y por ello, pese a la inexistencia de prueba para acreditar que ello no ocurrió, su eventual omisión no viciaría de ilegalidad la actuación administrativa demandada. En efecto, prevén las normas: (...) Como se aprecia, en parte alguna de las normas transcrita se prevé como obligación del nominador escuchar como concepto previo lo que la Comisión de Personal tenga a bien considerar frente a los procesos de reestructuración y mucho menos que su participación sea obligatoria para poder llevar a cabo una modificación a la planta de personal...”

Dicho esto, es evidente que el cargo no puede prosperar, ya que la preexistencia de la Comisión de Personal, no es condición de validez de la decisión de supresión.

#### PLANES DE READAPTACION LABORAL

Considera ilegal la decisión de supresión por inobservancia del artículo 77 Ley 617 de 2000 que contempla el plan de readaptación laboral.

<sup>11</sup> Concepto CNSC sesión de fecha 10 de diciembre de 2007; confirmado por concepto de la misma corporación de fecha 21 de febrero de 2008 en : [http://www.ensc.gov.co/docs/3\\_3\\_23\\_2\\_2348.pdf](http://www.ensc.gov.co/docs/3_3_23_2_2348.pdf)

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B Consejero ponente: Doctor VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, sentencia de 6 de mayo de 2010, expediente: 70001-23-31-000-2000-01496-01(2710-08)

<sup>13</sup> Sala de Decisión No. 1, MP. Doctora CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ, sentencia de 25 de noviembre de 2009, exp: 15001 3133 008 2002 - 01621 -01

La norma invocada establece:

**Artículo 77.- Readaptación laboral.** El Departamento Administrativo de la Función Pública, los departamentos y municipios serán responsables de establecer y hacer seguimiento de una política de reinserción en el mercado laboral de las personas que deben desvincularse en el cumplimiento de las disposiciones de esta ley.

Dentro de las actividades que se deban implementar bajo la dirección o coordinación del Departamento Administrativo de la Función Pública deberán incluirse programas de capacitación, préstamos y servicio de información laboral. En este proceso participarán activamente la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, Dansocial, y las demás entidades del Estado que sean designadas por el gobierno.

Así mismo, promoverán y fomentarán la creación de cooperativas de trabajo asociado conformado por el personal desvinculado.

La omisión total o parcial de esta disposición, dará lugar al ejercicio de la acción de cumplimiento a que se refiere el Artículo 83 y a la imposición de las sanciones previstas en el Artículo 84.

En armonía con lo anterior el artículo 75 del Decreto 1227 de 2005, prevé:

**Artículo 75.** De conformidad con el artículo 24 del Decreto-ley 1567 de 1998 y con el fin de mantener niveles adecuados de calidad de vida laboral, las entidades deberán efectuar los siguientes programas:

(...)

75.2. Evaluar la adaptación al cambio organizacional y adelantar acciones de preparación frente al cambio y de desvinculación laboral asistida o readaptación laboral cuando se den procesos de reforma organizacional.

De la normatividad transcrita se infiere que la virtual ausencia del Plan de Readaptación Laboral en manera alguna vicia la actuación administrativa de supresión de empleos, pues ésta, es anterior a los aludidos programas, de tal suerte que no es condición para su validez y por lo mismo, no es necesario que existan o se promuevan antes de que se verifique la reforma a la planta.

Lo anterior porque los programas tienen como destinatarios a las personas retiradas del cargo, quienes, por contera, no se podrán individualizar sino hasta cuando el nominador en uso de la facultad discrecional seleccione al personal con derechos preferenciales que integrará la nueva planta de personal.

En este sentido se pronunció el Tribunal Administrativo de Boyacá, al considerar ante igual argumento lo siguiente<sup>14</sup>:

“Insistió la actora, que el proceso de reestructuración la entidad territorial no aplicó los artículos 68 y 77 de la Ley 617 de 2000 y el Convenio 159 de la OIT aprobado por la Ley 82 de 1998, que exigieron “un plan de contingencia para la adaptación de las personas a una nueva etapa productiva”, políticas de reinserción laboral y readaptación de personas discapacitadas. El contenido de las primeras normas es el siguiente: (...)”

**De las normas citadas no se infiere que los planes de “readaptación laboral” sean requisito previo a los procesos de reestructuración y modificación de las plantas de personal de manera que pudiera examinarse a la luz de un vicio de nulidad por expedición irregular.**

**En principio, indica la lógica, que los procesos de readaptación laboral son posteriores al momento en que el empleado es retirado del cargo pues se trata de programas encaminados a la capacitación del empleado retirado en nuevas o distintas labores de aquellas que desempeñaba en la entidad. De manera que mal puede admitirse la ilegalidad de un acto administrativo que, en principio, nada decide sobre programas de readaptación laboral y, además, es anterior al momento en que tales programas han de llevarse a cabo.**

Si la actora consideraba que la entidad no había cumplido con los programas de readaptación laboral, era su obligación reclamar el deber omitido a la administración pero, considera esta Sala, ese es un debate ajeno

<sup>14</sup> Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 1, MP. CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ, sentencia de 18 de noviembre de 2009, expediente: 15001 3133 009 2002 - 01305 -01

a la legalidad de la supresión de los empleos pues, además, se reitera de tal asunto no se ocupó el acto demandado<sup>15</sup>.-Destaca el Juzgado-

No sobra añadir que si la demandante se encontraba inconforme con la omisión al deber establecido en la disposición transcrita, podía acudir a la acción de cumplimiento en aras de procurarse amparo en el acatamiento del ordenamiento. El cargo no prospera.

#### BUEN DESEMPEÑO DE LA EMPLEADA

Alega que no se aprecia la aplicación de criterios de razonabilidad, proporcionalidad ni prevalencia del interés general, pues a la demandante no le fue reconocida su amplia experiencia en el sector público, ni la eficiencia y eficacia que aplicaba en el desempeño de sus funciones-.

El cargo no está llamado a prosperar por lo siguiente:

La desaparición de un empleo en el marco de un proceso de supresión de cargos o de reestructuración administrativa es causa jurídica válida para determinar el retiro del servicio de un empleado aun cuando ostente derechos de carrera administrativa ( literal l) del artículo 41 Ley 909 de 2004); beneficio de estabilidad, que no convierten al empleado o funcionario público en un elemento inamovible, justamente porque las instituciones del Estado se deben al servicio público y al interés general, de manera que estos intereses superiores deben prevalecer. Al respecto, resulta pertinente traer a colación el siguiente pronunciamiento de la Corte Constitucional que evidencia la facultad de la administración para suprimir cargos, así sean de carrera:

“Respecto del derecho a la estabilidad de los empleados de carrera, la administración, por razones de interés general, de eficacia y eficiencia de la función pública, está facultada constitucionalmente para suprimir determinados cargos por razones de interés general, enmarcadas en la necesidad que tiene el Estado de cumplir sus finalidades, entre las cuales se encuentran primordialmente, adecuar y modernizar su funcionamiento.”<sup>16 17</sup>

<sup>15</sup> En este mismo sentido se pronunció el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 1, en sentencia de 18 de noviembre de 2009, con ponencia de la Magistrada Clara Elisa Cifuentes Ortiz, dentro del expediente: 15001 3133 001 2002 01448-01, actor Clemencia Cortazar Casas, Demandado: Departamento de Boyacá.

<sup>16</sup> Corte Constitucional, M.P. Hernando Herrera Vergara, Sentencia C-522 de 1995.

<sup>17</sup> También puede consultarse: Corte Constitucional Sentencia C-370 de 1999 Magistrado Ponente Doctor CARLOS GAVIRIA DIAZ, dictada para resolver una demanda contra la exequibilidad del artículo 39 de la Ley 443 de 1998 que reguló “los derechos de los empleados de carrera administrativa en caso de supresión de empleos”: “...No hay duda de que la pertenencia a la carrera administrativa implica para los empleados escalafonados en ella la estabilidad en el empleo, sin embargo, esa sola circunstancia no obliga al Estado a mantener los cargos que éstos ocupan, por siempre y para siempre, pues pueden existir razones y situaciones que justifiquen la supresión de los mismos. La estabilidad, como tantas veces se ha dicho, “no significa que el empleado sea inamovible, como si la Administración estuviese atada de manera irreversible a sostenerlo en el puesto que ocupa aún en los casos de ineficiencia, inmoralidad, indisciplina o paquidermia en el ejercicio de las funciones que le corresponden, pues ello conduciría al desvirtuamiento de la función pública y a la corrupción de la carrera administrativa. (...)” El derecho a la estabilidad, “no impide 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 oponerse los derechos de carrera de los funcionarios ya que éstos deben ceder ante el interés general.” (...) La supresión de un cargo de carrera administrativa se puede producir por múltiples circunstancias, v.gr. por fusión o liquidación de la entidad pública respectiva, por reestructuración de la misma, por modificación de la planta de personal, por reclasificación de los empleos, por políticas de modernización del Estado con el fin de hacer más eficaz la prestación del servicio público, controlar el gasto público, abolir la burocracia administrativa, etc. Objetivos que deben dirigirse exclusivamente a lograr la optimización en términos de calidad, idoneidad y eficiencia del servicio público, basarse en criterios de razonabilidad, proporcionalidad y prevalencia del interés general, sin dejar de lado la protección de los derechos de los trabajadores. (...) Dado que la supresión de cargos así sea con los fines anotados implica necesariamente un daño, surge con claridad meridiana el deber de reparación por parte del Estado, por que “si bien es cierto que el daño puede catalogarse como legítimo porque el Estado puede en función de la protección del interés general determinar la cantidad de sus funcionarios (arts. 150-7 y 189-14 C.P.), esto no implica que el trabajador retirado del servicio tenga que soportar íntegramente la carga específica de la adecuación del Estado, que debe ser asumida por toda la sociedad en razón del principio de igualdad de todos ante las cargas públicas (C.P. art. 13). Los derechos laborales entran a formar parte del patrimonio y no pueden ser desconocidos por leyes posteriores (art. 58-1 C.P.). Además, las autoridades de la República están obligadas a protegerlos (art. 2 C.P.). Esto armoniza con una de las finalidades del Estado social de derecho: la vigencia de un orden social justo (Preámbulo de la Carta). Por ello se trata de una indemnización reparatoria fundamentada en el reconocimiento que se hace a los derechos adquiridos en materia laboral.” (...) El deber de indemnizar encuentra fundamento constitucional, en el hecho de que el empleado público de carrera administrativa “es titular de unos derechos subjetivos adquiridos que gozan de protección constitucional, al igual que ocurre con la propiedad privada, según el artículo 58 de la Carta. Por lo tanto, esos derechos no son inmunes al interés público pues el trabajador, como el resto del triptico económico –del cual forma parte también la propiedad y la empresa- está afectado por una función social, lo cual no implica que la privación de tales derechos pueda llevarse a efecto sin resarcir el perjuicio que sufre su titular en aras del interés público. De allí que, si fuese necesario que el Estado, por razones de esa índole, elimine el empleo que ejerce el trabajador inscrito en carrera, como podría acontecer con la aplicación del artículo 20 transitorio de la Carta, sería también indispensable indemnizarlo para no romper el principio de igualdad en relación con las cargas públicas (art. 13 C.N.), en cuanto aquél no tendría obligación de soportar el perjuicio, tal como sucede también con el dueño del bien expropiado por razones de utilidad pública. En ninguno de los casos la licitud de la acción estatal es óbice para el resarcimiento del daño causado.”

Entonces, si bien la demandante estaba escalafonada en carrera administrativa, tal circunstancia no impedía que la entidad demandada efectuara las reestructuraciones que considerara adecuadas para ofrecer una mejor prestación del servicio, incluida desde luego, la supresión de cargos; sin embargo, los empleados de carrera tienen la posibilidad frente a la supresión del cargo que desempeñan, de manifestar libremente su intención de ser reincorporado a un empleo equivalente en la nueva planta de personal o de ser indemnizados conforme a lo previsto en la ley, tal como lo manifestó la Corte Constitucional en sentencia T-733 de 2001<sup>18</sup>

Surge de lo anterior que el estatus de escalafonada no impide *per se* que se lleve a cabo una reforma administrativa en la planta de personal de una entidad o que resulte inviable el retiro de un empleado por dicha causa.

De otra parte, la jurisprudencia sostiene que **la calidad en la prestación del servicio no es asunto que imponga estabilidad laboral de los empleados** escalafonados cuando su cargo ha sido suprimido. Señaló el Consejo de Estado:

“Y, en cuanto a las calidades laborales del actor, se ha dicho que, tratándose de reestructuración de entidades no es este un factor determinante para decidir la supresión del empleo pues este acto administrativo, se expide en atención a necesidades generales del servicio y no a condiciones particulares de los empleados. Por ello, aunque se trate de empleados eficientes, no resulta ilegal que su empleo sea suprimido ya que de lo que se trata es de tomar las medidas necesarias para obtener los mejores resultados en la gestión pública, examinada ella desde las necesidades generales de la administración en aras a lograr el cumplimiento de sus fines. Por el contrario, si al decidirse la reestructuración de una entidad se atiende a las condiciones personales de los servidores, la medida resultaría ajena a los fines para los cuales se ha otorgado la facultad.”<sup>19</sup>-negrillas fuera de texto-

## ESTUDIO TÉCNICO

En relación con el estudio técnico el Juzgado puede identificar dos puntos centrales de reparo, el primero ligado a la competencia para su elaboración y el segundo atinente a sus requisitos o condiciones de aptitud, para soportar la reforma de la planta de personal. El Juzgado en consecuencia se referirá a cada aspecto de la manera que sigue:

### Competencia para elaborar el Estudio Técnico.

En lo esencial la parte demandante señala que bajo el imperio del artículo 46 de la Ley 909 de 2004, la reforma de la planta de personal debía efectuarse con apoyo en estudios técnicos que podía elaborar: la misma entidad, la ESAP o *firmas o profesionales especializados*.

Comenta en ese sentido que ello cambió con la expedición del Decreto 019 de 2012, dado que de su artículo 228, se señala que debía ser elaborado por la misma entidad: a través de un equipo interdisciplinario dirigido por el Jefe en este caso el Alcalde y bajo las directrices del DAFP y/o la ESAP, sin que se mencionara en esta reforma a las firmas o profesionales

<sup>18</sup> “De acuerdo con la reglamentación sobre la materia y con el fin de preservar los derechos de los servidores públicos, en los eventos en que se supriman cargos desempeñados en propiedad por empleados inscritos en el escalafón de carrera administrativa, su titular tendrá la oportunidad de expresar libremente su intención de ser incorporado en un empleo equivalente en la nueva planta de personal o de ser indemnizado de acuerdo con factores previamente señalados en la ley. La supresión del cargo se basa en criterios objetivos, consagrados en la Constitución y la ley. Esta modalidad de retiro del servicio no admite criterio diferente a un presupuesto fáctico consistente en la efectiva supresión del cargo de la planta de personal de la entidad u organismo. Por lo tanto, el cambio de naturaleza, el cambio de denominación o la reclasificación de los cargos son circunstancias administrativas ajenas a la figura de la supresión del cargo y, según la ley, no constituyen causal de retiro del servicio para sus titulares en tanto en las hipótesis señaladas los empleos permanecen, aunque con modificaciones, en la nueva planta de personal. En estas condiciones, la estabilidad de la carrera administrativa se garantiza con la incorporación, cuando ella procede, o con la indemnización correspondiente.”<sup>18</sup>

<sup>19</sup> Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia de abril veinticuatro (24) de dos mil tres (2003), Ref.: Expediente No. 4100-1233-1000-1995-7985-01, No. Interno: 4221-2001

especializados, de lo cual deduce, que a partir de la vigencia del Decreto en cuestión ya no es **permitido** que se encargue la elaboración de estudios técnicos a particulares.

En virtud de lo expuesto y tras referir en amplios apartados al contrato celebrado por la administración municipal con el señor JUAN GUILLERMO FRANCO y el alcance del objeto encomendado, reprocha la falta de competencia de aquel, e incluso que era innecesario acudir a la contratación cuando conforme a la Ley 1151 de 2012 se podía obtener el acompañamiento de la ESAP.

Para resolver se considera:

El artículo 46 de la Ley 909 de 2004, precisaba:

ARTÍCULO 46. 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 artículo fue modificado por el artículo 228 del Decreto 19 de 10 de enero de 2012, en los siguientes términos:

“Modifíquese el artículo 46 de la Ley 909 de 2004, el cual quedará así:

**Artículo 46. Reformas de planta de personal.** Las reformas de plantas de personal 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 bajo las directrices del Departamento Administrativo de la Función Pública y de la Escuela Superior de Administración Pública - ESAP-.

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

Toda modificación a las plantas de personal de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del poder público del orden nacional, deberá ser aprobada por el Departamento Administrativo de la Función Pública.”- se destaca

El Juzgado no comparte la tesis de la promotora, pues aunque innegablemente la redacción de la norma mutó, no se deriva de la nueva disposición un precepto imperativo que obligue a las entidades a proceder en ese único sentido.

Así es pues, aunque el primer inciso adopta la locución “deberá”, ella se circunscribe a la motivación en necesidades de servicio o razones de modernización con estudios técnicos que lo demuestren, sin que avance a imponer quienes pudieran ser los únicos autorizados para confeccionar este tipo de trabajos. Nótese que el resto del artículo adopta los verbos “adoptará” y “deberá”, no obstante para referirse a la Obligación del DAFP para dictar la metodología guía y la necesidad de aprobación de los estudios técnicos para los organismos del orden nacional

Pero a la interpretación gramatical de la norma (art. 27 CC), no se detiene en la simple evidencia de no incorporarse un verbo imperativo, sino además en que tampoco se establecieron sanciones o consecuencias en caso de que se encargue la elaboración de estudios técnicos a terceros distintos

de los allí indicados. Si la intención del legislador hubiese sido la de establecer una consecuencia en el terreno de la validez o eficacia jurídica la habría implementado a título de sanción, no obstante nada de ello se dispuso.

La interpretación de esta norma, bien puede hallarse apoyada por lo establecido en la Ley 1151 de 2012, en el contexto de los principios de la función administrativa (art. 209 superior), principalmente de la coordinación y colaboración del sector nacional al territorial. En efecto, nótese que la intención del legislador es la de articular la actividad del DAFP y de la ESAP vinculada en el control de las reformas del orden nacional para que a su turno y en el nivel territorial sirvan de asesoras de los programas de reestructuración o de reformas de plantas de personal, no obstante se insiste, sin que el legislador haya establecido alguna consecuencia adversa por no aplicar esta colaboración.

Eso es justamente lo que se aprecia del contenido del artículo 5 de la Ley 1151 de 2012:

**ARTÍCULO 5o.** Dentro del marco de los **principios de coordinación, complementariedad, sostenibilidad, economía y buen gobierno**, los municipios contarán con el apoyo de la Escuela Superior de Administración Pública - ESAP - en la identificación de necesidades y en la determinación de buenas prácticas administrativas.

Así mismo, la ESAP, apoyará al gobierno nacional en la gestión, promoción, difusión, desarrollo e implementación de las políticas públicas de buen gobierno y competitividad en los entes territoriales.

Los municipios de 5 y 6 categoría contarán con el acompañamiento gratuito de la ESAP en la elaboración de los estudios y análisis a los que se refiere el artículo 46 de la Ley 909, **cuando los municipios así lo requieran.**- se destaca-

De allí entonces que conforme a una interpretación, gramatical, teleológica y sistemática, no encuentre este Juzgado que en realidad se haya **“prohibido”** por el legislador efectuar contratación o encargar a terceros la elaboración del estudio técnico, ello desde luego, sin perjuicio de los reproches que puedan caber al administrador del recurso, cuando en lugar de optar por el acompañamiento gratuito de una entidad especializada en la materia, gasta dinero de forma innecesaria en la contratación de terceros.

En suma para lo que interesa a este apartado, no se actualiza una violación de la ley por prohibición expresa o una “falta de competencia” en lo que a la confección de los estudios técnicos se refiere; destáquese al efecto que el estudio es un soporte técnico que sirve para diagnosticar la necesidad de la modificación de la planta, pero la decisión administrativa la adopta el Alcalde del Municipio, quien es la autoridad competente para ello y es donde en últimas debe valorarse la competencia, situación que bien vale la pena indicar, no se ha cuestionado. Por lo demás, no puede siquiera pensarse que el objeto del contrato de prestación de servicios No. 024 suscrito entre el Municipio de Macanal y el señor JUAN GUILLERMO FRANCO sea ilegal, pues únicamente lo sería si es prohibido por la ley (art. 1523 CC) y en el caso de la actividad estatal cuando se celebra *“contra expresa prohibición constitucional o legal”* (art. 44 Ley 80 de 1993), en lo que habrá que añadir en armonía con lo ya indicado que lo expreso, será lo manifiestamente indicado o advertido.

En relación con este cargo de nulidad, se pronunció el Tribunal Administrativo de Boyacá en un asunto de similares contornos facticos<sup>20</sup>, en el cual tras examinar el contenido de las disposiciones señaladas y la ley 136 de 1994, llegó a la siguiente conclusión en el contexto de la contratación estatal y con previo apoyo en la jurisprudencia:

<sup>20</sup> Sentencia de 6 de agosto de 2015, expediente: 2013-0054, MP Dra. CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ

“Lo anterior permite afirmar, que si se trata de una reforma de la planta de personal para la modernización del municipio o por las necesidades del servicio, la entidad territorial, para cumplir con las exigencias establecidas en las normas que regulan la materia, **en especial las relacionadas con la elaboración de los estudios técnicos** según los artículos 46 de la Ley 909 de 2004 y 95 del Decreto 1227 de 2005, pueden celebrar contrato estatal con un particular para su elaboración, en tanto, exigen conocimiento técnico, profesional y especializado.

Si los servidores públicos de la entidad territorial no cuentan con la formación requerida para llevar a cabo un estudio técnico que permita adoptar una decisión como la mencionada, no hay obstáculo legal que le impida celebrar un contrato estatal con un particular, máxime cuando estos, son asuntos relacionados con su administración o funcionamiento, en los términos del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

El artículo 228 del Decreto 19 de 2012, no implica que la facultad de contratación desaparecido en materia de reestructuración administrativa, tal entendimiento desconocería la competencia constitucional que tienen los alcaldes para suscribir los contratos necesarios para el funcionamiento de la entidad<sup>1</sup>, como sería la de modernización de la entidad y la realización de reformas motivadas en las necesidades del servicio.

Tampoco encuentra la Sala que la supresión de la frase "firmas especial izadas en la materia", del artículo 46 de la Ley 909 de 2004, deba entenderse como prohibición para la entidades territoriales de celebrar contratos con el objeto de elaborar los estudios técnicos, tal como lo considero el actor, en razón a que es principio general del derecho que las restricciones y prohibiciones para la celebración de ciertos actos y contratos, deben ser **expresas**

(...)

Aunque se trate de un caso que dista del objeto de esta Litis, es útil para ilustrar que la prohibición de celebración de contratos estatales debe **estar prevista de forma expresa en una disposición con fuerza de ley y en la Constitución** y no puede sujetarse a las reglas de interpretación; ello porque se trata de una restricción que, en caso de no ser observada, genera una sanción legal, y en consecuencia, de ninguna manera, es posible extenderse por analogía o en aplicación de reglas hermenéuticas"- destacado original-

De acuerdo a estas consideraciones, es evidente entonces que el cargo no está llamado al éxito.

#### **Condiciones de aptitud del Estudio Técnico.**

Bajo este apartado se agrupan los defectos que de acuerdo con la demanda presenta el Estudio Técnico elaborado para el Municipio de Macanal.

- a) Se indicó que el estudio técnico de reestructuración administrativa, 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 y usa un procedimiento diferente al ordenado por el DAFP
- b) Señala que el estudio no precisa las cargas de trabajo, perfiles de empleos ni misión y visión de la entidad. Se duele de la ausencia de estudio sobre las cargas de trabajo del empleo ocupado por la actora y que determinarían que el mismo no era necesario y debía suprimirse.
- c) Dice que no se tuvieron en cuenta los informes de control interno o de sistema de gestión de calidad.
- d) Que no se hizo el análisis del comportamiento financiero del Municipio de Macanal de los últimos 4 años y tampoco hizo la proyección de las variables representativas del presupuesto municipal, para evidenciar la salud fiscal del municipio. Alega que sin estos análisis, la motivación de los actos acusados sobre el ajuste fiscal de la Ley 617 de 2000, es falsa.
- e) Tras aludir al análisis de los "procesos" (técnicos, misionales y de apoyo), dijo que existen varias formas de efectuar dicho análisis, para destacar que en el estudio técnico se optó por las "opciones prioritarias", pero que allí (folios 47-50) se limitó a transcribir apartes de

la guía, pero no se definieron los procesos sobre los cuales iba a determinarse los tiempos estándar y con ello las cargas de trabajo, por el contrario se hizo con procesos MACRO. Comenta que a folios 42 a 47 supuestamente se hace análisis de los procesos pero no se les asigna tiempos estándar, con lo cual no se habrían hecho estudio de cargas de trabajo por dependencia.

- f) De la mano con lo anterior, estima que las cargas de trabajo fueron mal determinadas, pues los procesos en que se debían basar no fueron analizados, verificados y medidos, ya que se obtienen de la medición de los procesos para determinar los tiempos estándar y con estos las cargas de trabajo.
- g) Que los tiempos estándar se determinaron con entrevistas, las cuales son subjetivas e improvisadas. Comenta de forma posterior que el mismo texto del estudio técnico es confuso en lo que respecta a la técnica que se utilizó para determinar el tiempo estándar (f. 32 y 33 ET)
- h) Con apoyo en la guía de modernización comenta que para determinar cargas de trabajo es indispensable y previo definir los procesos de cada dependencia, procedimiento que no se realizó, acudiéndose a las entrevistas, de las que además no hay prueba y tampoco de la realizada a la actora-
- i) Prosigue la demanda efectuando un comparativo del Estudio Técnico y la Guía de Modernización, para destacar además de lo ya indicado, la ausencia de *consideraciones preliminares, reseña histórica, análisis externo*.
- j) Respecto del *análisis financiero* expone que no se evidenció estado de crisis por déficit de más del 80%. Comenta defectos en el *análisis interno* y vuelve sobre el estudio técnico.
- k) Que se transgredieron los artículos 3, 6 y 7 de la Ley 617 de 2000, porque el Estudio Técnico no realizó el análisis financiero que evidenciara que no se superaban los límites de gastos de funcionamiento.
- l) Insiste que el trabajo no cumple con el análisis de los procesos misionales y de apoyo, la evaluación de los servicios, como tampoco con la evaluación de perfiles, funciones y cargas de trabajo, sin seguir la guía de modernización

Para resolver se considera:

El artículo 46 de Ley 909 de 23 de septiembre de 2004 dispone:

**"Artículo 46. Reformas de planta de personal.** Las reformas de plantas de personal 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 bajo las directrices del Departamento Administrativo de la Función Pública y de la Escuela Superior de Administración Pública - ESAP-.

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

Toda modificación a las plantas de personal de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del poder público del orden nacional, deberá ser aprobada por el Departamento Administrativo de la Función Pública."- se destaca-

Por su parte, el Decreto 1227 de 2005, en sus artículos 95, 96 y 97 establece:

“**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. (...)”

**Artículo 96.** 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:

- 96.1. Fusión, supresión o escisión de entidades.
  - 96.2. Cambios en la misión u objeto social o en las funciones generales de la entidad.
  - 96.3. Traslado de funciones o competencias de un organismo a otro.
  - 96.4. Supresión, fusión o creación de dependencias o modificación de sus funciones.
  - 96.5. Mejoramiento o introducción de procesos, producción, de bienes o prestación de servicios.
  - 96.6. Redistribución de funciones y cargas de trabajo.
  - 96.7. Introducción de cambios tecnológicos.
  - 96.8. Culminación o cumplimiento de planes, programas o proyectos cuando los perfiles de los empleos involucrados para su ejecución no se ajusten al desarrollo de nuevos planes, programas o proyectos o a las funciones de la entidad.
  - 96.9. Racionalización del gasto público.
  - 96.10. Mejoramiento de los niveles de eficacia, eficiencia, economía y celeridad de las entidades públicas.
- Parágrafo 1. Las modificaciones de las plantas a las cuales se refiere este artículo deben realizarse dentro de claros criterios de razonabilidad, proporcionalidad y prevalencia del interés general. Cuando se reforme total o parcialmente la planta de empleos de una entidad, no tendrá la calidad de nuevo nombramiento la incorporación que se efectúe en cargos iguales o equivalentes a los suprimidos a quienes los venían ejerciendo en calidad de provisionales.

**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.” -... Destaca el Despacho-

Advierte el Juzgado, que las normas transcritas, imponen como condición de validez de la reforma de la planta de personal las siguientes condiciones:

1. Motivar el acto.
2. El fundamento de la decisión es *calificado*: a) necesidades del servicio y/o b) razones de modernización.
3. El fundamento debe ser además probado con un Estudio Técnico
4. El Estudio Técnico requiere unos parámetros mínimos, a saber: basarse en metodologías de diseño organizacional y ocupacional que contemple o analice al menos tres aspectos, determinados en el ordenamiento: a) Análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo; b) Evaluación de la prestación de los servicios y c) Evaluación de las funciones, los perfiles y las cargas de trabajo de los empleos.

Viene al caso comentar que en lo que a estudios técnicos se refiere, tiene dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado, que la contradicción, juicio o valoración de los mismos debe aplicarse mediante prueba idónea, usualmente pericial, dado que este tipo de trabajos son realizados por personal especializado en metodologías de diseño organizacional.

Dijo el Consejo de Estado frente a la carga probatoria<sup>21</sup>: “...Si alguna inconsistencia presentaba el estudio técnico que dio lugar a la reestructuración administrativa, ha debido la interesada demostrar mediante prueba idónea tal irregularidad...”

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección "A", Consejero Ponente: Alfonso Vargas Rincón, sentencia de 1 de noviembre de 2007, expediente: 25000-23-25-000-2000-05211-01(1361-04), Actor: Lyda Stella Diaz vda. de amezquita, Demandado: Contraloría General de la Nación.

En ese sentido en decisión de 2006<sup>22</sup>, había sostenido:

Para la Sala no surge evidente el incumplimiento de la ley, que se endilga al acto acusado. Si la parte demandante consideraba que el estudio no es un estudio que fundamente modificaciones en la planta de cargos, era necesario que probara tal hecho mediante prueba idónea sin estarse únicamente a su parecer. Sin duda, un estudio técnico que implique la supresión de cargos de carrera exige, tal como se desprende de la ley, conocimientos profesionales especializados, de manera que ellos deben ser controvertidos también por personas con igual capacitación, de allí que se hable de “metodologías de diseño organizacional y ocupacional” para su elaboración...”

En el mismo sentido se pronunció en Sentencia de fecha 4 febrero de 2010, Consejero Ponente: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, radicación 1435-08 expuso:

“..La exigencia que recae en los hombros de la parte actora, cuando pretende impugnar un estudio técnico, no solo comprende la demostración de su existencia, cosa que se cumplió, sino que en presencia objetiva de tal estudio **demostrar su absoluta ineficiencia**, es decir, que si el informe proviene de una autoridad técnica, tal opinión versada no se combate con las simples apreciaciones y conjeturas de la demandante, sino que en principio es menester que haya una experticia que demuestre la inconveniencia o insuficiencia del estudio técnico. En principio, es inadmisibles que una apreciación técnica fruto del tratamiento de especiales conocimientos sea controvertida con la simple conjetura de un demandante, que expresa opiniones sobre un tema de expertos. No debe olvidarse que la entidad que produjo el dictamen, lo hizo bajo convenio con el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD (Convenio Col.98/007), con la coordinación del Contralor Departamental del Valle del Cauca, y que no se trata del aporte de un profano en la materia. Por lo demás, la parte demandante oscila, pues en unos pasajes de la demanda abona méritos al estudio técnico y en otros se duele de su inaplicabilidad y protesta por sus deficiencias.” – se destaca-

### Guía de modernización

Visto lo anterior, iniciara el Juzgado por señalar que la Metodología que adopta el Departamento Administrativo de la Función Pública para la elaboración de los estudios técnicos **no es parámetro obligatorio**, sino justamente **una guía**, que propende porque se satisfagan los componentes imperativos de la ley, es decir, la motivación, la observancia de la causa de modificación y el necesario examen de los aspectos del diseño organizacional, desde la perspectiva del análisis de los procesos, la evaluación del servicio y la evaluación de funciones, perfiles y cargas de trabajo.

En ese sentido, la misma guía advierte que la metodología es una propuesta o sugerencia y da a entender que bien puede optarse por otros métodos siempre que se satisfagan los aspectos esenciales determinados en la ley (fs. 647 y 648 C 1):

“Además de los instrumentos **sugeridos** en la presente guía, existen varias técnicas o herramientas organizacionales que pueden ser tomadas como soporte complementario o **sustitutivo** a la metodología **propuesta** en esta guía por el Departamento Administrativo, entre las cuales podemos mencionar....

La metodología **propuesta** en esta guía permite abordar y analizar de manera integral la organización de la institución pública, y facilitar la construcción de la reforma organizacional, para lo cual se **sugiere** desarrollar las siguientes etapas:

1. Reseña histórica
2. Marco legal
3. Análisis externo
4. Análisis financiero
5. Análisis interno
6. Evaluación de las Funciones, perfiles y cargas de trabajo
7. Planta de personal
8. Manual específico de funciones y competencias laborales - *destacados fuera de texto* -

Pero además de ello, se aprecia que en el documento remitido por el DAFP obrante a folios 1093 como prelude del dictamen pericial rendido en audiencia se había expresado: “...este Departamento ha expedido entre otras, la Guía de modernización de entidades públicas – versión 2012, para efectos de

<sup>22</sup>Sentencia proferida con ponencia del Consejero Doctor Alberto Arango Matilla, el treinta (30) de noviembre de dos mil seis (2006) en el expediente Radicación número: 76001-23-31-000-2001-05249-01(1928-05)

*apoyar a las entidades en sus procesos de modernización administrativa. Como su nombre lo indica, tales guías definen pautas metodológicas para facilitar el conocimiento de las normas relativas al empleo público y la organización del Estado Colombiano, pero no constituyen una regla inflexible ni son de obligatorio cumplimiento; por el contrario su propósito es aterrizar la norma a un lenguaje ciudadano de fácil comprensión y aplicación. – se destaca-*

En ese sentido el dictamen pericial rendido por el señor GABRIEL FERNANDO MUÑOZ DIAZ, en audiencia celebrada el 25 de noviembre de 2016, establece: “...esta guía es simplemente un parámetro un marco de referencia no es una camisa de fuerza para las entidades del nivel territorial y nacional también para el tema de desarrollar estudios técnicos como lo propone la ley... nosotros damos un parámetro estándar... si la guía tiene siete parámetros, no son obligatorios o no son obligantes en un estudio técnico, en un estudio técnico la norma solo pide que tenga tres componentes, el primer componente es un análisis de procesos, ósea la norma general lo que si pide que un estudio técnico debe contener es un análisis de procesos, es una evaluación de servicios y es un análisis de perfiles y cargas de trabajo...”min 8:05-9-23) (Cd, f. 109) – destaca el Juzgado

De acuerdo con lo anterior, se concluye claramente que el Municipio de Macanal no estaba obligado a seguir puntualmente los parámetros de la “guía de modernización” adoptada por el Departamento Administrativo de la Función Pública”, en cuanto hace a las metodologías conforme a las cuales debieran evaluarse los diferentes componentes a abordar y desde luego, tampoco debía agotar la totalidad de parámetros que el instrumento diseñaba, sino tan solo y tal como acertadamente lo expone el perito, los que de acuerdo con el ordenamiento debe observar.

De esta forma entonces puede el Juzgado de entrada desestimar todos los reparos que propone la parte actora contra la idoneidad del estudio que descansan en los literales a) e i) del listado de cargos elaborado en este apartado, como quiera que se reprocha directamente en ellos, no seguir la precitada guía, de modo que no se detendrá el Juzgado por economía en establecer si se cumplió o no con ellos dado que se torna un ejercicio estéril.

Ahora bien, se abordaran los demás reproches en el siguiente orden:

### **Análisis financiero**

El cargo frente a este aspecto es nutrido por los defectos resumidos en los literales d), j) y k) de nuestro listado; todos ellos atinentes a la supuesta inexistencia de análisis financiero, desde luego elaborado conforme a la GUIA, echando de menos examen de los últimos 4 años y falta de proyección (ver guía pag. 19 y ss), a lo cual suma, el supuesto desconocimiento de la Ley 617 de 2000 (arts. 3, 6 y 7) al considerar que en el estudio no se estable la superación de los gastos de funcionamiento en el margen de crisis por déficit del 80%, que permitiría justificar la reforma.

Al respecto bastara señalar que el análisis del comportamiento financiero del municipio si fue realizado en el estudio técnico como se aprecia a partir de la página 67 a 85, sin que resulte relevante que se haya o no cumplido de forma rigurosa con el “parámetro” esbozado en la guía. En este ejercicio es visible un comparativo entre ingresos y gastos, en donde además se valora el costo de la planta existente y la propuesta. Concluyendo el Estudio:

“(…) como se puede ver en la tabla anterior, el cálculo de los costos de la planta de personal, sobrepasa incluso el presupuestado para la vigencia fiscal 2012. El análisis de los ingresos del Municipio en las últimas 4 vigencias fiscales, se pueden concluir que los ingresos propios... han sido limitados; y a no ser que exista alguna situación extraordinaria inusual, esta tendencia se va a mantener. Por lo tanto es mejor ser conservadores al momento de comprometer los ingresos corrientes de la entidad para financiar los gastos de funcionamiento y es recomendable ajustar dichos gastos y en especial los gastos de funcionamiento asociados a la nómina y servicios personales...

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 supere 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 2.000”. (pg 84-85)

Nótese que en parte alguna, el diagnóstico del Estudio Técnico es que se haya superado el límite admisible que por gastos de funcionamiento tiene establecido para los municipios de 5 y 6 categoría la Ley 617 de 200 (80%, art. 6), que además sólo puede financiarse con ingresos corrientes de libre destinación (art. 3) y en ese sentido tampoco el Decreto 048 de 2012 (f. 178-182), invoca como causa de la supresión de cargos la necesidad imperiosa de ajustar el gasto a dicha ley porque se haya sobrepasado, lo que desde luego no se opone a que se aplique racionalización del mismo, si el contexto de la necesidad del servicio lo permite, en aras de **evitar o precaver** que ello vaya a ocurrir, de allí que en el acto de supresión se indicara en el considerando de motivos: *“(…) Que la Ley 617 de 2000, fijó unos límites al valor máximo de gastos de funcionamiento der los municipios (...) Que este estudio es consecuente con las medidas de saneamiento fiscal que debe adelantar el Municipio en los términos legal establecidos”*

De esta manera entonces, el estudio técnico no presenta defecto alguno en este aspecto. Añádase además, que bien podría no haberse referido a este particular, dado que el ordenamiento no impone efectuar examen del estado financiero de la entidad como condición de validez del estudio, cosa distinta es que el diagnóstico en el ámbito de “las necesidades del servicio”, pudieran evidenciar esta situación. El cargo no prospera-

#### **Requisitos del artículo 97 del Decreto 1227 de 2005**

Bajo este apartado pueden agruparse los cargos restantes enfilados contra el Estudio Técnico, pues se ha expresado en la demanda que el Estudio no cumple con las exigencias del artículo 97 del Decreto 1227 de 2005, en lo relativo al análisis de los procesos misionales y de apoyo, la evaluación de servicios, como tampoco con la evaluación de perfiles, funciones y cargas de trabajo, sin seguir la guía de modernización. En particular precisa:

Frete a la evaluación de servicios, que es inexistente.

Respecto de la evaluación de “procesos” (técnicos, misionales y de apoyo), considera al Estudio defectuoso, pues basándose en la metodología de “opciones prioritarias”, se limitó a transcribir apartes de la guía, sin que se definieran los procesos sobre los cuales iba a determinarse los tiempos estándar y con ello las cargas de trabajo; que el examen se circunscribió a los procesos MACRO

Frente al análisis de cargas de trabajo, comentó que el defecto del análisis de proceso se transmite al de cargas de trabajo, pues el examen Macro implica que no se habría hecho estudio de cargas

de trabajo por dependencia, punto en el cual refiere que no se hizo estudio sobre el empleo específico de la actora, cuya conclusión determinara que era innecesario y debía suprimirse.

Que los tiempos estándar se determinaron con entrevistas, las cuales son subjetivas e improvisadas. Comenta de forma posterior que el mismo texto del estudio técnico es confuso en lo que respecta a la técnica que se utilizó para determinar el tiempo estándar y que no hay prueba de las entrevistas, menos aun de la realizada a la actora. En los alegatos de conclusión incluso llegó a señalar que la misma era inventada.

El cargo está llamado a triunfar, empero de forma parcial:

El artículo 97 del Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004, viene a cumplir una importante función en el contexto de la reformas de planta de personal, y es nada menos que establecer las condiciones técnicas mínimas que debe poseer el Estudio Técnico, que como condición de eficacia ha establecido el artículo 46 de la Ley 909 en tratándose de la modificación de las plantas de cargos. De allí pues que en el ámbito de la función regulatoria el Gobierno Nacional haya establecido las siguientes condiciones:

El Estudio o Justificación Técnica, debe ser elaborado en el marco de una técnica propia afín a la organización de estructuras y procesos, esto es usando *"metodologías de diseño organizacional y ocupacional"*

No obstante, no se deja el diseño en un espectro demasiado amplio y exige que deba observar o contemplar **"como mínimo"** tres aspectos:

1. Análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo.
2. Evaluación de la prestación de los servicios.
3. Evaluación de las funciones, los perfiles y las cargas de trabajo de los empleos

Es la ocasión entonces para precisar que a diferencia de lo que ocurría en vigencia de la Ley 443 de 1998, en donde el Decreto 1572 de 1998 (art. 154), modificado por el Decreto 2504 de 1998, establecía que el estudio técnico contemplaría *"dependiendo de la causa que origine la propuesta, alguno o varios de los siguientes aspectos: 1. Análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo 2. Evaluación de la prestación de los servicios 3. Evaluación de las funciones asignadas, perfiles y las cargas de trabajo de los empleos"*.- se destaca- la actual regulación incorporada en el Decreto 1227 de 2005, en su artículo 97 varió las exigencias pasando ahora a ser copulativas, es decir, que el Estudio Técnico debe reunir la totalidad de estos tres ítems y no optativamente uno o varios.

Ciertamente no corresponde a este Juzgado efectuar un examen de la conveniencia o acierto de la regla introducida en las nuevas disposiciones, no obstante no puede obviar la evidente variación que en relación con los requisitos sustanciales del Estudio Técnico son redefinidas por el Gobierno, menos aún pretender que la nueva regulación sea la misma, pues claramente no lo es, y en tal virtud no corresponde el Despacho hacer interpretaciones que disten frontalmente del contenido gramatical de la disposición, por modo que si antes se suplía con uno o varios de estos aspectos, en la actualidad innegablemente debe aceptarse deben cumplirse con los tres requisitos.

En ese sentido aunque el Juzgado desconoce la existencia de un pronunciamiento del Tribunal de Cierre de la Jurisdicción Administrativa, respecto a la variación en comento, si encuentra decisiones

en las cuales se parte de la necesidad de la conjugación de los mismos. Así por ejemplo, en sentencia de 29 de junio de 2011, se indicó<sup>23</sup>:

El artículo 46 de la Ley 909 de 2004, prescribe que las reformas de planta de empleos de las entidades de la rama ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, deben motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren, elaborados por las respectivas entidades o por otras entidades o firmas especializadas.

A su vez, el artículo 96 del Decreto 127 de 2005, explica que las necesidades del servicio o las razones de modernización de la administración, pueden darse por cambios en la misión u objeto social o en las funciones generales de la entidad, el traslado de funciones o competencias de un organismo a otro o el mejoramiento o introducción de procesos, producción, bienes o prestación de servicios; y por tales causas legales pueden derivarse la creación o supresión de empleos.

El artículo 97, ibídem, por su parte, exige que los estudios técnicos deben basarse en metodologías de diseño organizacional y ocupacional que contemplen, **como mínimo un análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo, una evaluación de la prestación de los servicios y una valoración de las funciones, los perfiles y las cargas de trabajo de los empleos.**

Pues bien, encuentra la Sala que el estudio técnico denominado “Programa de Reorganización, rediseño y Modernización de las Redes de Prestación de Servicios de Salud”, elaborado por la entidad y el Departamento, cumple con todas los requisitos de las normas en cita, en primer lugar, porque está suficientemente probada la causa de la reestructuración de la entidad, cual era la ejecución de un programa de reorganización y rediseño de la prestación de los servicios a su cargo, y en segundo lugar, se puede constatar que el estudio, con base en una redefinición de su cobertura, hizo un análisis de los productos con el fin de satisfacer las necesidades de esa población determinada (evaluación de la prestación de los servicios) relacionando para ello, los procesos de apoyo internos y externos (análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo) identificando, según los tiempos de trabajo, el excedente de empleados (cargas de trabajo de los empleos), es decir, que abarcó **todos los aspectos contemplados** en el artículo 97 del Decreto 127 de 2005. – se destaca-

De forma más reciente en providencia de 15 de noviembre de 2016, con ponencia del Dr CESAR PALOMINO, expediente: 3007-14, indicó:

“El artículo 46 de la Ley 909 de 2004, prevé que las reformas de personal deberán motivarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren, elaborados por las respectivas entidades bajo las directrices del Departamento Administrativo de la Función Pública y de la Escuela Superior de Administración Pública.

Por su parte, el Decreto 1227 de 2005 y el Decreto 1567 de 1998 en sus artículos 95 a 97, además de reiterar lo dicho en la ley y que fue mencionado en el párrafo precedente, establecen que la modificación a las plantas de empleos, de las estructuras y de los estatutos de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del poder público del orden nacional, deberán contar con el concepto técnico favorable del Departamento Administrativo de la Función Pública.

También los estudios tienen que basarse en metodologías de diseño organizacional y ocupacional que **contengan 3 aspectos mínimos**: análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo; evaluación de la prestación de los servicios y evaluación de las funciones, los perfiles y las cargas de trabajo de los empleados.- se detasca-

En ese sentido, habiendo reprochado la parte actora que el Estudio contratado por el Municipio de Macana carecía de estas tres condiciones, el Juzgado puede advertir de entrada que la promotora logró mediante la prueba técnica correspondiente, demostrar que en efecto, el Estudio Técnico elaborado por JUAN GUILLERMO FRANCO en julio de 2012, carece de los requisitos mínimos indispensables para soportar la reforma. Veamos:

El señor perito, GABRIEL FERNANDO MUÑOZ DIAZ, administrador público de la ESAP y experto en desarrollo organizacional y estudios técnicos; rediseño de instituciones públicas a nivel nacional y territorial, precisó respecto del Estudio Técnico lo siguiente:

<sup>23</sup> SUBSECCION A, Consejero ponente: DR. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, Radicación: (1148-10)

(MIN 10 – 15 ) En referencia al Decreto 1227 de 2005, señaló que la modificación de estructura o de planta debe tener tres requisitos: análisis de procesos, evaluación de servicios y análisis de perfiles y cargas de trabajo. Que en ese sentido se examinó el estudio y evidenciaron que aunque el Estudio Técnico cumplía con dos condiciones (análisis de procesos y perfiles de trabajo/cargas de trabajo), no con la evaluación de servicio. Que si bien en el oficio se respondió que el estudio cumplía con la guía, es porque *“la pregunta nos está diciendo es ¿el estudio está acorde a las guías?, mas no nos está preguntando, el estudio está acorde a lo que la normatividad pide?”* (min 12.38). Señala que la guía es sólo un modelo y que hay muchos métodos para efectuar estudios técnicos, destacando que como la pregunta se refería a la guía, se contestó en ese sentido, pero se dejó la constancia de la falta de evaluación de la prestación de servicios. *“porque si nos hubieran preguntado de pronto de los componentes que dice el Decreto 1227 de 2005, que es el que dice, usted puede hacer técnica y metodológicamente los estudios técnicos, como quiera pero tiene que tener tres componentes, si esos tres componentes usted los tiene, ya el método con el que usted desarrolle el estudio técnico, con todo respeto discúlpeme la palabra, es que yo hablé así, nos importa un pepino, pero que desarrollo los tres componentes”* (14:42) insiste en que en virtud a como fue formulada la preguntas se respondió diciendo que conforme a la guía desarrollo dos ítems.

Más adelante preciso, ante pregunta del apoderado actor consistente en si está o no en el estudio técnico el ítem 2 del artículo 97 del Decreto 1227 de 2005, referente a la evaluación de la prestación del servicio señaló: *“no, como título como tal no se encontró.... No se encontró porque si bien ellos hacen digamos, muy escuetamente dentro del estudio técnico se habla un poco de la evaluación del servicio que ellos tienen, pero no se hace digamos un desarrollo técnico de ese punto como tal”* (min 16-17.23)

Se indagó por el apoderado en consideración al carácter de parámetro que tiene la guía, si independientemente de cuál método técnico utilice la entidad es obligatorio o no que se desarrollen los 3 puntos del artículo 97 del Decreto 1227 de 2005, a lo cual contestó: *“si son obligatorios, los tres elementos del artículo 95, 96 y 97.... y de los componentes porque están normativamente definido, los tres elementos tienen que estar....”* comentando que hay muchos modelos y *“en lo que asesoramos...por muy bien hecho que esté y por muchos aportes innovadores que tenga en el tema de reingeniería institucional, tiene que tener los tres elementos no puede dejar escapar ningún elemento de esos”* (24:11-26-26)

En punto de lo anterior el Juzgado pregunto con fines de claridad *“el Estudio técnico que se elaboró Para el Municipio de Macana y que fue materia de análisis por ustedes, carece en consecuencia del ítem evaluación de La prestación de los servicios? A lo cual contesto: “si señor”* (26:30-27) .Comenta el experto que se limitan a responder textualmente y ceñirse mucho a las preguntas, que en este caso se dice que está acorde en algunas cosas, destacando por ejemplo, que el análisis financiero está acorde, porque la guía lo único que exige es un comparativo (min 27 a 28 y min 33:20 yss)

Al referirse a la posibilidad de que sean las mismas entidades las que elaboren en equipos interdisciplinarios los Estudios Técnicos, indicó que la técnica de “Juicio de expertos”, implica aplicar el conocimiento de la *“misma gente de la entidad, que es la que conoce los procesos”*

destacando que el método subjetivo a través de la entrevista debe aplicarse a las personas más expertas que conozcan del proceso (min 31:56-33)

Al indagarse sobre la participación de personal del Municipio en la confección del estudio técnico, señaló que no la hubo y complementa la respuesta refiriéndose a las entrevistas de lo cual indicó que *“se supone que en un estudio técnico ... hay una parte de anexos, en un estudio técnico siempre tiene que haber una parte de anexos y cuales es esa parte de anexos, pues no es digamos un poco como lo que le ponían a uno ahí el tema de las cargas la vez pasada vino un compañero que se llama FREDY SUAREZ ... con él hicimos la revisión pero el ya no hace parte en estos momentos del Departamento y pues por ejemplo nosotros les decimos, no las cargas de trabajo no nos las impriman pónganlas magnéticamente porque magnéticamente realmente lo podemos mirar mejor es que así como nos lo mandaban así impreso le toca ponerse a uno a sacar calculadora y son como trescientos folios... mil algo, si ustedes miran de los mil algo del anexo son como trescientos folios de cargas de trabajo que no eran necesario, entonces que es lo que pedimos en el anexo... es mas o menos como cuando uno hace un trabajo de auditoria, todos los papeles de trabajo... todo lo de las actas de reunión, todo lo que tiene que ver, con que si hicieron entrevistas entonces anéxelas, por eso cuando nos decían ustedes que opinan de las entrevistas pues nosotros les pusimos es que hay no están las entrevistas anexadas, porque no están, entonces no hay entrevistas, no hay reunión ósea yo en estos momentos no tendría un soporte técnico ni veraz para yo decirles que hubo una participación de los funcionarios porque no lo hay, por eso digo, en ese marco yo les puedo hablar de pronto de lo de las entrevistas que es una forma de participación de los funcionarios pero tampoco lo tengo porque tampoco lo tengo anexo al estudio. (...) dentro de las fórmulas que él (el contratista) utilizó y que de hecho a mi me toco hacer como una muestra, lo voy a explicar cómo lo revisé señor juez, como no nos llegó en Excel las cargas sino nos llegó en físico, pues nos tocó ahí si como le digo a calculadora ponernos a mirar el como lo había sacado, supimos que lo había sacado por la muestra subjetiva, solo por una razón y en virtud de una razón que la enunciamos en el oficio y era por la formula estadística utilizada para el resultado que dio, que nosotros la señalamos acá, que es lo de los tiempos máximos, mínimos y medios, entonces así supimos que era subjetiva, él lo presenta con los cuadros como nosotros lo tenemos cuando son cargas de trabajo subjetivas, pero no podemos decir si él lo hizo con, para hacer cargas de trabajo subjetivas que era lo que yo les hablaba hace un momentico del juicio de expertos, que el juicio de expertos es digamos en el proceso... digamos estamos los dos en el proceso de control interno, pero el experto es el doctor, no yo y los dos trabajamos lo mismos, yo voy al experto a decirle, bueno un proceso de auditoría de por ejemplo a tesorería cuánto se demora, entonces el doctor como es experto el empieza a decir, mire primero hay que hacer unas reuniones previas, esas reuniones previas se hacen en tantos y tantos tiempos y así se empieza a identificar, esa es la entrevista pero no se hizo por esa razón es que nosotros no podemos decir que él utilizó juicio de expertos para el levantamiento de información”* (min 40 - 45:39) añade que hay otras formas de medir cargas de trabajo como el cronometraje *“nosotros identificamos que era método subjetivo porque cotejamos algunos resultados de las cargas ... por eso fue que los identificamos así, pero no tenemos en estos momentos como validarle que él hizo juicio de expertos a través de las entrevistas ... (46:50-47:20. Ante esta manifestación el Juzgado pregunta si las entrevistas debían acompañar el estudio técnico para verificar el instrumento. A lo cual contesta de forma afirmativa *“eso debe ser parte de los anexos del estudio técnico, debe estar todas evidencias de actas de reunión de todas las entrevistas, a quién se entrevistó a quien no se entrevistó y por qué, porque eso es un instrumento de evaluación para nosotros también, porque entrevistaron al doctor y no a mí, cuál fue el parámetro para que el doctor fuera el experto que determinara**

*las cosas, ah; es que el otro estaba en vacaciones... evidentemente eso tiene que quedar evidenciado porque uno tiene que saber de hecho precisamente si ustedes se dan cuenta nosotros no somos jurídicos somos técnicos... nosotros somos muy técnicos, de hecho cuando miramos una entrevista miramos es el diseño del instrumento ese instrumento de encuesta como usted lo desarrollo para ver si de pronto tuvo falencias en la recopilación de la información, o si estuvo acertado en la información que recopiló pero señor juez, eso si, dos cosas, primero si debe estar dentro del estudio en los anexos pero en la parte de anexos para poder soportar el estudio, pero no se encontraba o yo no lo evidencie en los documentos que me allegaron a la función pública. (Hasta 49:30).*

Señaló frente a las cargas de trabajo, que deben determinar: la cantidad de funcionarios que requiere y el perfil, y ligado a ello, las funciones. Que las funciones no salen directamente de un estudio técnico, pues se trata de una herramienta de gestión que elabora directamente el director de la entidad y que puede modificar con miras al cumplimiento de su plan de desarrollo; y no están tan explícitas en el estudio porque las funciones son el resultado de lo que la carga de trabajo determina. Las funciones las elaboran en cada área y según las necesidades de los perfiles. *“cuando yo ya tengo carga de trabajo, miro mi manual de funciones actual y determino sobre mi manual de funciones si debo modificarlo o no debo modificarlo, los manuales de funciones no se modifican a través de estudios técnicos...están sujetos al nominador...”* según la necesidad reiterando que es un instrumento de gestión (min 18:26 a 21:22)

Agregó que no se hace evaluación de las funciones de un funcionario, que en la metodología de la formulación para valoración de cargas de trabajo la función es lo mínimo, porque la carga de trabajo solo analiza los procesos; que las cargas de trabajo no están hechas para excluir personas, sino para excluir o modificar cargos que dentro del proceso, mas no de la función, que no estén aportando. No se miran funciones primero, se establece como aporta el cargo al proceso y se determina la necesidad, valorando el cargo y su nivel, que es de donde nace la determinación de si el cargo permanece, o debe modificarse o excluirse (min 22 – 24:11)

Más adelante respecto de los tiempos estándar, dice el perito que es el tiempo promedio en que una persona se demora haciendo una actividad; explica un tiempo máximo y uno mínimo para establecer un promedio o tiempo medio para identificar el estándar que consume elaborar la tarea (min 50- 51:51). Respecto de la utilidad del tiempo estándar indicó que permite identificar la cantidad o carga de trabajo de una persona, en ánimo de identificar por ejemplo por qué se demora una persona haciendo una actividad, quizá porque hay sobrecarga, o cuando la actividad es muy rápida es posible que se presente es exceso de personal (hasta 54:17); que en aras de que los estudios técnicos sean el soporte de una decisión racional de la administración, este instrumento posibilita la verificación de la necesidad de personal y permite a la vez la reorganización o distribución del personal y agrega también que sirve para determinar la clase de personal que se necesita técnico, profesional, etc *“...las cargas de trabajo es el instrumento técnico más pertinente para que una administración nacional y territorial pueda determinar la modificación de planta de personal, llámese supresión, creación o redistribución dentro de la misma entidad”* (hasta 57: 20)

El Despacho luego de mencionar el código y grado del cargo (actual y pasado), pregunta al perito si el Estudio Técnico permitía tomar la determinación de eliminar cargos de auxiliar administrativo

como el ocupado por la actora “es decir, el análisis de cargas de trabajo, de tiempos estándar sugería que en la Secretaría general donde estaba trabajando esta persona sobran dos cargos de auxiliar administrativo?” Contestó: “No, no queda tan claro, y es por una sencilla razón, y es porque efectivamente la primera cosa que no cotejó la persona que hizo el estudio técnico, fue que estábamos hablando, nosotros como yo lo decía somos muy técnicos y muy apegados, yo no puedo decir en estos momentos, si el doctor es un profesional grado 09, pero a mí me enuncian que... es un profesional especializado y está mal determinado el cargo porque no está acorde con el Decreto 785 ya ahí empezamos con un problema ...para determinar el cargo que va a querer suprimir, entonces efectivamente ellos hacen un análisis de procesos pero el cargo está mal determinado, por la codificación del mismo cargo, entonces en ese orden de ideas ellos analizan el proceso e identifican en el proceso que no requieren personal asistencial y eso les dice la carga de trabajo porque efectivamente la carga de trabajo se los dice, pero hay un inconveniente y por eso nosotros hicimos la aclaración de la denominación del cargo porque la persona que desarrolló el estudio tenía que tener en cuenta que la denominación del cargo estaba mal y antes de entrar a hacer el estudio, las cargas de trabajo tenía que verificar y hacer el ajuste adecuado de ese cargo para poderlo evaluar” (57:30 a 59:36)

Para finalizar, el Juzgado con fines de aclaración respecto de los requisitos del estudio técnico (tres elementos: análisis de proceso, evaluación de los servicios y análisis de cargas de trabajo), solicita precisar, en atención a que el perito indicó que el estudio no tenía evaluación de servicios, y a que, aclaró que las preguntas se enfocaban más al manual que a la ley, si “ese estudio técnico que fue puesto en conocimiento de la función pública es o no es idóneo para sustentar el proceso de reestructuración de la planta de personal, habida cuenta que Usted nos señala que le falta la evaluación de la prestación de los servicios?: Contesto: “ Digamos entonces, para responder a su pregunta teniendo en cuenta los tres parámetros, le falta, le falta un parámetro para quedar completo. No es idóneo.” Ante la respuesta el Juzgado solicita precisión sobre lo indicado en la última parte del oficio con el cual se había dado respuesta por parte del Departamento de la Función Pública en la cual se expresaba: “Finalmente le informamos que el estudio técnico que justifica la reestructuración de la Alcaldía de Macanal fue elaborado acorde con lo dispuesto por la Guía de Modernización de Entidades Públicas, razón por la cual consideramos que el mismo cumple de forma general los lineamientos técnicos propuestos por este Departamento Administrativo para la reestructuración de las entidades públicas” para concretamente explicar cómo se armoniza la respuesta anterior con esa conclusión del oficio respecto a lo cual contestó: “Nosotros lo que hicimos... en virtud de la orientación de cómo se desarrollaron las preguntas, nos enfocamos mucho a los ítems que tenía la guía, más que mirar digamos los otros tres parámetros, verificamos... punto por punto las preguntas, cómo estaban con relación a la guía porque ahí se hacían preguntas sobre las opciones prioritarias, las cargas de trabajo, y por eso nosotros decíamos que estaban acordes a la guía de rediseño en los puntos señalados en los puntos de rediseño institucional, básicamente por esto lo pusimos desde este parámetro, sin embargo señor juez, por eso en esa parte nosotros en virtud de eso.. de hecho ...en la pregunta donde respondimos donde respondimos que faltaba ese ítem no nos estaban preguntando ese ítem, pero nosotros dejamos sin embargo esa precisión. Lo que quisimos dejar señalado es que en los dos componentes fundamentales que eran identificación de procesos y análisis y perfiles de trabajo se había cumplido a cabalidad como lo tenía establecido señalado la Guía de Modernización de Entidades Públicas...” (hora: 1:00:00 a 1:03:16)

Ante esta respuesta se indaga al experto si la Guía tiene o contempla la manera de llevar a cabo el análisis o evaluación de la prestación del servicio a lo cual responde afirmativamente, razón por la cual se pregunta: *“podría decirnos si el estudio técnico que tuvo en sus manos cumplió en términos de la guía de modernización en relación el ítem de evaluación de servicios o no?. A lo que contesta. “Solo los dos puntos señalados que se desarrolló, en el análisis de procesos y en el de perfiles y cargas de trabajo...” (1:03:27 a 1:04:40)*

La primera conclusión que se extrae de la prueba pericial anterior es que el experto ha identificado la ausencia de un requisito técnico de previsión legal, para sustentar la reforma a la planta de personal. En ese sentido echó de menos la **evaluación de la prestación de los servicios**, que ciertamente se encuentra prevista en el numeral 2, del artículo 97 del Decreto 1227 de 2005.

Ahora, ni la ley ni la regulación definen qué aspectos debe desarrollar la “evaluación de los servicios”, no obstante lo que sí es claro es que el ítem debe ser abordado desde la técnica de la metodología del diseño organizacional.

Pues bien, aunque el perito no explicó cuáles son los requerimientos para entender satisfecho este elemento, bien puede acudir en lo particular a la guía de modernización que lo describe. Así en el numeral 5.7, se indica que la Evaluación de los procesos, busca determinar los niveles de desempeño requeridos para lograr las metas de la organización y conducirlos al uso óptimo de los recursos con que cuenta (f. 666). Se establece allí la necesidad de llevar a cabo dos actividades: *“análisis de los niveles de desempeño”* y *“ajuste de los estándares requeridos”*. El Juzgado encuentra de entrada que no se trata de un requisito inane, sino estrechamente vinculado con el objetivo de la función administrativa, de la más alta importancia tratándose el Municipio de una entidad de naturaleza pública, que se debe a la satisfacción de los intereses y objetivos generales, por modo que la valoración del nivel de eficacia y la ponderación de recursos es o debió ser uno de los objetivos primordiales de la reforma administrativa.

Continúa la guía señalando que para efectuar este análisis se parte de las metas institucionales que desea alcanzar la entidad y del resultado de la revisión y análisis de los procesos. Respecto del primer aspecto, se impone la valoración y/o comparación de los logros de la entidad en la provisión de servicios o bienes contra las metas previamente establecidas, para analizar oportunidad y calidad y en relación con lo segundo, se explica que conlleva el ajuste de los estándares de desempeño a los requerimientos y determinar la necesidad de la organización desde el recurso humano.

El señor GABRIEL FERNANDO MUÑOZ DIAZ, en su exposición expresó que aunque se habla de forma escueta sobre la evaluación del servicio no se hizo un desarrollo técnico del punto, referente a lo cual el Juzgado entiende que no se siguió la metodología de desarrollo organizacional, bajo ninguna técnica y por ende no se abordaron ni siquiera los puntos que a modo de parámetro esboza la guía. Al revisar el texto del Estudio Técnico el Juzgado ciertamente, no aprecia la existencia de un capítulo o una apartado destinado a este asunto, apenas a pagina 46, se encuentra un cuadro bajo el ítem “procesos de evaluación”, pero el parecer es parte de lo concerniente a la evaluación de los procesos técnico-misionales y de apoyo, pues se contiene en un MACROPROCESO y luego se identifican procesos y tareas. En este aspecto adquiere relevancia la queja de la actora respecto a que no se tuvieron en cuenta los informes de gestión de calidad y control interno, al menos como

herramienta del desarrollo técnico que debió tener la evaluación de los procesos, conforme a la guía, que los cita como fuentes de ayuda de dicho ítem-

En ese aspecto, retomando lo dicho en precedencia y sin que el Juzgado pretenda pontificar sobre la importancia del requisito legal, si es necesario destacar que si la administración pública está ligada a la consecución de unos objetivos determinados en el ordenamiento y a la política social pública, en las dimensiones de salud, educación, saneamiento básico, servicios públicos y bienestar social, la necesidad de un ajuste administrativo desde luego debe hacer miramiento en el objeto de la actividad de la administración, pues es desde esa perspectiva que los procesos adquieren sentido y contexto.

Dicho esto, evidentemente si en criterio del experto el ítem no fue desarrollado, ineludiblemente y tal como respondió ante las exigencias de precisión dirigidas por el Despacho **el Estudio Técnico se torna inidóneo para soportar la reforma de la planta de personal del Municipio de Macanal.**

Es la oportunidad para aclarar que, pese a que en el oficio 20154000110851 de 9 de julio de 2015 (fs. 1082-1084), el concepto escrito de la Función Pública pareciera indicar que el estudio si cumple con los parámetros exigidos (parte final), generando una posible contradicción interna, respecto a la respuesta al punto 10, pronto debe ser desestimado, no solo porque de acuerdo con las disposiciones que regulan la prueba pericial, el dictamen es el sustentado en la audiencia oral que se surtió el 25 de noviembre de 2016 (f. 108), sino porque además en la consabida audiencia el experto hizo expresa claridad de que el enfoque de las respuestas dadas en el oficio, se vinculaba a la manera de redacción de las preguntas que versaban sobre la guía y no sobre el parámetro legal, insistiendo que el estudio técnico carecía del requisito “evaluación de la prestación de los servicios” y concluyendo como se resumió, que dicho estudio no era idóneo.

En virtud de lo expuesto, y visto como está que el concepto del perito ha sido sometido a análisis y confrontación con la materia base de la experticia, esto es el Estudio Técnico, el Juzgado puede concluir que el concepto del perito es claro, sólido y no adolece de error alguno respecto a las cualidades de la cosa examinada, según pudo apreciarse.

Conforme a lo expuesto, es evidente entonces que **la parte demandante acredita la violación de la ley, por desconocimiento de lo establecido en el artículo 46 de la Ley 909 de 2004 y artículo 97 del Decreto 1227 de 2005 como también del cargo de falsa motivación enrostrado a la actuación administrativa enjuiciada, específicamente al Decreto 048 de 2012, dado que la reforma a la planta de personal del Municipio de Macanal se materializó con base en un estudio técnico no idóneo, lo que equivale a su inexistencia.**

En asunto similar, pero fallado en vigencia de la anterior ley de carrera el Consejo de Estado precisó<sup>24</sup>:

“No podía entonces la entidad territorial so pena de infringir lo dispuesto en el artículo 41 de la ley 443 de 1998, en concordancia con los artículos 148 y 149 del Decreto 1572 de 1998<sup>25</sup>, adoptar una reforma de la planta de personal de la Administración Central que implicaba supresión de empleos de carrera administrativa, **sin la**

<sup>24</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de 13 de diciembre de 2007. Radicado interno No. 4414-2004. C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

<sup>25</sup> El artículo 149 del Decreto 1572 de 1998 fue modificado por el artículo 7º del Decreto 2504 de 1998.

observancia previa de un estudio técnico debidamente concluido que sustentara las razones por las que se justificaba el proceso de modernización de la entidad.

Esta sola circunstancia invalida el acto administrativo contenido en el Decreto 116 de junio 12 de 2001 en tanto se configura la causal de expedición irregular por desconocimiento del artículo 41 de la ley 443 de 1998, y además una falsa motivación, pues al momento de proferirse el acto acusado, la Administración Municipal de Villavicencio aún no contaba con los respectivos estudios técnicos debidamente concluidos que soportaran la supresión de empleos de carrera administrativa dentro de los que se encontraba el de Profesional Universitario, Nivel Profesional, Grado 07, que desempeñaba la señora ROCIO PALACIOS VILLALOBOS.” – se destaca-

En relación con lo anterior, debe decirse que respecto al contenido de los estudios técnicos, el órgano de cierre, expuso<sup>26</sup>:

“No puede aceptarse por parte de la Sala, que los documentos previamente reseñados, y que tienen por título “MODIFICACION PLANTA DE PERSONAL”, constituyen un verdadero estudio técnico, pues el mismo debería contener, como mínimo, un marco legal, un análisis y diagnóstico de la entidad en el cual se incluyan los 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, los que desaparecen, y como consecuencia de ello, la propuesta de la nueva planta de personal, así como también el estudio de las condiciones económicas y financieras del ente territorial, que fue lo único que se interesó en concretar dicho documento.

Así las cosas, se concluye que los llamados estudios técnicos que sirvieron como fundamento para la modificación de la planta de personal y la supresión de cargos llevada a cabo mediante Decreto 286 de 11 de octubre de 1999 no cumplieron con los requisitos legales, por tanto se hace anulable el acto demandado, pues la administración municipal no contaba, como ya se indicó, con los respectivos estudios técnicos en los términos exigidos por la ley.”

Ahora bien, aunque lo anterior sería suficiente para culminar el análisis de requisitos del estudio técnico, no sobra precisar que en relación con los restantes ítems discutidos al Trabajo Técnico, la parte actora no alcanza a prosperar.

En efecto, respecto al adecuado análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo, la promotora cuestionó la técnica en su realización, apoyado en la guía, quejándose además de que se efectuó sobre procesos macro. En función de este aspecto, el perito en la intervención señaló que este ítem tuvo desarrollo y que el estudio cumple con ello; que la guía es un parámetro, sin que efectuara alguna mención sobre la imposibilidad de materializar esta valoración desde un proceso macro a un subproceso y una tarea, por modo que en esas condiciones el Juzgado no puede tener por acreditado defecto alguno en esa materia, situación que dicho sea de paso no fue objeto de profundización o insistencia por la parte actora en el interrogatorio.

En punto de lo anterior el Despacho aprecia que conforme a la guía, se recomienda hacer análisis de los procesos estratégicos, misionales, de apoyo y de control y evaluación; señalando como uno de los métodos el denominado “opciones prioritarias” que consiste en determinar: i) si el proceso se requiere; ii) si es necesario que se ejecutado directamente por la entidad y iii) si existe duplicidad en la entidad o es adelantad por otra (fs. 658-663). Dice la guía que un proceso es una serie de fases o etapas, interdependientes y orientadas a la consecución de un resultado.

Pues bien, en punto de lo anterior, al Juzgado le basta para confirmar el dicho del perito, corroborar que entre las páginas 42 a 52, se efectuó la consabida valoración a partir de la identificación de los procesos estratégicos (pag. 43), misionales (pag 43-45), de apoyo (pag 45-46) y de evaluación

<sup>26</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección "B", Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, sentencia de 17 de marzo de 2011, expediente: 050012331000200002296-01 (1670-2010), Actor: Jaime Darío Álvarez y otra.

(pag. 46), frente a los cuales se aplica el método de opciones prioritarias, que se aplica en las paginas 47-52.

Pero también se quejó la parte actora de la manera como se desarrolló el tercer ítem del artículo 97 del Decreto 1227 de 2005 referente a la evaluación de las cargas de trabajo. En líneas generales dice la parte actora, que las cargas fueron mal obtenidas dado que la evaluación de procesos fue mal determinada, por lo ya dicho en procedencia, pero también porque considera que no se valoró la particular carga de trabajo del empleo ocupado por la demandante y que determinara que no era necesario y debiera suprimirse; que no existe adecuada estimación del tiempo estándar del proceso y con ello la carga de trabajo, porque se obtiene con entrevistas, improvisadas y subjetivas; comentando de forma posterior que de ellas no hay prueba y que son inventadas.

Igual que con el ítem anterior, el experto considero que el aspecto fue desarrollado y que el estudio técnico cumple con los requisitos técnicos en lo que a este insumo se requiere.

No obstante el Despacho en función de la valoración de la prueba debe efectuar las siguientes observaciones. Lo primero será indicar que el supuesto defecto que trasmite el aparente error en la evaluación de procesos debe ser desestimado, en tanto que el perito no ha concluido que en relación con ese ítem se haya equivocado el consultor, es decir, en lo relacionado con la identificación y clasificación de los mismos en procesos macro, subprocesos y tareas.

En segundo lugar en el desarrollo de la audiencia, el perito fue categórico al indicar que la evaluación de carga de trabajo no se efectúa a un puesto o funcionario sino al proceso y que es el proceso y el tiempo que cada tarea impone, lo que determina la necesidad del cargo (min 22-24:11), luego entonces el reparo respecto a la valoración puntual de la carga de trabajo al cargo ocupado por la actora no tiene fundamento.

En cambio sí pareciera tenerlo, lo concerniente a la queja respecto al instrumento usado para la determinación de los tiempos estándar con los cuales se determinó la carga de trabajo, pues aunque el experto concluye que se cumple de forma técnica con el ítem, deja entrever que a esta conclusión arriba porque el estudio presenta el examen de la metodología y determina con arreglo a las formulas usadas las cargas de trabajo y a partir de allí la necesidad de cargos, empero el Juzgado con base en las mismas exposiciones del experto, encuentra que el análisis que efectuó la función pública frente al punto pudo no ser del todo completo o exhaustivo. Veamos:

El perito se refiere al instrumento subjetivo; "entrevista", a través de juicio de expertos, como una de las metodologías con las cuales es posible medir tiempos estándar, y que en resumen consiste en que se indague a la misma gente de la entidad por la duración del proceso (min 31:56) y entre ellos a los "más expertos", no obstante comenta que es necesario que esas entrevistas hagan parte del estudio como un anexo, para poder determinar cómo se establece la carga de trabajo; esto por cuanto se comenta que a la conclusión sobre la utilización del método subjetivo se llegó por inferencia al aplicar la fórmula matemática de forma aleatoria sobre lo aportado como "cargas de trabajo", dejando en claro que las entrevistas no fueron aportadas; situación que justamente impediría establecer si en ultimas allende la formula o el método, la determinación de la carga de

trabajo estuvo adecuadamente obtenida y si realmente se acudió al juicio de expertos, es decir si se practicó o no una entrevista. Al respecto dijo de forma puntual:

“por eso cuando nos decían ustedes que opinan de las entrevistas pues nosotros les pusimos es que hay no están las entrevistas anexadas, porque no están, entonces no hay entrevistas, no hay reunión ósea yo en estos momentos **no tendría un soporte técnico ni veraz para yo decirles que hubo una participación de los funcionarios porque no lo hay**, por eso digo, en ese marco yo les puedo hablar de pronto de lo de las entrevistas que es una forma de participación de los funcionarios pero tampoco lo tengo porque tampoco lo tengo anexo al estudio. (...) dentro de las fórmulas que él (el contratista) utilizó y que de hecho a mi me toco hacer como una muestra, lo voy a explicar cómo lo revisé señor juez, como no nos llegó en Excel las cargas sino nos llegó en físico, pues nos tocó ahí si como le digo a calculadora ponernos a mirar el como lo había sacado, supimos que lo había sacado por la muestra subjetiva, solo por una razón y en virtud de una razón que la enunciamos en el oficio y era por la formula estadística utilizada para el resultado que dio, que nosotros la señalamos acá, que es lo de los tiempos máximos, mínimos y medios, entonces así supimos que era subjetiva, él lo presenta con los cuadros como nosotros lo tenemos cuando son cargas de trabajo subjetivas, pero no podemos decir si él lo hizo con, para hacer cargas de trabajo subjetivas que era lo que yo les hablaba hace un momentico del juicio de expertos, que el juicio de expertos es digamos en el proceso... digamos estamos los dos en el proceso de control interno, pero el experto es el doctor, no yo y los dos trabajamos lo mismos, yo voy al experto a decirle, bueno un proceso de auditoría de por ejemplo a tesorería cuánto se demora, entonces el doctor como es experto el empieza a decir, mire primero hay que hacer unas reuniones previas, esas reuniones previas se hacen en tantos y tantos tiempos y así se empieza a identificar, **esa es la entrevista pero no se hizo por esa razón es que nosotros no podemos decir que él utilizó juicio de expertos para el levantamiento de información**” (min 40 - 45:39) – se destaca-

Lo anterior se explica porque, como lo expuso el perito, la revisión de la entrevista permite determinar si la fuente consultada fue idónea, respecto de las personas involucradas en el proceso y además, si la manera en que se formula la encuesta o pregunta, es adecuada para obtener una correcta medición del tiempo de la tarea y de allí del proceso. Por ende, como lo deja dicho entre líneas el perito, si el estudio técnico no aporta como anexo las entrevistas, no hay manera de determinar que en efecto, la carga de trabajo fue adecuadamente obtenida y con ello, lógicamente que se satisfaga el ítem, *valoración de las cargas de trabajo*:

(...) “**eso debe ser parte de los anexos del estudio técnico**, debe estar todas evidencias de actas de reunión de todas las entrevistas, **a quién se entrevistó a quien no se entrevistó y por qué**, porque eso es un instrumento de evaluación para nosotros también, porque entrevistaron al doctor y no a mí, cuál fue el parámetro para que el doctor fuera el experto que determinara las cosas, ahí es que el otro estaba en vacaciones... evidentemente eso tiene que quedar evidenciado porque uno tiene que saber de hecho precisamente si ustedes se dan cuenta nosotros no somos jurídicos somos técnicos... nosotros somos muy técnicos, de hecho **cuando miramos una entrevista miramos es el diseño del instrumento ese instrumento de encuesta como usted lo desarrollo para ver si de pronto tuvo falencias en la recopilación de la información, o si estuvo acertado en la información que recopiló pero señor juez**, eso si, dos cosas, primero si debe estar dentro del estudio en los anexos pero en la parte de anexos para poder soportar el estudio, pero no se encontraba o yo no lo evidencie en los documentos que me allegaron a la función pública. (Hasta 49:30).- se destaca

Lo anterior, en el contexto del empleo ocupado por la actora desde luego que tiene trascendencia, mucho más cuando, al margen de si debía medirse o no de forma puntual la actividad de ROSMIRA GARZON ESLAVA, pues el experto indica que la evaluación es al proceso y no al cargo, se pudo establecer que el proceso de valoración de cargas de trabajo bien pudo estar afectado de un error de procedimiento en relación con la clasificación de los cargos afectos al proceso. En ese sentido, en la diligencia se preguntó:

“..el análisis de cargas de trabajo, de tiempos estándar sugería que en la Secretaría general donde estaba trabajando esta persona sobran dos cargos de auxiliar administrativo?”

Frente a lo que se contestó:

“**No, no queda tan claro**, y es por una sencilla razón, y es porque efectivamente la primera cosa que no cotejó la persona que hizo el estudio técnico, fue que estábamos hablando, nosotros como yo lo decía somos muy técnicos y muy apegados, yo no puedo decir en estos momentos, si el doctor es un profesional grado 09, pero a mí me enuncian que... es un profesional especializado y está mal determinado el cargo porque no está acorde con el Decreto 785 ya ahí empezamos con un problema ...para determinar el cargo que va a querer suprimir,

entonces efectivamente ellos hacen un análisis de procesos pero el cargo está mal determinado, por la codificación del mismo cargo, entonces en ese orden de ideas ellos analizan el proceso e identifican en el proceso que no requieren personal asistencial y eso les dice la carga de trabajo porque efectivamente la carga de trabajo se los dice, pero hay un inconveniente y por eso nosotros hicimos la aclaración de la denominación del cargo porque **la persona que desarrolló el estudio tenía que tener en cuenta que la denominación del cargo estaba mal y antes de entrar a hacer el estudio, las cargas de trabajo tenía que verificar y hacer el ajuste adecuado de ese cargo para poderlo evaluar**" (57:30 a 59:36) – se destaca-

De acuerdo con lo anterior entonces, si bien la conclusión del experto es que el estudio técnico cumplió también con el desarrollo del ítem "*evaluación de las cargas de trabajo*" y ello se aprecia desarrollado formalmente en las páginas 34 a 41, en donde además se precisó que; "La metodología empleada para realizar las cargas de trabajo se basó en los lineamientos orientados por el Departamento Administrativo de la Función Pública y acorde a la características propias de la institución: primero se identificaron con ayuda de cada funcionario los procesos tanto misionales como de apoyo y todos aquellos procesos que son necesarios ejecutar para cumplir los planes y programas de cada área de trabajo; igualmente se identificaron las tareas y actividades de cada proceso o grupos donde se ejecutan y controlan cada uno de los trámite." (fl 173 cuaderno contestación de demanda), lo cierto es que la Función Pública, no tuvo acceso al imprescindible anexo que debió contener las entrevista con las cuales se elaboraron las cargas de trabajo, situación que entonces según los dichos del propio experto impediría la adecuada valoración de los instrumentos con miras a establecer si la carga fue bien determinada.

Por ende, en criterio de este Juzgado no podría decirse a ciencia cierta que en lo que a este aspecto concierne en efecto se haya cumplido a cabalidad con las exigencias técnicas para la correcta obtención de la medición de la carga de trabajo.

Empero, esta situación y como también lo deja ver el experto, no permitiría derivar en la conclusión contraria, es decir, en que la carga estuvo mal determinada porque bien lo indica el señor MUÑOZ "no tendría el soporte técnico" para así señalarlo y tampoco el Juzgado puede arribar a esta conclusión por la confrontación de otros medios de prueba, pues aunque no deja de llamar la atención que el Municipio de Macanal, al contestar la demanda y remitir información, tampoco aportó al estudio técnico el anexo "entrevistas", como se puede apreciar del cuaderno de pruebas y el cuaderno contentivo de la contestación de la demanda, no es menos cierto que la parte actora no reparó en ello para solicitar que se insistiera en su acopio, para ser remitidas al Departamento Administrativo de la Función Pública.

En todo caso, lo cierto es que la entrevista o encuesta si existió, contrario a lo que comenta la parte promotora en sede de alegaciones, pues así lo aceptó al proponer los cargos de nulidad y así también, aunque con reticencia lo acepta la testigo YOLIMA INES ALFONDO DAZA, al referir en la audiencia de 15 octubre de 2015, Cd 1085), (mins 11 y 13 y ss) comentó que un día se les informó que debían subir a sala de juntas y que allí una persona les entregó una hoja pidiéndoles datos sobre lo que hacían "*y de pronto cuánto tiempo nos podíamos demorar, pero no dijo si en semanas, en meses o en años*" considerando que no se midieron tiempos.

De esta manera entonces, aunque existen validas glosas respecto a idoneidad del estudio en relación con la adecuada medición de las cargas de trabajo, aquellas no encuentran concreción con la prueba indispensable que corresponde al dictamen pericial, en cuyo contexto ha debido hacerse examen de las consabidas entrevistas, no obstante, como el experto pese a su ausencia no puede concluir ni que no existieran ni que fueran mal elaboradas o practicadas, no puede tampoco el

Juzgado en el contexto de los restantes medios de prueba, variar la opinión del experto, menos aun con base en supuestos, pues a contrario de los sostenido si hay evidencia de la práctica de la encuesta aunque no se haya tenido acceso a ellas.

Como corolario de este apartado, el Despacho reitera que la parte actora ha logrado demostrar el cargo de violación al ordenamiento superior y falsa motivación, con base en la insuficiencia del estudio técnico, para soportar la reforma de personal, situación que permitirá inaplicar por ilegalidad el Decreto 048 de 2012, en tanto dispuso la reforma y supresión de cargos para el Municipio de Macanal en lo que concierne a los cargos de auxiliar administrativo grado 407, grado 13 sobre una base inexistente y anular el Oficio 200-02-495-2012, ordenando de contera el reintegro pedido, en la forma y condiciones que se determinaran en el acápite respectivo.

#### MADRE CABEZA DE FAMILIA

El Juzgado siguiendo una secuencia cronológica del proceso ha dejado para el final, el cargo dirigido al desconocimiento de la condición de madre cabeza de familia, en tanto en el devenir del proceso de reforma, debió valorarse al aplicar las medidas de supresión.

Se dijo en los hechos de la demanda que la accionante es madre cabeza de familia y dependía de forma exclusiva de su salario en la administración municipal de MACANAL. En el concepto de violación se indicó que el Municipio demandado quebrantó el artículo 42 superior.

Al respecto se aprecia lo siguiente:

Lo primero que debe señalarse es que la protección o estabilidad reforzada para las madres cabeza de familia, tiene su fundamento en normas constitucionales, en concreto, en los artículos 13, 42, 43 y 44 superiores; desarrolladas en las leyes 82 de 1993 y 790 de 2002.

Ahora bien, aunque inicialmente podría pensarse que como la Ley 790 de 2002 tenía como objetivo la renovación y modernización de la estructura de la Rama Ejecutiva del orden nacional, las prerrogativas que contempló en favor de los trabajadores solo serían aplicables a las entidades de este orden; tal duda o postura fue despejada por la Corte Constitucional al precisar en la sentencia T-724 de 2009<sup>27</sup>, que la protección es de rango constitucional y por ello **era igualmente aplicable a las entidades territoriales**:

“En este orden de ideas, no cabe duda que si bien es cierto la Ley 790 de 2002 solamente se aplica a los procesos de reestructuración de las entidades de la rama ejecutiva del orden nacional, no lo es menos que **las entidades territoriales** que deciden modernizar, actualizar y modificar las plantas de personal **también deben diseñar programas dirigidos a proteger la estabilidad laboral reforzada de los trabajadores que se ubican en el sector de los sujetos de especial protección del Estado**, tales como los previstos en esa normativa. Luego, se concluye que en aplicación directa de los artículos 1º, 13, 25, 43 y 44 de la Constitución, los beneficios previstos en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, también se aplican a los trabajadores de las entidades de la rama ejecutiva del sector territorial...” -Resaltado del Despacho-

Se sigue de lo anterior que a pesar de que la demandante se encontraba laborando en una entidad descentralizada territorialmente, en caso de cumplir con las condiciones establecidas en la Ley 790 de 2002, la entidad demandada debía brindarle la especial protección contemplada tanto en la Constitución como en la referida ley.

<sup>27</sup> MP. Doctor MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO Accionante: Luis Fernando Cajamarca Rosales. Accionado: Alcaldía Municipal de Palmira. En este caso, el accionante adujo que el Municipio no respetó su condición de padre cabeza de familia, en el proceso de supresión de cargos que llevó a cabo en el mes de octubre de 2008.

De otra parte debe considerarse que la Corte Constitucional en sentencia C-795 de 2009, al pronunciarse sobre la exequibilidad del artículo 8<sup>28</sup> de la Ley 1105 de 2006<sup>29</sup> se refirió a la duración de los límites temporales del retén social de cara a las reformas introducidas a la Ley 790 de 2002, concluyendo que estos no pueden ser arbitrarios y que la protección duraría hasta la prolongación de la liquidación definitiva de la entidad:

“.....la Corte ha reafirmado la posibilidad de alterar las plantas de personal, pero dejó en claro que esas atribuciones de la administración están enmarcadas en el respeto de algunos criterios, en concreto, la observancia de los derechos fundamentales, teniendo presente que “como regla general, los procesos de reestructuración deben procurar garantizar la estabilidad laboral de los trabajadores”, y sólo cuando ello no es posible hay lugar al pago de la correspondiente indemnización. (...)

16 Dentro de los instrumentos que ha previsto el legislador para proveer protección a los derechos de los trabajadores, en el marco de los procesos de reestructuración del Estado, se encuentra el denominado retén social (...) Procede la Sala a hacer una breve referencia al alcance material y temporal de este mecanismo de garantía de la estabilidad laboral reforzada, aplicable a individuos considerados sujetos de especial protección constitucional. (...)

Al respecto el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, dispuso lo siguiente: (...) Por su parte el artículo 13 de la Ley 790 de 2002, reguló lo relativo a la aplicación en el tiempo de la siguiente forma: (...)

El Gobierno Nacional, expidió el Decreto 190 de 2003, mediante el cual se reglamentó parcialmente la Ley 790 de 2002, y en su artículo 16 estableció que las disposiciones allí contenidas se aplicarían a partir del 1º de septiembre de 2002, dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública del orden nacional, y hasta su culminación, la cual no podría exceder, en todo caso, el 31 de enero de 2004. Esta disposición fue considerada por la Corte violatoria de la Constitución, y así lo determinó la Sala Primera de Revisión en la sentencia T-792 de 2004, al considerar que **introducía una limitación que no estaba autorizada por la Ley** que le daba validez (790/02). Por esta razón, la Corte hizo prevalecer la Constitución e inaplicó el artículo 16 del Decreto 190 de 2003. [...]

De otro lado, el Congreso de la República expidió la Ley 812 de 2003, que contiene el Plan Nacional de Desarrollo para los años 2003 – 2006, regulación que en su artículo 8, literal d, estableció que los beneficios contemplados en el capítulo II de la Ley 790 de 2002, se extenderían en el tiempo únicamente hasta el 31 de enero de 2004, salvo en lo referente a las personas que estuviesen próximas a pensionarse, las cuales permanecerían en ejercicio de sus cargos. [...]

La Corte Constitucional mediante sentencia C-991 de 2004, declaró inexecutable la expresión “aplicarán hasta el 31 de enero de 2004”, contenida en la mencionada disposición **al considerar que la norma establecía un trato diferenciado para las madres cabeza de familia y los discapacitados respecto de los prepensionados**, a pesar que los tres grupos se encontraban constitucionalmente en la misma posición, es decir, eran todos sujetos de especial protección constitucional en virtud del artículo 13 de la Constitución. Tras realizar un juicio de razonabilidad de la medida, la Corte concluyó que **la limitación temporal para las madres o padres cabeza de familia y los discapacitados era desproporcionada y declaró la inconstitucionalidad de la limitación temporal.**<sup>1</sup> [...]

Aunque la protección laboral reforzada que el legislador otorgó a aquellas personas que se encontraban en las condiciones descritas por el artículo 12 de la ley 790 de 2002, se circunscribió en su momento, a aquellos trabajadores que eventualmente pudieran verse afectados en desarrollo del programa de renovación de la administración pública, la Corte Constitucional ha sentenciado<sup>1</sup> que dicha protección, es de origen suprallegal, la cual se desprende no solamente de lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución que establece la obligación estatal de velar por la igualdad real y efectiva de los grupos tradicionalmente discriminados y de proteger a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta, sino de los artículos 42, 43, 44 y 48 superiores; se trata en consecuencia de una aplicación concreta de las aludidas garantías constitucionales que están llamadas a producir sus efectos cuando quiera que el ejercicio de los derechos fundamentales de estos sujetos de especial protección pueda llegar a verse conculcado. (...)

Ahora bien, teniendo en cuenta que, tal como se indicó en anterior aparte, el límite temporal previsto en el literal D del artículo 8 de la Ley 812 de 2003 y en el artículo 16 del Decreto 190 de 2003, fue declarado inexecutable por vulnerar mandatos constitucionales de superior jerarquía (C-991/04), la Corte precisó en sentencia de unificación (SU-388 y SU- 389 de 2005), posteriormente reiterada por las Salas de Revisión que **el límite temporal establecido para la protección constitucional derivada del retén social era la terminación definitiva de la existencia jurídica de la empresa, o el momento en que quede en firme el acta final de la liquidación. ...**” (...)

<sup>28</sup> Supeditó la duración de las relaciones laborales al término previsto para la liquidación de las entidades y no al tiempo que real y efectivamente dure: “art. 8 (...) **No obstante, al vencimiento del término de liquidación quedarán automáticamente suprimidos los cargos existentes y terminarán las relaciones laborales de acuerdo con el respectivo régimen legal aplicable**”.

<sup>29</sup> “mediante la cual se modificó el procedimiento de liquidación de entidades públicas de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional”

En relación con este mismo particular, luego de efectuar un detenido análisis acerca de la evolución normativa y jurisprudencial del término para la aplicación de la protección derivada del retén social, la Corte subrayó en providencia T-1239 de 2008, que luego de la sentencia C-991 del 12 de octubre de 2004, “(...) **el retén social no tenía límite temporal alguno, es decir, que las normas que lo integraban se prolongaban hasta la liquidación definitiva de la entidad, es decir, hasta la culminación jurídica de la misma**”.[...]

En conclusión, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, si bien el amparo otorgado en el **retén social no puede tener límites temporales arbitrarios** (como el impuesto por el Decreto 190 de 2003 y por la Ley 812 de 2003), la **protección de las personas beneficiarias del retén social y la estabilidad laboral reforzada de la que son titulares solo puede ser extendida mientras se encuentre vigente el proceso liquidatorio de la entidad correspondiente**. Una vez culminado éste y extinguida jurídicamente la entidad o la empresa, la protección conferida no encuentra fundamento en derecho para ser aplicada, dado que la persona jurídica que debe otorgarla dejó de existir.” – se destaca-

En adición a lo anterior, es necesario destacar en qué consiste el margen de protección establecido por el Decreto 190 de 2003, mediante el cual se desarrolló el artículo 12 de la Ley 790 de 2002. Al respecto se aprecia en primer lugar un concepto de lo que debe entenderse por madre cabeza de familia:

**1.3 Madre cabeza de familia sin alternativa económica:** Mujer con hijos menores de 18 años de edad, biológicos o adoptivos, o hijos inválidos que dependan económicamente y de manera exclusiva de ellas, y cuyo ingreso familiar corresponde únicamente al salario que devenga del organismo o entidad pública a la cual se encuentra vinculada

En armonía con lo anterior la Corte Constitucional<sup>30</sup> sintetizó los requisitos de existencia de la figura, así:

“En ese contexto, puede señalarse que la condición de madre cabeza de familia se manifiesta a partir de dos condiciones generales: (i) la responsabilidad que se tiene sobre aquellas personas incapacitadas para trabajar por razones de edad, físicas o mentales, y cuyo sustento y cuidado dependen, por lo tanto, **exclusivamente** de la mujer que está encargada de la dirección del hogar, pues como lo ha sostenido esta Corporación, el trato especial que el ordenamiento jurídico ha previsto no solo está dado en función de la madre cabeza de familia, sino de las personas que están bajo su cuidado; y (ii) el carácter exclusivo de esa responsabilidad, en la medida en que **no se cuente con el apoyo de alguna otra persona para sobrellevar las cargas en el hogar**, pues la pareja se sustrae injustificadamente del cumplimiento de sus obligaciones y no se cuenta con la ayuda de algún otro miembro de la familia o, como lo ha manifestado la jurisprudencia, no se tenga alternativa económica... no toda mujer puede ser considerada como madre cabeza de familia por el sólo hecho de que esté a su cargo la dirección del hogar. Para tener dicha condición debe reunir los presupuestos indispensables, como son: (i) que se tenga a cargo la responsabilidad **de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar**; (ii) que esa responsabilidad sea de **carácter permanente**; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, **sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre**; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental ó, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar”<sup>31</sup>. –Destaca el Juzgado-

<sup>30</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-303 de 2006 M.P. Rodrigo Escobar Gil

<sup>31</sup> Reitera la corte en sentencia T-692 de 2009, Magistrado Doctor JORGE IVÁN PALACIO PALACIO: “Esta Corporación ha establecido, a través de reiterados pronunciamientos, que la protección a la mujer por su especial condición de madre cabeza de familia encuentra su origen en la propia Carta Política, específicamente, en los artículos 13 y 43 del Texto Superior. El primero, establece la obligación estatal de velar por la igualdad real y efectiva de los grupos tradicionalmente discriminados y de proteger a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta-, mientras que el segundo, determina la obligación del Estado de brindar una especial protección a aquellas mujeres que tienen a su cargo, de manera exclusiva, la responsabilidad de velar por la manutención de su grupo familiar. A las anteriores disposiciones se suman los artículos 5 y 44 de la Carta, los cuales establecen la obligación de proteger a la familia y, de manera especial, a los niños”. [...] “El artículo 2 de la Ley 82 de 1993<sup>31</sup> contiene la definición de madre cabeza de familia, de acuerdo con la cual, debe entenderse que esta expresión se refiere a “aquella mujer que siendo soltera o casada, tiene bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.” [...] “A partir de la anterior consideración, la jurisprudencia constitucional ha establecido una serie de presupuestos que deben presentarse para considerar que determinada mujer tiene la condición de madre cabeza de familia, los cuales tienen el propósito de identificar plenamente el grupo que puede ser titular de las acciones afirmativas previstas en la legislación. Estos requisitos, de acuerdo con lo establecido en la sentencia SU-388 de 2005, son:” [...] “(i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental ó, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.” - negrilla fuera de texto-

Ya en materia del efecto y el procedimiento que debe agotarse para materializar la protección reforzada, el Decreto 190 de 2003 expresó:

**Artículo 12. Destinatarios.** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública **no podrán ser retirados del servicio las madres cabezas de familia sin alternativa económica**, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez, en el término de tres (3) años, según las definiciones establecidas en el artículo 1º del presente decreto.

**Artículo 13. Trámite.** Para hacer efectiva la estabilidad laboral de que trata el artículo anterior, **los organismos y entidades que modifiquen sus plantas** de personal dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública en el orden nacional respetarán las siguientes reglas:

### 13.1 Acreditación de la causal de protección

a) **Madres cabeza de familia sin alternativa económica:** Los jefes de personal, o quienes hagan sus veces, **verificarán en las hojas de vida de las servidoras públicas, que pretendan beneficiarse de la protección especial y en el sistema de información de la respectiva Entidad Promotora de Salud, EPS, y en las Cajas de Compensación Familiar, que se cumplan las condiciones señaladas en el presente decreto** y que en el grupo familiar de la solicitante **no existe otra persona con capacidad económica** que aporte al sistema de seguridad social.

Así mismo, la condición de invalidez de los hijos, siempre que dependan económica y exclusivamente de quien pretenda ser beneficiaria de la protección especial, debe ser probada por la servidora pública con un dictamen de la respectiva Junta de Calificación de Invalidez;

(...)

### 13.2 Aplicación de la protección especial

Con base en las certificaciones expedidas por los jefes de personal o quienes hagan sus veces y en las valoraciones del tipo de limitación previstas en el numeral anterior, **el secretario general de la respectiva entidad analizará, dentro del estudio técnico correspondiente a la modificación de la planta de personal** y teniendo en cuenta la misión y los objetivos del organismo o entidad, el cargo del cual es titular el servidor público que se encuentra en alguno de los grupos de la protección especial y **comunicará a los jefes de la entidad respectiva los cargos que de manera definitiva no podrán ser suprimidos o las personas a quienes se les deberá respetar la estabilidad laboral.**

En caso de supresión del organismo o entidad, la estabilidad laboral de los servidores públicos que demuestren pertenecer al grupo de protección especial de que trata el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, se mantendrá hasta .....”- se destaca-

Así mismo, el parágrafo del artículo 2 de la ley 82 de 1993 establece que:

“... es Mujer Cabeza de Familia, quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.

**PARÁGRAFO.** La condición de Mujer Cabeza de Familia y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, **deberá ser declarada ante notario** por cada una de ellas, expresando las circunstancias básicas del respectivo caso y sin que por este concepto se causen emolumentos notariales a su cargo”- se destaca-

Pues bien, revisado el expediente el Juzgado encuentra que dentro de los folios que componen la hoja de vida de la accionante, aportadas en copia auténtica por la parte actora militan los siguientes documentos:

- a) Hoja de vida (tipo presentación), en la cual en cuanto a datos personales se informa que la señora ROSMIRA ASTRID GARZON es “separada” (f. 66)
- b) Formato de afiliación a caja de compensación familiar (Comfaboy), como dato relevante, no se diligenció espacio para cónyuge o compañero permanente lo cual obedece a que

se marcó la casilla "separado" y en el reservado para hijos y hermanos a cargo se indicó: "GOMEZ GARZON INGRID JULIANA" con fecha de nacimiento 5 de octubre de 2001" (f. 108). Fecha de radicación 21 de julio de 2011.

- c) Escrito de fecha **28 de agosto de 2012**, recibido en la misma calenda la señora ROSMIRA ASTRID GARZON, se dirigió al Alcalde Municipal, expresando (f. 122):

"Teniendo en cuenta la conversación del 23 de agosto de los corrientes, donde me manifestó la decisión de supresión de mi cargo de acuerdo al resultado del estudio de reestructuración, y teniendo en cuenta que estoy en carrera administrativa, quiero dar a conocer mi situación de madre cabeza de hogar, lo cual solicito tener en cuenta para la decisión final de este proceso" - se destaca-

- d) Al día siguiente, **29 de agosto de 2012** (f. 123), la señora GARZON ESLAVA, complemento la solicitud aportando los documentos que acreditaban la condición aducida, esto es, la declaración notarial, la copia de su cedula y el registro civil de nacimiento de la menor INGRID JULIANA GAMEZ GARZON. Esta solicitud fue recibida el día 29 de agosto de 2012

- e) En la declaración se lee (f. 124):

"Que desee hace 3 años y 8 meses no vivo con la persona que estoy casada, **soy madre cabeza de familia**, que mi único ingreso económico para el sostenimiento de mi hogar conformado por mi hija INGRID JULIANA GAMEZ GARZON y por mí, es única y exclusivamente mi sueldo que devengo en la Alcaldía del Municipio de Macanal Boyacá, **que el padre de mi hija el señor JORGE ALBERTO GAMEZ, no me aporta ninguna ayuda** en forma voluntaria ni jurídicamente, ni de conciliación que haya interpuesto obligación alguna. Por tanto los gastos de mi familia como lo manifesté anteriormente dependen única y exclusivamente de mi salario." - se destaca-

- f) En el registro civil aportado (f. 125), se aprecia la anotación del nacimiento de la niña INGRID JULIANA GAMEZ GARZON; hija de JORGE ALBERTO GAMEZ y ROSMIRA ASTRID GARZON ESLAVA, el día 8 de octubre de 2001.

Pues bien, en criterio de este Juzgado existe suficiente evidencia probatoria de que la señora ROSMIRA GARZON ESLAVA era beneficiaria de la protección suprallegal invocada y en tal virtud dicha condición debía ser valorada por el Jefe de la entidad, antes de disponer la terminación de la relación legal y reglamentaria.

En efecto, los documentos de la hoja de vida daban cuenta de la situación de "separación" de la señora GARZON ESLAVA y la preexistencia de una hija menor de edad a su cargo, quien para la fecha del retiro acumulaba poco más de 10 años de edad. Si bien estas situaciones no eran suficientes para aceptar que la responsabilidad para su manutención radica de forma permanente y exclusiva en sus hombros y que no recibía ayuda económica del padre de aquella o de otras persona de su entorno familiar; tales incógnitas vienen a despejarse con la declaración juramentada efectuada en notaria que impone la Ley 82 de 1993, para probar la situación.

En esta declaración la hoy accionante, menciona claramente que su familia está integrada por ella y su menor hija; da cuenta de la falta de apoyo económico del progenitor de la menor INGRID JULIANA, de quien dice, se ha sustraído de sus deberes, y refiere que el salario percibido en la Administración Municipal era su única fuente de ingresos.

Dicho esto indudablemente existen medios de prueba que conducen a tener por acreditada la condición aducida por la señora ROSMIRA ASTRID GARZON ESLAVA.

No obstante, de acuerdo con la jurisprudencia tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional esta situación no es suficiente para que la protección cobre vigor pues además se requiere el **enteramiento previo** de la administración de esta situación, **antes** de la materialización de la decisión de desvinculación. Veamos:

En ese sentido el Consejo de Estado en sentencia de 27 de marzo de 2008<sup>32</sup>, al comprobar la acreditación formal de la condición con antelación a la medida de supresión, dispuso amparo fundamental para que el actor fuera reintegrado al cargo:

“En tal sentido, el actor debía allegar a la Coordinadora del Grupo de Talento Humano de la entidad demandada la **declaración ante notario** de que su cónyuge estaba incapacitada para desempeñarse laboralmente, documento este que obra a folio 48 de este cuaderno, **dejando entonces acreditada la condición de padre cabeza de familia, antes de la expedición del Decreto 3122 del 17 de agosto de 2007, por medio del cual se suprimió la planta de personal, de acuerdo con las exigencias que para el caso dispuso el legislador, sin que existan pruebas que permitan acreditar el aporte económico de otras personas para la manutención de su grupo familiar.**

Así mismo, se observa que no existen otros ingresos o emolumentos diferentes a su renta laboral que le permitan mantener su congrua subsistencia en condiciones dignas y justas, y las de las personas a su cargo tales como el pago de las matrículas escolares de su hijo o la de la atención médico asistencial de su cónyuge. Ahora bien, bajo las anteriores consideraciones queda sin piso el argumento esbozado por el recurrente en el que solicita sea revocado el fallo del Juzgador de Primera Instancia al no haber acreditado en forma idónea la condición de ser padre cabeza de familia por parte del actor, **pues tal calidad no dependía del dictamen médico que rindiera la respectiva EPS sino de los documentos que para el caso exigió el legislador.**

En ese contexto, los trámites ante la EPS FAMISANAR a que dio lugar la misma Administración, lo que hicieron fue confirmar la declaración recibida por el Notario Doce del Círculo de Bogotá (folio 48 de este cuaderno).

De otra parte, tal y como lo adujo el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, no es en sede constitucional en donde se resuelven los conflictos sobre la autenticidad de los documentos aquí controvertidos, es decir, de la certificación expedida por la Coordinadora del Grupo de Talento Humano calendada el 3 de abril de 2007 en la que deja constancia de que el demandante podía ser considerado como padre cabeza de familia y por lo tanto ser parte de los funcionarios cobijados con la figura del retén social, ya que para ello el ordenamiento jurídico ha previsto autoridades y procedimientos especiales, y mal haría el juez de tutela al entrometerse en dicho asunto; certificación que por demás resulta irrelevante en el presente juicio, pues como se anotó la condición de padre o madre cabeza de familia depende del cumplimiento de los requisitos que la ley ha previsto para ello y no del reconocimiento que de éste realice la administración.

En consecuencia, verificados los requisitos fácticos expuestos por la doctrina constitucional para ostentar la condición de padre cabeza de familia, encuentra esta Sala que el actor es titular de la garantía constitucional de estabilidad laboral reforzada en los términos anteriormente señalados.”

En decisión posterior de 25 de marzo de 2010<sup>33</sup>, aunque el Consejo de Estado negó el restablecimiento solicitado, para lo que interesa a este debate, destacó la necesidad de noticiar la situación sub iudice a la entidad antes de la toma de las decisiones:

“En el sub-lite si bien es cierto se allegaron documentos que podrían corroborar que la demandante reunía los requisitos para ser tenida como madre cabeza de familia (fls. 29 a 34 cdno ppal – declaraciones extrajuicio posteriores a la desvinculación, comprobante de estudios universitarios de una de las hijas, extractos de crédito hipotecario en mora), desde antes de que el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República modificara su planta de personal, también lo es que **esta servidora no declaró o dio a conocer, en los términos descritos en el parágrafo** aludido del artículo 2° de la ley 82 de 1993 ni a través de otro medio, **su condición especial ante la entidad.** Por no estar enterada de esta condición especial de la actora, no se le puede endilgar a la demandada el desconocimiento de preceptos constitucionales y legales que consagran la estabilidad laboral reforzada y el respeto a la dignidad humana para las madres cabeza de familia. – se destaca-

En ese mismo año y en años posteriores el Consejo de Estado continuó exigiendo la acreditación del enteramiento previo, como se aprecia en las siguientes citas de 2010 y 2011:

<sup>32</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, Consejero Ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA, sentencia de 27 de marzo de 2008, expediente 08001-23-31-000-2007-02725-01(AC).

<sup>33</sup> Sección Segunda, Subsección "A", Consejero Ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, Expediente: 7308-05

“En tal sentido, la actora debió allegar al Director Técnico de Talento Humano de la Contraloría de Bogotá, la declaración ante notario de su cónyuge incapacitado para desempeñarse laboralmente, para así dejar entonces acreditado la condición de madre cabeza de familia, antes de la expedición del Acuerdo 25 de 2001, por medio del cual se suprimió la planta de personal, sin que existan pruebas que permitan acreditar el aporte económico de otras personas para la manutención de su grupo familiar. En consecuencia, una vez verificados los requisitos fácticos expuestos por la doctrina constitucional para ostentar la condición de madre cabeza de familia, encuentra esta Sala que la actora no es titular de la garantía constitucional de estabilidad laboral reforzada en los términos anteriormente señalados<sup>34</sup>.

[...]

De conformidad con el parágrafo del artículo 2 de la Ley 82 de 1993, transcrito anteriormente, en el sub –júdice si bien es cierto se allegaron documentos que podrían corroborar que la demandante reunía los requisitos para ser tenida como madre cabeza de familia... también lo es que la actora no declaró o dio a conocer, en los términos descritos en el parágrafo aludido ni a través de otro medio, su condición especial ante la entidad. Al no estar enterada de esta condición especial de la actora, no se le puede endilgar a la demandada el desconocimiento de preceptos constitucionales y legales que consagran la estabilidad laboral reforzada y el respeto a la dignidad humana para las madres cabeza de familia<sup>35</sup>.

De forma más reciente en sentencia de 19 de febrero de 2015<sup>36</sup>, el Consejo de Estado, insistió en la necesidad de probar y dar a conocer la situación en sede administrativa:

“El Tribunal Administrativo de Antioquia accedió a las pretensiones de la demanda, bajo el argumento que la señora Luz Amaris Gil Lotero ostentaba la condición de madre cabeza de familia; para el efecto tuvo en cuenta, no solo los registros civiles de nacimiento de los menores Juliana y Omar Alejandro, sino también, los testimonios en donde se establece que para la época de los hechos en que se produjo la insubsistencia, era la encargada de velar por éstos.

No obstante, tal argumento no es de recibo para la Sala, por las razones que se exponen a continuación.

La demandante no alegó su presunto fuero de inamovilidad en sede administrativa ni mucho menos en la judicial, pues, por un lado, cuando la administración le concedió el recurso de reposición, cuando no había lugar a ello, la actora se limitó a agradecer al Alcalde el tiempo que le había permitido laborar y a solicitarle una nueva oportunidad de trabajo; ...

Ahora, si en gracia de discusión se admitiera que uno de los cargos alegados para cuestionar el acto demandado, era el desconocimiento de la condición de madre cabeza de familia por parte del Alcalde de Municipio de Ciudad Bolívar, debe tenerse en cuenta que esta protección especial consistente en una estabilidad laboral reforzada, regulada a través de la ley 790 de 2002, fue dispuesta para ser aplicada en los procesos de reestructuración de las entidades del Estado; además tal y como se dispuso anteriormente, dicha circunstancia no solo debe probarse sino también alegarse, de manera que el empleador constate si se dan los presupuestos normativos y jurisprudenciales para que proceda el reconocimiento de esa condición, escenario que en el sub –júdice tampoco se presentó. – destacados fuera de texto-

En lo que respecta a la Corte Constitucional en la sentencia T-316 de 2013, expresó:

“...se ha dicho que la condición de madre o padre cabeza de familia debe reconocerse siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones, las cuales fueron recogidas y planteadas de manera sistemática por la sentencia SU-388 de 2005. En este sentido se afirmó que madre cabeza de familia sería aquella mujer: (...)

En la misma sentencia se estableció que, en acuerdo con el carácter de la acción de tutela, además de la condición de sujeto de especial protección, debe demostrarse que se dio aviso oportuno a la entidad encargada de hacer efectivo el contenido de dicha protección<sup>37</sup>, esto con el fin de demostrar que se emplearon los medios que el titular tenía a su alcance para buscar el reconocimiento de la garantía iusfundamental.

(...)

En efecto, de los documentos aportados por la accionante, así como de los aportados por la accionada con el escrito de impugnación, no resulta evidente que la información sobre su condición de madre cabeza de familia fuera conocida por la accionada antes de llevar a cabo el proceso de reestructuración administrativa.

...(...)

Finalmente, la accionante no realizó manifestación alguna respecto de su condición de madre cabeza de familia durante el proceso de reestructuración que desarrolló la alcaldía, a lo largo del cual se tuvo oportunidad de conocer los cambios que surgirían a partir del mismo, dentro de los que se contaba la supresión del cargo de la accionante.

<sup>34</sup> Subsección B, Consejero ponente: DR. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, sentencia de 29 de abril de 2010, expediente: 0211-09

<sup>35</sup> Sección Segunda, Subsección "A", Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, sentencia de 21 de octubre de 2011, expediente 0366-09

<sup>36</sup> Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ, Radicación número: 0267-14

<sup>37</sup> Aspecto que ha sido reiterado de forma uniforme por la jurisprudencia de las Salas de Revisión, entre cuya jurisprudencia cabe resaltar la sentencia C-231 de 2006 y T849 de 2010.

Esta situación fáctica elimina la plena certeza sobre el conocimiento de la condición de madre cabeza de familia de la accionante por parte de la alcaldía de Momil y, por consiguiente, impide que se configuren las circunstancias que llevarían a concluir que la desvinculación de la señora Ortiz Romero se trató de una vulneración a un derecho fundamental

(...)

En esta ocasión se sigue el principio de decisión manifestado en la sentencia T-593 de 2006, en la que se concluyó que **la protección prevista en el ordenamiento constitucional implica una carga en cabeza del sujeto interesado consistente en informar sobre su situación al empleador**; en consecuencia, la omisión en comunicar dicha información releva a la entidad de realizar actos tendentes a efectivizar la garantía constitucional<sup>38</sup>-(...) - se destaca-

De esta manera entonces y como quiera que en el expediente existe acreditación de que la señora ROSMIRA ASTRID GARZON ESLAVA, efectivamente solicitó al señor Alcalde del Municipio de Macanal, mediante escritos de 28 y 29 de agosto de 2012; **antes de la supresión**, tener en cuenta la especial situación que ostentaba, existe plena prueba de que dicho funcionario al disponer la supresión de su cargo desconoció la garantía constitucional y legal que le amparaba.

Más aun, las consabidas solicitudes no merecieron ningún tipo de pronunciamiento por parte del Burgomaestre, quien hizo oídos sordos a lo deprecado, pues nada indicó en el Oficio 200-02-495-2012 de 30 de agosto de 2012, con el cual se comunicó con efecto particular y concreto la separación del servicio por supresión.

En ese mismo sentido y aunque no se cuestiona en este caso la legalidad de la Resolución 0145 de 30 de agosto de 2012, mediante la cual se efectuaron incorporaciones, tampoco se aprecia que en este acto administrativo se hubieran hecho valoraciones respecto a ROSMIRA ASTRID GARZON, una razón más considerar, no solo que el acto demandable era el oficio, sino para demostrar la inexistencia de protección frente a la estabilidad laboral reforzada que ostentaba la hoy demandante.

Quiere abundar en razones el Juzgado para señalar que la aplicación e interpretación sistemática de las normas jurídicas citadas en precedencia, sin duda desarrollo del precepto constitucional invocado como causal de violación, comportan no solo obligaciones para el empleado en el sentido de aportar la certificación notarial con la cual se demuestra formalmente ser padre o madre "cabeza de familia", sino que además involucran la aplicación de un **procedimiento** que debe agotar el "Jefe de Personal", que para el caso que nos convoca es el Alcalde, en gracia del cual le correspondía "verificar" en las hojas de vida de los empleados la situación de las personas que pretendan beneficiarse de la protección especial, consultando los sistemas de seguridad social (caja de compensación, EPS, etc) a efecto de que cumplan las condiciones señaladas, con base en lo cual posteriormente "analizaría" en función del estudio técnico de modificación de planta si el cargo puede o no suprimirse o identificar la persona a quien se le debe respetar la estabilidad (art. 13.1 y 13.2 Decreto 190 de 2003)

**Tenía entonces oportunidad el Municipio de Macanal**, a través de su Alcalde, y **de forma previa a la supresión**, de valorar la **solicitud** y practicar las pruebas o adelantar las averiguaciones correspondientes que estimara necesarias, para comprobar que la declaración

<sup>38</sup> En aquella ocasión, al estudiar el caso de una auxiliar de enfermería que solicitaba la protección como madre cabeza de familia ante su desvinculación del Hospital San Jorge por motivo de la reestructuración que sufrió esta entidad, la Sala de Revisión manifestó en sentencia T-593 de 2006: "Para resolver el caso encuentra la Sala que la accionante, quien trabajó al servicio del Hospital demandado, considera que la entidad vulneró sus derechos fundamentales ante la decisión de suprimir su cargo de auxiliar de enfermería, sin tener en cuenta su condición de madre cabeza de familia. Por su parte, el ente accionado advierte que la actora nunca previno su condición de madre cabeza de familia, así como que, tampoco se acogió a la alternativa ofrecida, en virtud de ser funcionaria de carrera, de ser reincorporada dentro de los seis meses siguientes a la fecha de supresión de su empleo en un cargo de carrera equivalente, razón por la cual, estima que no se le vulneró derecho fundamental alguno a la accionante. (...) Del material probatorio que obra en el expediente, la Sala puede apreciar que la accionante no adujo su condición de madre cabeza de familia frente al ente demandado, razón por la cual si el Hospital desconocía la condición de madre cabeza de familia de la empleada, no podía exigirsele haber dado aplicación a los expuestos mandatos constitucionales que obligan a otorgar una discriminación positiva que garantice la estabilidad laboral de las madres cabeza de familia. De esta forma, esa omisión en la información de su supuesta condición de madre cabeza de familia descarta la posibilidad de que la entidad pública haya dispuesto su desvinculación en desconocimiento de la especial protección estatal."

juramentada sobre la condición de madre cabeza de familia se ajustaba a la realidad. En cambio de ello, es patente que el Municipio guardó silencio y sin pronunciarse sobre el derecho de estabilidad enarbolado por la empleada, dispuso la supresión de su cargo.

Bajo estos parámetros es claro que el Alcalde de Macanal quebrantó el ordenamiento superior, al suprimir de forma particular el cargo de auxiliar administrativo código 407 grado 13 (antes 550-01), de que era titular la señor ROSMIRA ASTRID GARZON ESLAVA, cuando debía asegurar la permanencia de la empleada en la planta, máxime cuando, respecto de este cargo hubo solo reducción (de 4 a 2) y posterior red denominación, luego entonces, en el contexto del derecho preferencial de incorporación debía darse prelación a la señora GARZON ESLAVA si ello era posible, y en caso de que no lo fuera, resultaba entonces inviable suprimir el empleo por ella ocupado.

Como así no se procedió y en este caso, el Municipio no descreditó la declaración notarial de la condición aducida por la promotora o su conocimiento previo, el Juzgado encuentra viable declarar la nulidad del Oficio demandado, lo cual desde luego generara un restablecimiento del derecho que será determinado en el acápite correspondiente. El cargo prospera.

#### DESVIACIÓN DE PODER

La causal de nulidad por **desviación de poder**, implica que determinada atribución de que está investida una autoridad “se ejerce, no para obtener el fin que la ley persigue y quiere, sino otro distinto”<sup>39</sup>. De manera reiterada ha sostenido el Consejo de Estado, que la carga probatoria para acreditar esta causal de anulación corresponde a quien la alega<sup>40</sup>.

En el caso que se analiza, el vicio alegado no pudo configurarse por la elemental razón de que no se precisa cuál es el fin desviado o no querido por el ordenamiento que buscó el MUNICIPIO de MACANAL con la determinación de la supresión, de tal forma que el cargo quedó indeterminado y bajo tal supuesto es imposible que el Juzgado aplique un análisis en ese sentido, sin que en todo caso sobre agregar que el desarrollo de los estudios aplicados a este caso se hayan hecho palpables.

En este contexto entonces, el cargo no prospera.

#### COROLARIO

De conformidad con las reflexiones precedentes, es claro que la señora ROSMIRA ASTRID GARZON ESLAVA si bien no ha triunfado en la mayoría de los argumentos de nulidad propuestos, ha podido demostrar que en efecto la reforma administrativa aplicada por el MUNICIPIO DE MACANAL incurrió en vicios de validez, por violación de la ley y falsa motivación; tanto en lo referente a los requisitos mínimos exigidos establecidos en el artículo 46 de la Ley 909 de 2004 y el artículo 97 Decreto 1227 de 2005 en lo que atañe a la existencia de un estudio técnico idóneo,

<sup>39</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda -Subsección “A”, Consejera Ponente: Doctor CLARA FORERO DE CASTRO, sentencia de 20 de marzo de 1997, expediente: 10022, Actor: Luis Edmundo Sotelo.

<sup>40</sup> Ver entre otras sentencias: Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero Ponente: Doctor ALBERTO ARANGO MANTILLA, sentencia de 8 de marzo de 2007. Expediente: 54001-23-31-000-2001-01536-01(9174-05), Actor: Isaac Fernando Huertas Entrena y sentencia de 7 de junio de 2007 Consejero Ponente: Doctor ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO, expediente: 25000-23-25-000-1999-02098-01(369-06), Actor: Armando Enrique Rosado M.

como en lo que concierne a la vulneración de normas constitucionales, referentes a la protección de la familia (art. 42 superior) en lo que respecta a la situación de madre cabeza de familia.

En virtud de esta situación es evidente que se abre camino la inaplicación del Decreto 048 de 30 de agosto de 2012, mediante el cual se suprimieron cargos de la plante del MUNICIPIO DE MACANAL y la nulidad del Oficio 200-02-495-2012, por el cual se termina la relación legal y reglamentaria con la señora GARZON ESLAVA, particularizando los efectos de la determinación general al informar/decidir la supresión de su cargo de auxiliar administrativo código 407 grado 13.

Menester será entonces disponer como **RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, que se ordene al **MUNICIPIO DE MACANAL** que reintegre en las mismas condiciones a la señora ROSMIRA ASTRID GARZON ESLAVA al cargo de Auxiliar de Administrativo 407 grado 13 o a otro equivalente o superior

Se ordenará además el **pago de los salarios y prestaciones sociales** que por efecto del retiro de la actora hubiese **efectivamente** dejado de devengar, desde cuando este se materializó y hasta cuando sea efectivamente reintegrada. En todo caso, efectuándose los **descuentos correspondientes a las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya percibido la demandante durante el tiempo en que permaneció separada del servicio.**

Esto último, siguiendo la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional que en reciente sentencia SU-354 de 25 de mayo de 2017, con ponencia del Doctor IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO, reiteró la línea jurisprudencial trazada por ese organismo en relación con la naturaleza y límite de la indemnización que respecto a actos de retiro de servicio debe observarse al momento de disponer el reintegro de un empleado<sup>41</sup> (indistintamente de que sea provisional o carrera). Se destacan de la providencia los siguientes apartados:

“la Sala pasa a exponer las razones por las cuales considera que este precedente se aplica indistintamente de si la designación fue en propiedad o en provisionalidad respecto de un cargo de carrera.

(i) La esencia del restablecimiento del derecho es **retrotraer las cosas a su estado inicial**, luego de hacer cesar los efectos jurídicos del acto administrativo que lesionó los derechos del ciudadano. Es por esa razón que ese tipo de condenas están dirigidas a reintegrar al funcionario al cargo que venía desempeñando y al pago de los salarios y las prestaciones dejados de percibir, creando una ficción jurídica de que aquel nunca fue retirado del servicio. Bajo ese entendido, no puede concluirse que las sumas que se ordenan a título de restablecimiento del derecho, que en todo caso se reconocen indexadas, tengan además un carácter indemnizatorio, porque se estaría desnaturalizando la finalidad de la decisión de restablecimiento. ...

(ii) Los descuentos que han de efectuarse no surgen por la temporalidad del cargo o por la expectativa de permanencia en el mismo. Si bien este argumento es válido para determinar el momento desde y hasta el cual a un funcionario en provisionalidad se le deben reconocer los salarios y prestaciones dejados de percibir de conformidad con la naturaleza de ese tipo de vinculación, no es el fundamento que hace viable o procedente el descuento por lo percibido en otros cargos. Como se ha sostenido, la estabilidad en un cargo en propiedad tampoco es absoluta, puesto que si bien se genera una mayor expectativa de permanencia en el empleo por haber aprobado un concurso de mérito, ello no convierte al funcionario en inamovible del cargo, en tanto su labor está sujeta a la verificación temporal del cumplimiento de las funciones que le fueron asignadas.

Quiere decir lo anterior que independientemente de la expectativa de permanencia en el cargo o de la estabilidad que se predica en mayor o en menor medida en una u otra clase de vinculación, la premisa sigue siendo la misma, esto es, que el reintegro se realice sin solución de continuidad, con el pago de los salarios y prestaciones efectivamente dejados de percibir, descontando de ese monto las sumas que por cualquier

<sup>41</sup> SU-691/2011, SU-556/2014, SU-053 y 054 de 2015

concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, indemnizando de ese modo el daño realmente causado.

(iii) La Sala reitera que independientemente de la naturaleza del cargo, en el funcionario radica la responsabilidad de su propia subsistencia económica y, frente a la hipótesis de resultar desvinculado del puesto de trabajo, sea cual fuere la razón y aún por un acto viciado de nulidad, aquel debe asumir la carga de su propio sostenimiento. Bajo esa línea argumentativa, para el caso de los cargos en carrera el restablecimiento del derecho también debe ser respecto de lo efectivamente dejado de percibir, es decir, cuando existe una verdadera imposibilidad de generar un ingreso como retribución por el trabajo, porque de lo contrario, se estaría permitiendo que la persona reciba dos montos salariales y prestacionales durante un mismo periodo.

(...)

Con todo, a juicio de esta Corporación el precedente fijado por la jurisprudencia constitucional cuando se ordena el reintegro y la devolución de los salarios y prestaciones dejados de percibir como consecuencia de la nulidad de un acto de retiro, se aplica con independencia de si la designación fue en propiedad o en provisionalidad respecto de un cargo de carrera. Esto, en cuanto el asunto no se relaciona con la temporalidad o la expectativa de la permanencia en el empleo, sino con la esencia misma del restablecimiento del derecho que genera la ficción jurídica de que el funcionario nunca fue retirado del empleo, indistintamente de la clase de vinculación que aquel ostente, de modo tal que serían incompatibles una condena por ese concepto y al mismo tiempo el pago de salarios y prestaciones recibidos por el ejercicio de otro cargo estatal en ese lapso.

No desconoce el Juzgado que el Consejo de Estado desde 2008, ha estado sosteniendo una tesis contraria, fundada en la consideración de que no se presentaría doble asignación del tesoro público porque la naturaleza de la indemnización o su causa, no es salarial<sup>42</sup>, reiterada entre otras decisiones en providencias de 19 de agosto de 2010, expediente 0396-10, con ponencia del DR. ALFONSO VARGAS RINCON y de 17 de mayo de 2012, expediente 0002-10, con ponencia del DR. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, no obstante de forma reciente algunos pronunciamientos de sus secciones Tercera y Quinta han acogido el criterio de la Corte Constitucional, al respecto providencias de 6 de Diciembre de 2016, expediente 11001-03-15-000-2000-06686-01(S), con ponencia del Dr. RAMIRO PAZOS GUERRERO (Sala Doce Especial de Decisión) y sentencia providencia de 9 de marzo de 2017, expediente (3065-13), con ponencia de la DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, proferida por orden de la Sección Quinta.

<sup>42</sup> Ver sentencia de 29 de enero de 2008, proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero, Doctor JOSÉ MARIA LEMUS BUSTAMANTE, expediente: 76001-23-31-000-2000-02046-02(IJ): En esta ocasión la Sala se abstendrá de ordenar el descuento de lo percibido por la actora por concepto de salarios recibidos de otras entidades públicas, rectificando así el criterio jurisprudencial mayoritario que sostuvo la Sección Segunda de esta Corporación, por las siguientes razones: Indudablemente el artículo 128 de la Carta Política prohíbe a los servidores públicos desempeñar simultáneamente más de un empleo público o recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la Ley. Empero de esta preceptiva no puede deducirse la prohibición para ordenar el pago de las sumas de dinero que por concepto de salarios y prestaciones provenientes de un empleo público hubiese recibido el demandante durante el lapso transcurrido entre el retiro y el cumplimiento de la orden de reintegro impartida por el juez contencioso administrativo al decidir a su favor la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por él impetrada. El pago ordenado como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto de retiro ostenta un carácter indemnizatorio, vale decir, en estos casos el restablecimiento del derecho se traduce en la indemnización de los perjuicios irrogados por el acto ilegal. La remisión que se hace a los salarios dejados de percibir se utiliza sólo como mecanismo indemnizatorio, como medida o tasación de la indemnización, tal como se emplea en otras ocasiones el valor del gramo oro o el del salario mínimo. Se acude a él porque la indemnización debe corresponder al daño sufrido y este se tasa con base en los salarios y prestaciones de la relación laboral que se extinguió. Cuando se dispone el reintegro de un trabajador con el consecuente pago de los salarios y prestaciones dejados de recibir desde la fecha del retiro hasta la del reintegro efectivo las cosas vuelven a su estado anterior, como si durante el tiempo en que estuvo cesante hubiera estado efectivamente prestando el servicio y devengando el salario correspondiente. Si durante ese lapso el servidor público desempeñó otro cargo y recibió el salario a él asignado este valor no debe descontarse porque su causa es diferente, la efectiva prestación del servicio como empleado público. Adoplar como política el descuento de los salarios percibidos por el servidor público en otro cargo público equivaldría a obligarlo a permanecer sin empleo si quiere obtener la reparación o a considerar que esta no corre a cargo de la administración sino del propio interesado, o a devolver el valor del salario percibido como consecuencia del trabajo por él realizado, cuando uno de los elementos básicos de la relación laboral es la remuneración. Como el pago impuesto en la condena no tiene por causa la prestación del servicio sino el daño causado por el retiro ilegal no tiene la connotación de asignación laboral dirigida a remunerar el servicio prestado y, por ende, no debe considerarse incurso en la prohibición establecida por el artículo 128 de la Carta Política.(...) El artículo 128 de la Constitución tiende a impedir la vinculación simultánea en dos empleos públicos, supuesto fáctico que no se tipifica en este caso porque en situaciones como la descrita el afectado sólo ha desempeñado en verdad un empleo, aquel que obtuvo después de la desvinculación ilegal, y lo que ordena el juez es que, como ficción legal, vuelvan las cosas al estado anterior, con el objeto de reparar el daño causado, considerando que no estuvo separado del cargo del cual fue retirado, para efectos salariales y prestacionales. No puede aceptarse la tesis de que existe enriquecimiento sin causa por el pago de salarios y prestaciones como consecuencia del reintegro, habida cuenta de que el empleo cuyo pago se ordena efectivamente no se desempeñó, porque la razón del reconocimiento de estos valores es el perjuicio irrogado al servidor por la administración al despedirlo ilegalmente, dado que el servicio en verdad no se prestó. Los salarios y prestaciones se deberán pagar por el tiempo en que legalmente hubiera permanecido el servidor público en el cargo, teniendo en cuenta las situaciones laborales específicas como la supresión posterior del empleo, empleos de período fijo, edad de retiro forzoso, reintegro posterior al cargo, haber alcanzado el estatus de pensionado, etc.- se destaca-

De esta manera entonces el Despacho acogerá la tesis de unificación Constitucional, porque posee fuerza vinculante como lo considera el Consejo de Estado en sentencia de 6 de diciembre de 2016; versa de forma específica sobre la situación de reintegro de la generalidad de los servidores del Estado, es decir, no se trata de un caso disanálogo o que se refiera a un régimen laboral exceptuado o privilegiado y además se aviene de mejor forma al ordenamiento superior, pues si bien puede aceptarse que la indemnización recibida con fundamento en el reintegro por concepto de salarios y prestaciones sociales no es percibida como contraprestación por la venta de la fuerza de trabajo, se trata a no dudarlo de una ficción jurídica propia del restablecimiento del derecho que permite suponer que el actor no fue retirado del servicio, y es justamente bajo tal sustrato lógico que debe aceptarse bajo idéntica ficción, que al demandante tampoco le sería permitido en actividad, percibir una doble asignación; ni de recurso público ni de recurso privado, dada la exclusividad que demanda el servicio público, por ende se generaría innegablemente un enriquecimiento injustificado al permitir que en aras del restablecimiento el trabajador pueda obtener más recursos que aquellos que **efectivamente** frustró el ilegal retiro.

Además de lo expuesto, es claro que de las sumas que componen el restablecimiento del derecho deben deducirse, lo que se haya pagado como indemnización por supresión de cargo, pues dado que deben volverse las cosas al estado anterior, surge evidente que no había lugar al pago de una indemnización por un retiro que no debió producirse.

Por lo demás las sumas que resulten serán indexadas al tenor del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, y atendiendo la fórmula adoptada de tiempo atrás por la Sección Tercera del Consejo de Estado, Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a lo dejado de percibir, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago).

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

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

También se declarará que para todos los efectos legales incluido el relativo a las cotizaciones pensionales no ha habido solución de continuidad.

No se ordenara el pago de intereses moratorios a "título de sanción", respecto a los salarios y prestaciones sociales que se ordena reconocer y pagar, como quiera que sólo a partir de esta determinación surge obligación para el ente territorial de erogar estas sumas, ante la deposición de legalidad de la actuación administrativa censurada.

#### **Condena en costas.**

Finalmente guiado el Juzgado por el Criterio objetivo valorativo para la imposición de costas procesales, esbozado entre otras providencias en la sentencia de 7 de abril de 2016, emitida por el

Consejo de Estado, con ponencia del Doctor WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ, en el radicado 1291-2014, en el presente asunto, considera el Despacho que hay lugar a su imposición pues al margen de cualquier consideración subjetiva en torno al comportamiento de las partes, es evidente que la parte vencedora, en este caso la señora ROSMIRA ASTRID GARZÓN ESLAVA, debió incurrir en gastos de defensa judicial, expresados tanto en recursos físicos (papelería, cds, etc) como en la contratación de apoderado para la adecuada defensa de sus intereses, razón por la cual el Juzgado considera razonable imponerlas en proporción del 4% de la cuantía que sirvió para determinar la competencia de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, equivalente a \$156.800 a cargo del MUNICIPIO DE MACANAL las cuales se liquidaran de conformidad con lo establecidos en los artículos 365 y 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Décimo Administrativo Oral de Tunja, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

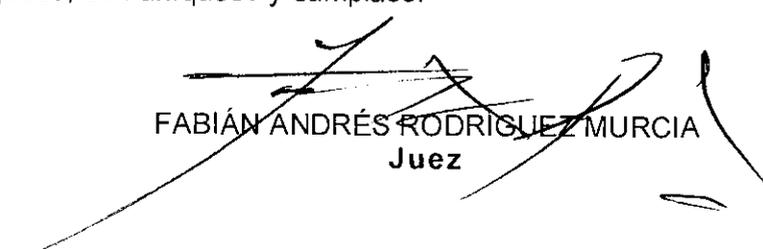
#### F A L L A:

1. **Se inhibe** el Despacho de pronunciarse sobre la legalidad del "estudio técnico" y del "Acuerdo 011 de 20 de agosto de 2012", por lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.
2. **Inaplicase por ilegalidad y para el caso concreto** el Decreto 048 de 30 de agosto de 2012, proferido por el Alcalde Municipal de Macanal, mediante el cual se suprimen unos empleos de la planta de personal de nivel central del Municipio, en lo que respecta específicamente a la supresión del empleo de auxiliar administrativo código 550 grado 01, precisado como código 407 grado 13, por violación de normas superiores y falsa motivación de acuerdo a lo dicho en la parte motiva de esta providencia.
3. **Declárese la nulidad** del Oficio N° 200-02-495-2012 de 30 de agosto de 2012, suscrito por el Acalde del MUNICIPIO DE MACANAL, mediante el cual retiró del servicio a la Señora ROSMIRA ASTRID GARZON ESLAVA del cargo de Auxiliar Administrativo código 407 grado (anteriormente 550-01), por violación de la ley y falsa motivación, conforme a lo expuesto en esta sentencia.
4. **A título de restablecimiento del derecho**, se ordena al MUNICIPIO DE MACANAL a **reintegrar** a la señora ROSMIRA ASTRID GARZON ESLAVA, al mismo cargo que venía desempeñando, o uno equivalente o superior, conforme a lo expuesto.
5. **Declárese** que para todos los efectos, incluido lo relacionado con los aportes y cotizaciones pensionales no ha habido solución de continuidad.
6. **Condénese** al MUNICIPIO DE MACANAL a reconocer y pagar a la Señora ROSMIRA ASTRID GARZON ESLAVA, **los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la fecha de su retiro efectivo y hasta cuando se produzca su reintegro efectivo**. La suma que se pague en favor de la accionante se actualizará en la forma indicada en esta providencia, aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Indice Final}}{\text{Indice Inicial}}$$

7. Se ordena al MUNICIPIO DE MACANAL **efectuar los descuentos** correspondientes a las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya percibido la demandante ROSMIRA ASTRID GAZON ESLAVA durante el tiempo en que permaneció separada del servicio.
8. De la suma que resulte a favor de la Señora ROSMIRA ASTRID GARZON ESLAVA, también **se descontará** el valor de lo que le fue pagado por concepto de indemnización por supresión del cargo.
9. La sentencia se cumplirá en los términos del artículo 192 y concordantes del CPACA y devengará intereses moratorios conforme al inciso 3 de esta disposición. Para lo anterior, se dispone remitir las comunicaciones correspondientes, de conformidad con lo previsto en los incisos finales de los artículos 192 y 203 de la Ley 1437 de 2011.
10. **Niéguense** las demás pretensiones de la demanda
11. Se condena en costas al MUNICIPIO DE MACANAL. Liquidense oportunamente teniendo en cuenta el valor de las agencias en derecho determinado en la parte motiva de esta sentencia y conforme a los artículos 365 y 366 del CGP.
12. **Acéptese** la renuncia del poder conferido a la Doctora **GLORIA LUCERO SACRISTAN GUACHETA**, portadora de la T.P. No. 122.175 del C. S. de la J, como apoderada del MUNICIPIO DE MACANAL, de conformidad con el memorial visible a folio 1153 a 1154.
13. Ejecutoriado este fallo y cumplidos sus ordenamientos, archívese el expediente, previas las constancias que sean necesarias. Si existen remanentes devuélvanse a la parte que corresponda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

  
FABIÁN ANDRÉS RODRIGUEZ MURCIA  
Juez