

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D. C., veintisiete (27) de agosto de dos mil quince (2015).

**REF: EXPEDIENTE No. 250002325000200109336 02-
No. INTERNO: 2779-2014-
ACTORA: MARÍA VICTORIA FRANCO DE TELLO-
INSTANCIA: SEGUNDA - DECRETO 01 DE 1984.**

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección de 17 de abril de 2015, después de surtidas a cabalidad las demás etapas procesales y de establecer que no obra en el proceso irregularidades o nulidades procesales que deban ser saneadas, para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia de 1º de abril de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, por medio del cual declaró no probadas las excepciones propuestas, se inhibió para pronunciarse de fondo respecto del oficio demandado y denegó las súplicas de la demanda incoada por María Victoria Franco de Tello contra la Contraloría de Bogotá.

1. ANTECEDENTES¹

¹ Demanda visible a folios 7 a 19 y adición de la misma a folios 60 a 83.

María Victoria Franco de Tello, por intermedio de apoderado judicial², en ejercicio de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, presentó demanda con el fin de que inaplique el Acuerdo No. 025 de 2001 expedido por el Concejo Distrital; se declare la nulidad del Oficio No. 190-1042 de 17 de mayo de 2001 suscrito por el Contralor de Bogotá a través del cual le informó que el empleo de Secretaria Código 540 Grado 04 que venía desempeñando había sido suprimido de la entidad; y de la Resolución No. 921 de 18 de mayo de 2001 por medio del cual incorporó a la señora Mabel Tulia Panqueba al cargo de Secretaria Código 540 Grado 04.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó el reintegro con efectividad desde la fecha de desvinculación en el cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría; pagar el valor de todos los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos con los aumentos legales y extralegales concurrentes al cargo; que las anteriores sumas fuesen indexadas de conformidad con el artículo 178 del C.C.A.; pagar por concepto de perjuicios materiales la suma de 100 salarios mínimos legales vigentes; declarar que para todos los efectos legales no ha existido solución de continuidad en la prestación de servicio; y dar aplicación a la Sentencia en los términos de los artículos 177 y 178 del C.C.A.

2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS³:

² Abogado Carlos Ariel Salazar Vélez.

³ Folios 8 a 9 y 62 a 66.

Señaló la demandante que estuvo vinculada a la Contraloría de Bogotá desde el 9 de diciembre de 1981 al 21 de mayo de 2001, inicialmente en el cargo de Supernumeraria, y posteriormente, como Secretaría Código 540, Grado 04 demostrando una excelente preparación para la eficiente prestación del servicio público con compromiso institucional, y un amplio sentido de pertenencia.

Destacó que mediante el Acuerdo No. 24 de 26 de abril de 2001, el Concejo de Bogotá modificó la estructura orgánica de la Contraloría Distrital y llevó a cabo el proceso de reestructuración Administrativa, por lo que el Acuerdo No. 25 de la misma fecha, suprimió en su artículo 1º la totalidad de los cargos existentes en la Planta Global de Personal de la Contraloría de Bogotá D.C., entre los que se encontraba el de Secretaría Código 540, Grado 04.

Enunció que al momento en que se le comunicó la supresión del cargo que venía ejerciendo, por medio del Oficio No. 1900-1042 de 17 de mayo de 2001, se le indicó que dado que se encontraba amparada por el fuero sindical, la desvinculación se haría efectiva hasta tanto fuese levantado legalmente.

Alegó que las decisiones del Concejo Distrital y de la Contraloría de Bogotá se adoptaron sin haberse motivado expresamente las modificaciones de la planta de personal o haberse fundado en razones de modernización o haber tenido en cuenta un mínimo de las metodologías de *“diseño organizacional y ocupacional”*.

Manifestó que las conclusiones del estudio técnico para proponer la reforma de la planta de personal, no se adoptaron con fundamento en las causales de

que trata el artículo 149 del Decreto Reglamentario 1572 de 1998, ni fueron elaborados por alguna de las entidades singularizadas en el artículo 151 del mismo decreto ni sometido a análisis previo del Departamento Administrativo de la Función Pública.

Enunció que la señora Mabel Tulia Panqueba fue incorporada como al cargo de Secretaria Código 540 Grado 04, sin que reuniera los requisitos establecidos en el manual de funciones, consagrados en la Resolución No. 00558 de 1999, expedida por el Contralor Distrital; tampoco su nombramiento se hizo con el lleno de los requisitos de que trata el artículo 5º del Decreto Ley 2400 de 1968, ni satisfizo los requisitos para ejercer el cargo a que se refiere el artículo 25 del Decreto 1950 de 1973.

Consideró que se le han causado serios perjuicios de tipo económico porque se le privó de los ingresos necesarios para atender su congrua subsistencia y se le colocó en condiciones de no poder cumplir cabalmente sus compromisos comerciales, sociales y morales, porque su retiro de la entidad le ha producido aflicción en su ánimo, pues truncó una carrera de servicio a la comunidad, que había comenzado con el desempeño del cargo que venía sirviendo en la Contraloría, y ha perturbado la paz y el sosiego doméstico.

La demanda fue adicionada en el sentido de solicitar la inaplicación por inconstitucional e ilegal del Acuerdo 25 expedido por el Consejo Distrital de Bogotá el 26 de abril de 2001, en lo referente a la supresión del empleo que venía desempeñando.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

Como disposiciones violadas citó las siguientes:

Constitución Política, artículos 1, 2, 13, 25, 53, 125, 209, 268, 272, 313, 315 y 322; Código Contencioso Administrativo, artículos 1, 2, 36, 84 y 85; Leyes 27 de 1992, artículos 1 y 2; 617 de 2000, artículos 3, 10, 52, 53, 54 y 55; 443 de 1998, artículos 1, 2, 3, 30, 31, 37, 39 86 y 87; Decretos 2400 de 1968, artículos 1º, 15, 16, 17, 25 [Parágrafo 1 y 2], 28 y 61; Decreto 1421 de 1993 , artículos 12, 13 y 126.

La demandante consideró que los actos acusados están viciados de nulidad, por cuanto:

En su sentir, se configuró desviación de poder al no existir facultades por parte del Contralor para modificar las funciones de los funcionarios y dejar por fuera a aquellos de la nueva planta de personal, mientras éste a su vez incorporaba arbitrariamente a personas sin tener en cuenta las condiciones y calidades de quiénes venían ocupando aquellos cargos reclasificados, demostrando con ello que se valió de la figura de supresión del cargo para cambiar unilateralmente los requisitos.

Afirmó que se incurrió en falsa motivación por cuanto no hubo una supresión efectiva del cargo, sino que se crearon nuevos empleos conservando las mismas funciones, contraviniendo lo estipulado por el artículo 148 del Decreto 1572 de 1998, por cuanto los requisitos que se necesitaban para desempeñar algunos de los cargos creados no podían ser variados cuando las funciones continuarían siendo las mismas; en ese sentido, el cargo no fue suprimido sino que fue reclasificado, por lo que, obligaba a la Administración a realizar un concurso con quienes estaban en igualdad de condiciones y

llenaban los requisitos para ocupar la nueva función, brindándole la oportunidad así, a quien estaba en consonancia.

Sostuvo, que la supuesta supresión del cargo no cumplió los fines de la economía y de modernización que condujeran al mejoramiento del servicio, sino que, generó un desorden institucional en la mayoría de las actividades sin que mediaran los principios de eficiencia y eficacia.

Finalmente alegó que existió irregularidad en la expedición del acto acusado puesto que el estudio técnico no contempló un “*mínimum de las metodologías de diseño organizacional y ocupacional*”, ni atendió las causales de que trata el artículo 149 del Decreto 1572 de 1998. Adicionalmente, no contiene el análisis comparativo de plantas de personal actual y la propuesta distribuida por dependencias ni compara los cargos por niveles contemplando los costos, además no se tuvieron en cuenta para su elaboración las previsiones del artículo 151 *ibídem*, no hubo un análisis previo, ni un concepto favorable, ni balance de cargos deficitarios por parte del Departamento Administrativo de la Función Pública.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Tanto la Alcaldía Mayor de Bogotá como la Contraloría de Bogotá contestaron la demanda dentro de la oportunidad legal, en la que se opusieron a las pretensiones formuladas por la actora, con fundamento en los siguientes argumentos:

4.1. Alcaldía de Bogotá⁴.

Enunció que el Departamento Administrativo del Servicio Civil emitió un concepto técnico respecto de la modificación de la planta de personal de la Contraloría de Bogotá, como quiera que estaba fundamentado en la modernización de la entidad conforme lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 443 de 1998, y además, se adelantó el estudio técnico basado en una metodología de diseño organizacional y ocupacional que contempló básicamente el análisis de procesos técnico-misionales y de apoyo; con lo cual se puede afirmar que no existió desviación de poder.

Consideró que no se puede alegar que existió falsa motivación cuando de acuerdo con el estudio técnico, era necesario adecuar la planta de personal de la Contraloría de Bogotá a partir de los criterios de profesionalización y racionalización, con el fin de dotarla de unos cargos que le permita tanto en su calidad como en su tamaño, atender de manera eficiente sus actividades misionales.

Agregó que el Contralor actuó conforme a las leyes vigentes para la época, con el fin de dar cumplimiento a la Ley 617 de 2000⁵, por ende, redimensionó la planta de personal en aras a reducir los gastos de la Contraloría.

Finalmente interpuso las siguientes excepciones: falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que los actos no fueron proferidos por la Alcaldía de

⁴ Folios 546 a 551.

⁵ “(...) Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la ley orgánica de presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional. (...)”.

Bogotá; legalidad del acto acusado, como quiera que el proceso de reestructuración de adecuó de acuerdo a los lineamientos legales.

4.2. Contraloría de Bogotá⁶.

Consideró que en ningún momento se ha llevado a cabo la violación de las normas que cita la parte demandante, puesto que la desvinculación de la señora María Victoria Franco de Tello se produjo siguiendo los trámites y lineamientos que ordenan las normas de garantía foral y de reestructuración administrativa.

Comentó que si bien es cierto la carrera administrativa genera estabilidad en el empleo, ésta no es absoluta y tiene límites, como por ejemplo, la reestructuración de la entidad pública respectiva y el control en el gasto público, entre otros, por ende, la administración no quebrantó las normas singularizadas y los principios de carrera administrativa, aun cuando la demandante no se encontraba en ésta.

Señaló que dando cumplimiento a lo dispuesto al artículo 84 de la Ley 617 de 2000⁷, el Contralor de Bogotá, solicitó al Departamento Administrativo del Servicio Civil un concepto respecto de la modificación de la planta de personal, el cual resultó favorable aduciendo que el estudio técnico justifica

⁶ Folios 520 a 545.

⁷ “(...) Artículo 84. - Sanciones por incumplimiento. El incumplimiento de lo previsto en la presente ley, constituirá falta gravísima, sancionable disciplinariamente de conformidad con la ley.

(...)”.

debidamente la supresión y creación de los propuestos en la nueva planta de personal.

Aseguró que no se puede afirmar que existió desviación de poder o falsa motivación, por cuanto la entidad actuó con fundamento en las atribuciones legalmente otorgadas y bajo los parámetros para ello establecidos; adicionalmente no se puede descocer que la entidad para dar cumplimiento a lo ordenado a lo estipulado a los artículos 54 y 55 *ibídem*⁸ se vio obligado a realizar el proceso de restructuración al interior de la Contraloría de Bogotá.

5.LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, mediante Sentencia de 1º de abril de 2007 declaró no probadas las excepciones propuestas, se inhibió para pronunciarse de fondo respecto del oficio demandado y denegó las súplicas de la demanda. Lo anterior con fundamento en lo siguiente (folios 698 a 724).

⁸ “(...) **Artículo 54.- Valor máximo de los gastos del Concejo y la Contraloría de Santafé de Bogotá, D. C.** Durante cada vigencia fiscal, la sumatoria de los gastos del Concejo y la Contraloría de Santafé de Bogotá no superará el monto de gastos en salarios mínimos legales vigentes, más un porcentaje de los ingresos corrientes anuales de libre destinación según la siguiente tabla:

(...)

Artículo 55.- Período de transición para ajustar los gastos del Concejo y la Contraloría de Santafé de Bogotá, D.C. Se establece un período de transición a partir del año 2001, para que Santafé de Bogotá, D.C., ajuste los gastos del Concejo y la Contraloría, de forma tal que al monto máximo de gastos autorizados en salarios mínimos en el Artículo anterior, se podrá sumar por período fiscal, los siguientes porcentajes de los ingresos corrientes de libre destinación:

(...)”.

Afirmó en cuanto a las excepciones propuestas, que tiene que ver con el fondo del asunto, puesto que se trata de apreciaciones tendientes a desvirtuar las razones invocadas, es decir, no se trata en realidad de un medio exceptivo.

Ya en el fondo del asunto indicó que, no se puede pasar por inadvertido que la demandante fue nombrada en el cargo de Secretaria Código 540, Grado 04, en la Contraloría de Bogotá en provisionalidad dado que en los documentos allegados al proceso no se arrimó el registro de inscripción en el escalafón de carrera administrativa.

Agregó que el Acuerdo No. 025 de 2001 que suprime los cargos de la Contraloría y el cual se pide inaplicar, fue encontrado ajustado a la Constitución y al ordenamiento legal en las sentencias ejecutoriadas de la Sección Primera de este Tribunal que desataron la controversia de simple nulidad propuesta encaminada a examinar la legalidad abstracta del Acto, luego no es procedente la petición de inaplicación; contrario sensu, tiene plena vigencia y es obligatorio.

Expuso que no se puede considerar que existió desviación de poder y falsa motivación, por cuanto, por un lado, en el estudio técnico se estableció la composición de la estructura de la planta de la Contraloría de Bogotá, los cambios de la organización interna y la necesidad de reformarla para lograr ejecutar los programas y proyectos, siendo entonces el que determinó la viabilidad de la restructuración de dicho ente; y de otro, reiteró, la demandante no tenía derechos de carrera administrativa.

Precisó, en cuanto al argumento relacionado con que la señora Mabel Tulia Panqueba Preciado fue incorporada en la planta de personal en el empleo

que venía ocupando la demandante sin cumplir con los requisitos de ese empleo, que tal afirmación no corresponde a la realidad, como quiera que ella venía laborando en la planta en el mismo cargo con los derechos de carrera. En otras palabras, frente a la persona incorporada a que se hace alusión en el libelo introductorio, no se demostró gozar de un mejor derecho que aquella en el cargo al cual fue incorporada, ni mucho menos probó que el empleo en disputa tuviera asignadas las funciones que prestaba él en la antigua planta de personal.

6.LA APELACIÓN

La parte demandante, por intermedio de su apoderado, interpuso recurso de apelación en contra del proveído anterior, bajo los siguientes cargos (folios 726 a 734):

Señaló que la iniciativa del Acuerdo 25 de 2001 debió haber sido del Alcalde Mayor de Bogotá y no del Contralor, pues éste no tenía competencia constitucional ni legal para adelantar tal actuación.

Advirtió que la demandante formaba parte de la Organización de Funcionarios de la Contraloría en calidad de fundador y estaba amparado por la garantía del fuero circunstancial al momento de ser desvinculado por la administración, sin que la entidad hubiera acreditado la autorización del juez laboral para su retiro.

Alegó que el estudio técnico que sirvió de soporte para la supresión de cargos en la Contraloría de Bogotá, se encuentra viciado pues no contiene lo relacionado con los procesos técnicos, misionales y de apoyo, evaluación de prestación de servicios, funciones, perfiles, cargas de trabajo de los

empleados, identificación de la metodología utilizada, presupuesto para gastos generales. A lo anterior se agrega que el Departamento Administrativo del Servicio Civil carecía de competencia para rendir el concepto técnico.

En su sentir, existen serías inconsistencias entre el estudio técnico y el Acuerdo No. 025 de 2001, ya que el primero de los citados determinó que para atender los negocios misionales se requería de 342 funcionarios no profesionales, en tanto que la segunda disposición dejó 216 funcionarios para esas necesidades.

Comentó que las funciones que desempeñaba mientras estuvo vinculada, son las mismas que se relacionan en la Resolución No. 022 de 12 de julio de 2001, además, no se evidencia que la persona que la remplazó, hubiese cumplido con el perfil y los requisitos exigidos para ejercer el cargo para el cual fue designada.

7.CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Tercera Delegada ante esta Corporación, rindió Concepto mediante escrito en el que solicitó negar las pretensiones de la demanda con fundamento en lo siguiente (folios 777 a 789):

Afirmó que la señora María Victoria Franco de Tello no hizo parte de la Dirección de la Fundación de la Organización Sindical de Trabajadores de la Contraloría de Bogotá; bajo ese contexto los actos administrativos acusados no incurrieron en los vicios endilgados de desviación de poder, falsa motivación, expedición irregular, por lo que, consecuentemente, de deben mantener incólumes por la presunción de legalidad que los ampara.

8.CONSIDERACIONES

8.1. Problema jurídico

Consiste en establecer si la señora María Victoria Franco de Tello tiene derecho a ser reintegrada al cargo que fue suprimido, porque a su juicio, algunas de las personas nombradas e incorporadas en cargos iguales o similares no reunía requisitos y además porque previo a la supresión del cargo, no se procedió al levantamiento del fuero.

Para dar solución al asunto planteado, esta Sala abordará los siguientes temas: i) la supresión de cargos; ii) la inaplicación del Acuerdo No. 025 de 2001; iii) estudio técnico; iv) el derecho a ser reincorporada a cargo equivalente; y, fuero sindical.

8.2. De la supresión de cargos.

En sentido amplio la supresión de empleos, puede entenderse como la desaparición o reducción de puestos de trabajo en los que los servidores públicos ejercen y desarrollan determinadas y precisas funciones.

La supresión de cargos de carrera en la Administración Pública suele presentarse por varias circunstancias, bien 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 o bien por políticas de modernización del Estado con el fin de hacer más eficaz la prestación del servicio público para el control del gasto público.

El proceso previo a la decisión de suprimir los cargos al interior de una entidad debe ser detallado y riguroso, como garantía de los derechos de ese personal que ante la prevalencia del interés general queda cesante.

Significa, que el proceso de reestructuración de las plantas de personal en la rama administrativa, se encuentra compuesto por una serie de etapas que son necesarias para su prosperidad y que comienzan con la elaboración del estudio técnico, luego, la propuesta de modificación de la planta de personal, el concepto técnico favorable y el concepto de viabilidad presupuestal.

En relación con los estudios técnicos, tanto el artículo 41 de la Ley 443 de 1998⁹ como el artículo 148 del Decreto 1572 de 1998¹⁰ y los artículos 7° y 9° del Decreto 2504 de 1998¹¹, normativa vigente para la época de los hechos,

⁹**Ley 443 de 1998** “*Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones*”, publicada en Diario oficial No. 43.320 de 11 de junio de 1998. Artículo 41. “*Reforma de plantas de personal. Con el fin de garantizar la preservación de los derechos de los empleados de carrera, las reformas de planta de personal de las entidades de la rama ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, que impliquen supresión de empleos de carrera, deberán motivarse expresamente; fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración y basarse en estudios técnicos que así lo demuestren, elaborados por las respectivas entidades, la Escuela Superior de Administración Pública, firmas especializadas en la materia o profesionales en Administración Pública u otras profesiones idóneas, debidamente acreditadas, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. (...)*”.

¹⁰**Decreto 1572 de 1998.**

“(...) Artículo 148 Las modificaciones a las plantas de personal de las entidades pertenecientes a la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial deberán motivarse expresamente y fundarse en las necesidades del servicio o en razones que propendan por la modernización de la institución, las cuales estarán soportadas en estudios técnicos que así lo demuestren”.

¹¹**Decreto 2504 de 1998.**

“(...) Artículo 7° Modifícase el artículo 149 del Decreto 1572 del 5 de agosto de 1998, el cual quedará así: Artículo 149. Se entiende que la modificación de una planta de personal está fundada en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración,

establecen que cuando de la modificación de cualquier planta de personal se trate, la misma debe estar precedida por estudio técnico que la justifique, que debe fundamentarse en las necesidades del servicio o en razones que propendan por la modernización de la administración, dentro de claros criterios de razonabilidad, proporcionalidad y prevalencia del interés general, con el análisis de aspectos tales como los procesos técnico - misionales y de apoyo, la evaluación de la prestación de los servicios y, la evaluación de las funciones asignadas, los perfiles y las cargas de trabajo de los empleados.

De otro lado, en lo que se refiere a la reincorporación a un cargo equivalente el artículo 39 de la Ley 443 de 1998 ha señalado que:

“(...) Derechos del empleado de carrera administrativa en caso de supresión del cargo. Los empleados públicos de carrera a quienes se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, como consecuencia de la supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del

cuando las conclusiones del estudio técnico de la misma deriven en la creación o supresión de empleos con ocasión, entre otros, de: 1. Fusión o supresión de entidades. 2. Cambios en la misión u objeto social o en las funciones generales de la entidad. 3. Traslado de funciones o competencias de un organismo a otro. 4. Supresión, fusión o creación de dependencias o modificación de sus funciones. 5. Mejoramiento o introducción de procesos, producción de bienes o prestación de servicios. 6. Redistribución de funciones y cargas de trabajo. 7. Introducción de cambios tecnológicos. 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. 9. Racionalización del gasto público. 10. Mejoramiento de los niveles de eficacia, eficiencia, economía y celeridad de las entidades públicas. PARÁGRAFO. 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 (...).”

Artículo 9°. Modifícase el artículo 154 del Decreto 1572 del 5 de agosto de 1998, el cual quedará así: Artículo 154.- Los estudios que soportan las modificaciones de las plantas de personal deberán estar basados en metodologías de diseño organizacional y ocupacional que contemplen, 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 empleados (...).”

traslado de funciones de una entidad a otra, o de modificación de planta, podrán optar por ser incorporados a empleos equivalentes o a recibir indemnización en los términos y condiciones que establezca el Gobierno nacional (...)"

Por su parte, el artículo 135 del Decreto 1572 de 1998, prescribe:

*"(...) Los empleados de carrera, incluidos quienes se encuentren en período de prueba, a quienes se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, como consecuencia de la supresión o fusión de entidades o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra o modificación de planta, tendrán derecho a optar por ser incorporados a empleos equivalentes conforme con las reglas de que trata el artículo 39 de la Ley 443 de 1998, para lo cual debe surtirse el trámite que legalmente se adopte o por recibir la indemnización de que trata el artículo 137 de este decreto.
(...)"*

Esta reincorporación, regulada por los incisos uno y dos del citado artículo 39 de la ley 443 de 1998, ocurre una vez expedido el acto de contenido particular y concreto, del cual se deduce la supresión de los cargos de los que no fueron incorporados, quedando personas de carrera administrativa cuyos cargos resultaron suprimidos retiradas del servicio, pero conservando sus derechos de carrera, que se traducen en el derecho de optar por ser indemnizados, o ser incorporados a empleos equivalentes que estén vacantes o que se creen en las plantas de personal.

Esta incorporación, se expide a solicitud del interesado, con posterioridad a la supresión de los cargos y retiro de los empleados y procede siempre que se acrediten los requisitos mínimos para el desempeño del respectivo empleo; y en consecuencia esta decisión se considera reglada.

Pero este derecho de preferencia es una garantía instituida sólo a favor de quienes se encuentran inscritos en carrera administrativa y cuando sus empleos han sido suprimidos de la planta de personal. Es una opción que el legislador les da para ser incorporados a un cargo equivalente en la nueva estructura de la entidad oficial y conforme a las reglas allí previstas. Debe tenerse en cuenta que el empleado que pertenece a la carrera administrativa, es quien superó satisfactoriamente todas las etapas de un concurso, cumpliendo las demás formalidades que la misma Ley 443 de 1998, exige, como la inscripción en el escalafón. Todas estas condiciones hacen que se pueda predicar los derechos que otorga la carrera administrativa.

8.3. Sobre la inaplicación del Acuerdo No. 25 de 26 de abril de 2001, proferido por el Concejo de Distrital de Bogotá.

Al respecto, la Sala debe recordar que la parte actora en el escrito de apelación señaló que el Acuerdo 025 de 2001 debe ser inaplicado por vía de excepción de inconstitucionalidad, la cual se fundamenta en la falta de competencia del Contralor, pues considera que la iniciativa para la reestructuración de la Entidad, le corresponde al Alcalde, teniendo en cuenta que entre sus funciones se encuentra la de crear empleos en las dependencias municipales o Distritales. El Concejo, por su parte, tiene la potestad de determinar la estructura del ente territorial, señalar las funciones de sus dependencias, escalas de remuneración y categorías de empleos.

Sobre la competencia para proponer la reforma administrativa de la Contraloría Distrital, se tiene lo siguiente:

El artículo 322 de la Constitución Política determina que el régimen político, fiscal y administrativo del Distrito Capital de Bogotá, será el que determine la Carta Política, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios.

A su turno, el inciso 6º del artículo 272 de la Constitución Política dispuso lo siguiente:

“(...) Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 y podrán, según lo autorice la ley, contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal.(...)”.

Entre las atribuciones asignadas al Contralor General de la República está la de presentar *“proyectos de ley relativos al régimen del control fiscal y a la organización y funcionamiento de la Contraloría General”*, según lo estipula el numeral 9º del artículo 268 de la Constitución Política.

El Decreto 1421 de 1993, por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Bogotá, señaló en su artículo 12, numeral 15, que:

*“(...) ART. 12.- Atribuciones. Corresponde al concejo distrital, de conformidad con la Constitución y la ley:
(...)
15. Organizar la personería y la contraloría distrital y dictar las normas necesarias para su funcionamiento. (...)”.*

Obsérvese que el Contralor Distrital de Bogotá no sólo ejerce las atribuciones conferidas en el artículo 109 del Decreto Ley 1421 de 1993 sino que asume, además, las establecidas en la Constitución Política y en las normas vigentes para los municipios, según lo prevén los artículos 272 inciso 6º y 268 numeral

9º de la Carta, en armonía con el artículo 157 de la Ley 136 de 1994 que consagra:

“(...) ART. 157. ORGANIZACIÓN DE LAS CONTRALORÍAS.- La determinación de las plantas de personal de las contralorías municipales y distritales, corresponde a los concejos, a iniciativa de los respectivos contralores. (...)”.

Siendo así, el Contralor Distrital de Bogotá sí podía, como en efecto lo hizo, proponer una reforma administrativa del órgano de control fiscal relativa a su organización y funcionamiento, a fin de que el Concejo Distrital determinara la planta de personal (Acuerdo 25 de 2001), por lo anterior, no prospera el cargo formulado por falta de competencia.

8.4. Estudio técnico

Alega la demandante que el acto de supresión no estuvo soportado en un estudio técnico, sin embargo previo a determinar si tal afirmación es cierta, es necesario examinar el artículo 41 de la Ley 443 de 1998, el cual establece lo siguiente:

“ARTICULO 41. REFORMA DE PLANTAS DE PERSONAL. Con el fin de garantizar la preservación de los derechos de los empleados de carrera, las reformas de planta de personal de las entidades de la rama ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, que impliquen supresión de empleos de carrera, deberán motivarse expresamente; fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración y basarse en estudios técnicos que así lo demuestren, elaborados por las respectivas entidades, la Escuela Superior de Administración Pública, firmas especializadas en la materia, o profesionales en administración pública u otras profesiones idóneas, debidamente acreditados, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.”

Por su parte, el artículo 149 del Decreto 1572 de 1998, modificado por el artículo 7º del Decreto 2504 de 1998, prevé:

“Artículo 149º.- Modificado por el art. 7, Decreto Nacional 2504 de 1998. Se entiende que la modificación de una planta de personal 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, supresión o reclasificación de empleos con ocasión de:

Cambios en la misión u objeto social o en las funciones generales de la entidad.

Supresión, fusión o creación de dependencias.

Modificación de las funciones generales institucionales o de las dependencias.

Traslado de funciones o competencias de un organismo a otro.

Eliminación, simplificación o creación de procesos o trámites.

Eliminación o reducción de prestación de servicios o la creación de nuevos servicios.

Redistribución de funciones y cargas de trabajo.

Introducción de tecnología.

Culminación o cumplimiento de planes, programas, proyectos o funciones cuando los perfiles de los empleos involucrados para su ejecución no se ajustan al desarrollo de nuevos planes, programas, proyectos o funciones de la entidad.

(...)”.

Para la fecha de expedición del acto acusado, se encontraba vigente la Ley 443 de 1998 y su artículo 41 ya había sido reglamentado por el Decreto 1572 del mismo año, precepto que prevé los parámetros y procedimientos para la reforma de plantas de personal, modificado a su vez, en algunas de sus disposiciones, por el Decreto 2504 de 1998. Son estas normas, pues, a las que debió sujetarse la administración distrital para expedir el acto impugnado, en virtud de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 3º de la Ley 443 de 1998¹².

¹² **Parágrafo 2º.-** Mientras se expiden las normas de carrera para el personal de las Contralorías Territoriales, para los empleados de la Unidad Administrativa Especial de

Tratándose de supresión de empleos de carrera administrativa, las referidas disposiciones legales consagran, como exigencia para ese particular proceso, la elaboración de un estudio técnico como sustento de la reforma a las plantas de personal.

A folios 93 a 139 del cuaderno principal, se encuentra el “*ESTUDIO TÉCNICO BASE PARA LA REESTRUCTURACIÓN DE LA CONTRALORÍA DE BOGOTÁ D.C.*”, el cual se desarrolló con el propósito de hacer un ajuste fiscal en los términos de la Ley 617 de 2000 y de racionalizar el funcionamiento del organismo, de tal suerte que resultara compatible con las exigencias misionales de la entidad. En ese escrito se resalta que “*(...) la planta de personal se estructura con arreglo a una metodología de dimensionamiento de cargas de trabajo, considerando los procesos básicos de la organización, lo cual induce a su racionalización, al cambio de la composición ocupacional y al desarrollo de estrategias institucionales conexas con todo ello (...)*”

Además, se consideraron entre otros aspectos, la organización del ente de control fiscal (criterio y diagnóstico de áreas y dependencias), los fundamentos de la nueva organización (aspectos misionales estratégicos), la profesionalización, racionalización, estrategia de prestación de servicios, el desarrollo de funciones de apoyo y el aumento de la capacidad institucional, asimismo se definieron los aspectos técnicos con base en los cuales se diseñó la nueva planta de personal, dotándola de una arquitectura de cargos que le permitieran tanto en su calidad como en tamaño, atender de manera oportuna el desarrollo de sus actividades con eficiencia, eficacia y

Aeronáutica Civil y para los empleados del Congreso de la República, de las Asambleas Departamentales, de los Concejos Distritales y Municipales y de las Juntas Administradoras Locales les serán aplicables las disposiciones contenidas en la presente Ley.

transparencia. De igual modo contiene la determinación del costo de las plantas (actual y propuesta), el comparativo de la distribución misional y de apoyo de las mismas y la determinación del nivel de complejidad de los sujetos de control.

Con lo anterior se demuestra que sí se elaboraron estudios técnicos con anterioridad a la expedición del acto acusado, y como se puede observar de las pruebas allegadas, se analizaron las necesidades para cada dependencia, siendo una sola la conclusión a la que llega la administración: “disminuir la planta de personal y ajustarla a las verdaderas necesidades de la entidad”.

Es más, a folios 2 a 7 del anexo 1, se encuentra el concepto de viabilidad presupuestal sobre la modificación de la planta de personal de la Contraloría de Bogotá D.C., suscrita por la Directora Distrital de Presupuesto de la Secretaría de Hacienda de Bogotá D.C.; y a folio 8 del mismo anexo, obra el Concepto Técnico favorable Dir 01459 de 23 de abril de 2001 presentado por la Directora del Departamento Administrativo del Servicio Civil, el cual a su vez reemplazó el concepto No. 1168 de 28 de marzo de 2001.

Es preciso señalar respecto del argumento propuesto por la recurrente según el cual el Departamento Administrativo del Servicio Civil de Bogotá emitió dicho concepto sin tener competencia para el ello, que el Acuerdo 14 de 1998 dispuso:

“(...) ARTÍCULO 6º.- Otras disposiciones. Además de cumplir con el requisito de orden presupuestal, las modificaciones de la planta de personal de las entidades del Distrito Capital, que deben regularse por lo normado en la Ley 443 de 1998, se requiere del concepto técnico previo del Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital. (...).”

De acuerdo con lo anterior, el Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital rindió concepto en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 6° del Acuerdo Distrital 14 de 1998. Por tal motivo, no asiste razón a la parte actos en relación con este aspecto.

En consecuencia, considera la Sala que contrario a lo afirmado por la parte actora, los estudios técnicos se ajustaron a la normatividad que los regula tanto en su motivación como en su conclusión final, según la cual era necesaria la reestructuración de la planta de personal, con el fin de lograr la racionalización del gasto público y el mejoramiento de los niveles de eficiencia, eficacia, etc., así como de los procesos internos para lograr su armonización con las disposiciones que regulan el proceso de responsabilidad fiscal, respondiendo a la atención y vigilancia del control fiscal, teniendo en cuenta los principios de planeación, simplicidad de su estructura, delegación profesionalizada, entre otras.

En otras palabras, la Contraloría de Bogotá elaboró un estudio técnico que sirvió de base para su reestructuración. Allí se precisó que la reorganización de la planta de personal era indispensable no solamente para dar alcance a lo ordenado en la ley 617 de 2000¹³ sino también para racionalizar el funcionamiento de la entidad y hacerla compatible con las exigencias misionales del control fiscal. El estudio contó, además, con el análisis, diagnóstico y fundamentos de la organización de la entidad; estrategias (entre las que se destacaron la profesionalización, la racionalización y la

¹³ "(...) "Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la ley orgánica de presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional".
(...)".

prestación de servicios y desarrollo de funciones de apoyo) y aspectos técnicos con base en los cuales se diseñó la nueva planta de personal.

8.5. Sobre el derecho a ser reincorporada a cargo equivalente

Considera la demandante que con la expedición del Acuerdo No. 025 de 26 de abril de 2001 se incurrió en desviación de poder por cuanto las funciones de Secretaria, Código 540, Grado 04, que venía desempeñando en la Entidad demandada se siguen cumpliendo por empleados que no gozan de la idoneidad requerida para desempeñarlas.

La nueva planta fue creada por el Acuerdo 25 de 2001¹⁴, la cual redujo 487 cargos de la planta, entre ellos, 27 cargos de Secretaría, Código 540, Grado 04.

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

Los derechos de carrera de estos empleados se traducen en el derecho de optar por ser indemnizados, o ser incorporados a empleos equivalentes que estén vacantes o que se creen en la planta de personal, dentro los seis meses siguientes, siempre que se acrediten los requisitos mínimos para el desempeño del respectivo empleo.

¹⁴ Visible a folios 49 y 50.

Para que se concrete el derecho de preferencia, el Jefe de la Unidad de Personal o de la dependencia que haga sus veces deberá poner en conocimiento al empleado del derecho que le asiste de optar entre percibir la indemnización o de tener tratamiento preferencial para ser incorporado a un empleo equivalente, con el fin de que, mediante escrito, manifieste su decisión, dentro de los cinco días calendario siguientes a la fecha del recibo de la comunicación.

En todo caso, si el Jefe de la entidad no le da oportunidad al titular del empleo de carrera de ejercer los derechos consagrados en los dos primeros incisos del artículo 39 de la Ley 443 de 1998, el empleado podrá acudir, ante la Comisión del Servicio Civil competente, para que se le permita el ejercicio del derecho que le asiste.

En el presente caso se evidencia que tanto la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Departamento Administrativo de la Función Pública¹⁵ como el Jefe de la Unidad de Personal de la Contraloría de Bogotá¹⁶ certificaron que la demandante **no** se encontraba inscrita en el Registro Público de Empleados de Carrera Administrativa, motivo por el cual no se puede afirmar que tenga mejor derecho frente aquellos que si estaban inscritos en carrera administrativa, tal es el caso de la señora Mabel Tulia Panqueba quien lo estaba desde el 26 de marzo de 1993 en virtud de la Resolución No. 224 que

¹⁵ Visible a folio 333.

¹⁶ El Jefe de la Unidad de Personal de la Contraloría de Bogotá señaló que no se podía inscribir a la señora María Victoria Franco de Tello en el escalafón de carrera administrativa, por cuanto de conformidad con la Resolución No. 014 de 8 de septiembre de 1995, que modifica la matriz de requisitos del Manual de Funciones, no cumplió con los requisitos para el ejercicio del cargo, como lo es el hecho de que no acreditó la tarjeta profesional de Secretaria.

el Director del Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital¹⁷ expidiera.

Debe tenerse en cuenta que la Sala ha reconocido el mejor derecho como criterio para acceder a las pretensiones en casos similares al presente, el cual consiste en que la persona o personas incorporadas no se encuentran inscritas en carrera o no cumplen los requisitos para el empleo. En tales circunstancias le corresponde a la demandante probar el supuesto de hecho aludido, es decir, que la persona o personas incorporadas en la nueva planta de personal ostentan un derecho inferior al suyo respecto del empleo del cual se reclama la incorporación y que no acreditan los requisitos para el ejercicio del mismo en tanto que aquella sí, en ese sentido, la actora debió demandar los actos de incorporación, arrimar al expediente las respectivas hojas de vida, identificar en qué plaza fueron incorporadas cada una de tales personas, especificar los requisitos del cargo y acreditar su cumplimiento; sin embargo no cumplió con la carga probatoria establecida y, por ello, deben desestimarse sus argumentos.

8.6. De la situación del empleado de carrera y del provisional

Ahora bien, en lo que a los cargos de carrera administrativa hace referencia, no existe duda que la permanencia en los mismos implica, en principio, la estabilidad en el empleo, pero ese 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 a fin de que el Estado cumpla sus cometidos.

¹⁷ Visible a folios 89 y 90 del cuaderno 3.

En otras palabras, la estabilidad en el empleo no significa que el empleado sea inamovible, porque puede ser separado o destituido en aquellos eventos en los cuales se compruebe su inoperancia, venalidad o bajo rendimiento o con motivo de la reestructuración de la planta de personal fundada en el interés general y en el progreso sostenido de la comunidad.

Los servidores vinculados por el sistema de carrera, tal como lo establece el artículo 39 de la Ley 443 de 1998, gozan del derecho preferente a ser incorporados a un cargo igual o equivalente en la nueva planta de personal de la entidad o a la indemnización correspondiente; ello en atención a que por su forma de ingreso al servicio público, tienen un tratamiento especial y predominante sobre los demás empleados vinculados a la Administración en las otras modalidades - libre nombramiento y remoción y provisionalidad.

Ese trato preferente del cual goza el servidor público de carrera, se traduce para la Administración, en el deber de comunicarle que cuenta con esa opción de percibir la indemnización o de ser incorporado a un empleo equivalente; de suerte que, si la autoridad nominadora omite tal deber incurre en clara arbitrariedad, que hace anulable el acto de retiro.

Por el contrario, tal como lo consideró esta Sección en anterior oportunidad¹⁸, por orden legal, la designación del empleado provisional, que tiene lugar frente a empleos de carrera con personal no seleccionado, no cuenta con el efecto inherente al nombramiento de carrera, es decir, no otorga la estabilidad propia del sistema.

¹⁸ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 4 de agosto de 2010. Radicado Interno 319-08. Actor: Aura Alicia Pedraza Villamarín. Demandada: ESAP.

Significa, que la desvinculación del empleado provisional bien se puede producir con la declaratoria de su insubsistencia, propia de aquellos que no pertenecen a una carrera, para quienes sí existen motivos y procedimientos establecidos en las normas que regulan la respectiva carrera, es decir, previa calificación de servicios insatisfactoria.

Pensar lo contrario supone atribuir al nombramiento provisional consecuencias que no tiene, porque el ingreso de estas personas no ocurrió previo un sistema de selección de mérito, lo cual habilita su declaratoria de insubsistencia sin motivación alguna.

8.7. Del fuero sindical

Mediante Oficio 1900-1042 de 2001, el Contralor de Bogotá D.C.¹⁹, le informó a la señora María Victoria Franco de Tello la supresión del cargo que venía desempeñando y le comunicó que su retiro se haría efectivo una vez se hubiera levantado judicialmente el fuero o cuando el mismo terminara por disposición legal.

Mediante Oficio No. 17000-4244 de 26 de septiembre de 2001²⁰ el Contralor le indicó a la demandante que su retiro efectivo sería efectivo a partir del 2 de octubre de 2001 teniendo en cuenta que el término del fuero sindical había culminado, para el efecto indicó lo siguiente:

¹⁹ Visible a folio 3.

²⁰ Visible a folio 420 y 421 del cuaderno 2.

“(…) En cumplimiento de lo previsto en el artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 57 de la Ley 50 de 1990 y modificado por el artículo 12 de la Ley 584 de 2000, y teniendo en cuenta que las organizaciones sindicales a las que usted pertenece en calidad de fundador o adherente fueron constituidas el 27 de marzo el 04 de abril (los últimos dos años) de 2001, y obtuvieron los Registros Sindicales Nos 0030.0029 y 0036 el 24 de julio (los dos primeros) y el 2 de agosto de 2001, me permito comunicarle que a partir del día dos (2) de octubre queda retirada efectivamente del servicio, sin perjuicio de las prerrogativas previstas en el artículo 39 de la Ley 443 de 1998, si a ello hubiere lugar, por haberse extinguido su fuero sindical por disposición de la citada norma legal, en concordancia con lo previsto en el artículo 59 del Código Régimen Político Municipal, y de otra parte, las condiciones que la Entidad tuvo en cuenta para mantenerlo en el servicio por razón del su fiero circunstancial, hoy son inexistentes”.

En virtud de lo anterior se puede concluir que se le respetó el fuero sindical que cobijaba a la señora María Victoria Franco de Tello al momento de la supresión del cargo, pues la administración le informó que su retiro del servicio quedaba sometido a la condición de terminación de dicha garantía.

La supresión de cargos opera sin importar la situación del empleado y sus prerrogativas; así el que tenga o no fuero sindical es ajeno al caso, pues la supresión de cargos obedece a intereses estatales de carácter general, que están por encima del interés particular. Distinto es que para el retiro se quebranten los privilegios generados por el fuero sindical, bajo ese contexto, tampoco es posible que le prospere este cargo.

En esas condiciones, se confirmará el Fallo del A – *quo* que denegó las súplicas de la demanda.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

FALLA

CONFÍRMASE la Sentencia de 1º de abril de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, por medio del cual declaró no probadas las excepciones propuestas, se inhibió para pronunciarse de fondo respecto del oficio demandado y denegó las súplicas de la demanda incoada por María Victoria Franco de Tello contra la Contraloría de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

CARMELO PERDOMO CUÉTER
Ausente con excusa

GERARDO ARENAS MONSALVE

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ