

SUPRESION DE CARGOS A NIVEL DEPARTAMENTAL – Competencia concurrente

Quien determina la estructura de la administración, es la Asamblea Departamental, pudiendo autorizar al Gobernador para que ejerza pro tempore precisas funciones como la de determinar la estructura de la Administración Departamental, es decir, que la autorización dada al Gobernador de Boyacá por la Asamblea Departamental, por medio de las Ordenanzas 018 de 2 de agosto y 0039 y el Decreto 1844 de diciembre de 2001, no es contraria a los preceptos Constitucionales.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 305 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 300 / DECRETO 1222 DE 1986

OFICIO DE COMUNICACIÓN DE SUPRESION DEL CARGO – No es acto administrativo

Para que se pueda hablar de acto administrativo, debe concurrir en él una manifestación de voluntad unilateral de la Administración, y los requisitos de validez (sujetos, objeto y causa o motivo), de suerte que la ausencia de uno de ellos, impide catalogar el Oficio acusado como un acto administrativo.

OFICIO DE COMUNICACION DE SUPRESION DEL CARGO – Expedición por el Director de talento humano

Como quiera que la supresión del cargo de un funcionario es una de las novedades de personal consagradas en la Ley, podía la Dirección de Talento Humano del Departamento de Boyacá, como la dependencia que maneja todo lo pertinente al personal, a bienestar social y capacitación, en orden al desarrollo del talento humano al servicio del Ente Territorial, comunicar la decisión de la administración.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1568 DE 1998 – ARTICULO 44 / DECRETO 1844 DE 2001

ESTUDIO TECNICO – Requisitos

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

FUENTE FORMAL: DECRETO 1572 DE 1998 – ARTICULO 154

SUPRESION DE CARGO – Estabilidad laboral reforzada de discapacitado. Demora en reincorporación

Según las pruebas obrantes en el proceso, dirá la Sala que la condición especial de discapacitado del actor, era conocida por la Gobernación de Boyacá al momento de tomar la decisión de desvincularlo, pues así lo ha manifestado en varias comunicaciones que arrimó al proceso en este sentido, y que volvió a poner de presente al momento de optar por la incorporación, al decir que se tenga en cuenta su solicitud “ya que me encuentro limitado físico por las secuelas de poliomielitis en los miembros inferiores y mi hija mauro de 13 años de edad también es limitada física por amputación del brazo derecho. De mi salario que devengo dependen económicamente mi esposa y mis dos hijos menores.”. La Sala considera que en el sub-examine quedó demostrado que la Entidad acusada desconoció la garantía de estabilidad reforzada del demandante por ser discapacitado, al posponer su incorporación al empleo, sin tener en cuenta la protección especial que le brinda la Carta Política y que optó por la reincorporación, empero como ésta no se hizo efectiva, acudió a la acción de tutela, y mediante sentencia T-700 de 2002, la Corte Constitucional ordenó su incorporación. Por lo anterior habrá de confirmarse parcialmente la sentencia de primera instancia que se inhibió de pronunciarse respecto a las Ordenanzas Nos. 0018 y 039 de 2001, Decreto 1679 de 2001 y el Oficio de 28 de febrero de 2002; y la modificará en el sentido de ordenar el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde el 1° de enero de 2002 hasta el 5 de agosto de 2003, de conformidad con lo expuesto.

FUENTE FORMAL: LEY 361 DE 1997 / LEY 443 DE 1998 – ARTICULO 63 / LEY 82 DE 1988 – ARTICULO 1 / LEY 82 DE 1988 – ARTICULO 2 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 13 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 47 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 53

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION 'B'

Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de junio de dos mil doce (2012)

Radicación número: 15001-23-31-000-2002-02444-01(2163-09)

Actor: CARLOS ALIRIO CASTILLO PIZZA

Demandado: DEPARTAMENTO DE BOYACA

AUTORIDADES DEPARTAMENTALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia de 24 de junio de 2009, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, que se inhibió de pronunciarse respecto a las Ordenanzas Nos. 0018 y

039 de 2001, Decreto 1679 de 2001 y el Oficio de 28 de febrero de 2002; y negó las súplicas de la demanda incoada por Carlos Alirio Castillo Pizza contra el Departamento de Boyacá.

LA DEMANDA

Estuvo encaminada a obtener la nulidad de los actos administrativos **Nos. Ordenanzas 0018 y 0039 de 2 de agosto y 30 de noviembre de 2001**, mediante la cual la Asamblea Departamental de Boyacá, le otorgó facultades al Gobernador y luego las amplió; **Decretos 1679 de 30 de noviembre de 2001**, por el cual, se estableció la estructura interna del Sector Central de la Administración Departamental y determinó las funciones de las dependencias que la integran; **1844 de 21 de diciembre de 2001**, mediante el cual el Gobernador del Departamento de Boyacá, estableció la Planta de Personal de la Administración Central; y el **Oficio de 28 de febrero de 2002**, por el cual el Director de Talento Humano del Departamento de Boyacá, le comunicó al demandante que el cargo de Guardián, Código 630, Grado 07, que ha sido suprimido a partir de la fecha y le brinda las opciones previstas en el artículo 39 de la Ley 443 de 1998.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó ordenar su reintegro al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría, sin solución de continuidad; disponiendo el pago de todos los salarios con sus respectivos ajustes legales, bonificaciones, primas legales, técnica, vacaciones con sus respectivas primas, auxilio de cesantías y demás prestaciones sociales dejadas de devengar, desde la fecha de supresión del cargo hasta la de su reintegro efectivo; condenar en costas y agencias en derecho a las Entidades demandadas; dando cumplimiento a la sentencia conforme a los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo.

Las anteriores pretensiones fueron sustentadas en los siguientes hechos:

El actor se vinculó al Departamento de Boyacá, el 20 de agosto de 1982 en el cargo de Cabo Administrativo de Rentas, Grado 8, dependiente de la División de Resguardo, dependiente de la Secretaría de Hacienda.

Posteriormente es ubicado como Guardián, Nivel Administrativo, Grado 7, de la Sección de Inteligencia y Contrainteligencia de la División de Resguardo, dependiente de la Secretaría de Hacienda.

Desde el 24 de noviembre de 1999 hasta la fecha del retiro se desempeñó como Guardián, Código 630, Grado 07, de la planta global de la Administración Central, adscrito a la Secretaría General y su última asignación mensual fue de \$367.000.

Por estar prestando sus servicios en vigencia de la Constitución Política de 1991 y de las Leyes 27 de 1992 y 443 de 1998, quedó escalafonado extraordinariamente en Carrera Administrativa, en el cargo de Guardián, Código 630, Grado 07 de la Planta Global de la Administración Central, adscrito a la Secretaría General.

Sus principales funciones obran en el Manual de Funciones y Requisitos, las cuales consistieron en coordinar la prestación del servicio médico integral para los trabajadores y beneficiarios; de servicios especializados, clínicos y hospitalarios; elaborar y desarrollar el programa de bienestar social para los trabajadores de la Industria, con el visto bueno del Subgerente Administrativo.

El demandante se caracterizó por cumplir fiel y cabalmente las funciones asignadas por su Jefe inmediato y por los distintos estamentos de la Empresa, inclusive más allá de las contenidas en el Manual de Funciones; en forma eficiente, sin presentar ningún llamado de atención, ni investigación disciplinaria, antes por el contrario fue objeto de múltiples reconocimientos y felicitaciones.

El actor cumplía todos los requisitos del cargo de Guardián, pues acumulaba casi 20 años de servicio.

De lo anterior concluyó que la reforma administrativa al Departamento de Boyacá, no tuvo una finalidad eminentemente técnica, sino que so pretexto de la misma se desató una persecución política de grupos en contra de las personas que venían laborando con la Entidad.

No existió sustento de carácter técnico para la supresión de empleos ni para la incorporación del personal a la nueva planta, pues se vinculó en provisionalidad a empleados diferentes a aquellos que ocupaban los cargos

de Carrera. El proceso adelantado para la supresión de cargos violó lo dispuesto por el artículo 154 del Decreto 1572 de 1998.

Adicionalmente que el actor desde su nacimiento presenta una limitación física e ingresó a la Administración Departamental por recomendación de la Presidencia de la República, quien a través de un programa de SEANALDE para limitados físicos, recomendó su vinculación.

NORMAS VIOLADAS

Como disposiciones violadas se citan las siguientes:

Constitución Política, artículos 6º, 25, 121, 122, 123, 125, 300, 305 y 336; Decreto 2400 de 1968, artículo 2º; Decreto 3074 de 1968; Decreto 1950 de 1973, artículo 7º; Decreto 1042 de 1978, artículo 74; Decreto 2304 de 1989, artículo 14; Ley 443 de 1998, artículos 1º, 2º, 3º, 7º, 8º y 87; Ley 617 de 2000, artículos 68 y 74; C.C.A., artículos 36 y 84. (Fls. 68-79)

CONTESTACION DE LA DEMANDA

El Departamento de Boyacá de folios 104 a 113 dio contestación a la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y propuso las excepciones de inexistencia de causales de nulidad, de solidaridad y falta de legitimación por pasiva.

La facultad de modificar, suprimir o estructurar la planta de personal, descansa en normas de orden Constitucional, acorde con los fines y principios que la Carta Política establece, y los Convenios y Pactos Internacionales suscritos por el Gobierno Nacional y la normatividad que regula la actividad pública, cuyo común denominador se sintetiza en la prevalencia del interés general sobre el particular.

Finalmente precisa que los actos administrativos acusados señalan inequívocamente que las modificaciones, supresiones y adopciones en ellas contenidas responden a un previo estudio económico y financiero establecido en el correspondiente Estudio Técnico de la reforma, que contiene los postulados de la Ley 443 de 1998.

LA SENTENCIA

El Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, mediante sentencia de 24 de junio de 2009 (Fls. 342-356), se inhibió de pronunciarse respecto a las Ordenanzas Nos. 0018 y 039 de 2001, Decreto 1679 de 2001 y el Oficio de 28 de febrero de 2002; y negó las súplicas de la demanda, con los siguientes argumentos:

Los actos administrativos -Ordenanzas Nos. 0018 y 0039 y el Decreto 1679 de 2001, son de carácter general, impersonal y abstracto, y específicamente no están suprimiendo el cargo del actor, por lo que contra ellos sólo procede la acción de simple nulidad, cuya finalidad es la de preservar el orden jurídico y la legalidad abstracta contenida en la Constitución Política y la de someter a la Administración Pública al imperio del derecho subjetivo, en consecuencia se inhibe de hacer pronunciamiento alguno.

Precisa que de acuerdo al artículo 300, numeral 9º de la Constitución Política, la Asamblea Departamental, puede autorizar pro tempore al Gobernador de Boyacá entre otras para suprimir dependencias y consecuentemente como lo consagra el artículo 148 del Decreto 1572 de 1998 debe motivar los actos administrativos que así lo estipulen, en necesidades del servicio o en razones que propendan por la modernización del Departamento, que deben estar soportadas en el correspondiente Estudio Técnico, como efectivamente aconteció en el presente caso.

No se encuentra probada la falsa motivación, por cuanto la supresión de cargos se basó en el Decreto No. 1679 de 30 de noviembre de 2001, proceso que conlleva la desaparición de empleos públicos.

Respecto a la nulidad del Oficio de 28 de febrero de 2002, que comunicó al demandante la supresión del cargo, no es enjuiciable, por cuanto con él no se crea ni se modifica situación jurídica alguna.

Finalmente señaló que a la fecha de presentación de la demanda, el actor fue incorporado a la nueva planta de personal del Ente acusado, es decir que la

Administración actuó dentro de los parámetros establecidos por la Ley y la Constitución en procura de proteger a las personas discapacitadas.

EL RECURSO

La parte actora interpuso recurso de apelación cuya sustentación corre de folios 368 a 371, con los siguientes argumentos:

Reitera los argumentos de la demanda relacionados con la falta de competencia en la expedición de los actos, desviación de poder y falsa motivación.

Insiste en la falta de competencia del Gobernador de Boyacá por no estar legalmente facultado para adelantar la reestructuración y advierte que la falsa motivación y desviación de poder se edifican en el supuesto que la reestructuración se hizo para prescindir de funcionarios expertos y conocedores de sus deberes, para en su lugar nombrar una nómina amiga, regresándose al sistema del botín político.

La decisión de desvinculación del actor no fue tomada por el nominador, que es el Gobernador sino por el Director de Talento Humano, con clara incompetencia y arbitrariedad, sin embargo el Tribunal se inhibió para fallar respecto al Oficio de 27 de diciembre de 2001, siendo el acto que afectó verdaderamente al demandante.

Al retiro del accionante, no se tuvo en cuenta la limitación física que padecía y la protección que le brinda la Constitución Política y la Ley 361 de 1997, que propenden por favorecer al funcionario minusválido.

Finalmente señala que la desvinculación del actor fue ilegal, pues no le correspondía al Gobernador suprimirle el cargo sobre la base de lo señalado por la Asamblea Departamental, sino directamente, por lo que la causal de expedición irregular por incompetencia funcional se hace evidente en el presente caso.

Como no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en determinar si el demandante tiene derecho a ser reintegrado al cargo de Guardián, Código 630, Grado 07 en el Departamento de Boyacá, porque a su juicio, los actos acusados fueron expedidos con falta de competencia, falsa motivación, desviación de poder y violando sus derechos como discapacitado.

ACTOS ACUSADOS

- ❖ **Ordenanza No. 0018 de 2 de agosto de 2001**, mediante la cual, la Asamblea Departamental de Boyacá, le otorgó facultades al Gobernador, para “1º Determinar y adoptar la estructura administrativa de la Administración Central y Descentralizada del Departamento de Boyacá, para lo cual podrá crear, suprimir y fusionar Secretarías, Dependencias y demás organismos de la Administración Departamental. Así mismo podrá reformar o dictar los estatutos básicos de las Entidades Descentralizadas.” (Fls. 2-6)
- ❖ **Ordenanza No. 0039 de 30 de noviembre de 2001**, por la cual la Asamblea Departamental de Boyacá, amplió el término de las facultades otorgadas al Gobernador. (Fls. 7-9)
- ❖ **Decreto No. 1679 de 30 de noviembre de 2001**, mediante la cual el Gobernador del Departamento de Boyacá, estableció la estructura interna del Sector Central de la Administración Departamental y determinó las funciones de las dependencias que la integran. (10-41)
- ❖ **Decreto No. 1844 de 21 de diciembre de 2001** (Fls. 42-48), mediante el cual el Gobernador del Departamento de Boyacá, estableció la planta de personal de la administración central del Departamento, en el artículo 1º, suprimió los 52 cargos de Guardián, Código 630, Grado 07.
- ❖ **Oficio de 28 de febrero de 2002**, por el cual el Director de Talento Humano del Departamento de Boyacá, le comunicó al demandante que el cargo de Guardián, Código 630, Grado 07, que ha sido suprimido a partir de la fecha y

le brinda las opciones previstas en el artículo 39 de la Ley 443 de 1998. (Fls. 49)

DE LO PROBADO EN EL PROCESO

Vinculación del Actor

Conforme a la certificación expedida por la Subsecretaria General de Personal, del Departamento, quedó demostrado que el demandante prestó sus servicios a la Entidad desde el 16 de septiembre de 1996 hasta el 14 de febrero de 2002 (Fls. 58 y 65), desempeñando los siguientes cargos:

| DECRETO | CARGO | DEPENDENCIA |
|-------------------------|-----------------------------|---|
| 0956 de Agosto 10/82 | Cabo Administrativo | División de Resguardo- Sria. Hacienda |
| 0905 de Agosto 20/85 | Cabo Administrativo Nivel | División de Resguardo – Sra. Hacienda |
| 1011 de Sep. 10/85 | Guarda Administrativo Nivel | Sria. Inteligencia y Contrainteligencia |
| 0964 de Junio 22/98 | Guarda Administrativo Nivel | Sección Operativa – División de Resguardo |
| 1034 de Julio 6/98 | Guarda Administrativo Nivel | División de Resguardo – Sria. Hacienda |
| 1623 de Nov. 24/99 | Guardia C-630 G-07 | Secretaría General |

De los Actos Previos a la Supresión de Cargos en el Departamento

La Asamblea Departamental de Boyacá le concedió autorizaciones y facultades extraordinarias al Gobernador (Fls. 80-82), con el objeto (Art. 1º) de que el Departamento ingrese en el Programa de Apoyo al Saneamiento Fiscal y al Fortalecimiento de las Entidades Territoriales:

“ARTÍCULO SEGUNDO.- Con el mismo objeto señalado en el artículo precedente, otorgar facultades extraordinarias al Señor Gobernador, para: (...)

a. Conforme al Artículo 231 del Decreto Ley 1222 de 1986, la Ley 443 de 1998 y sus Decretos Reglamentarios, especialmente el Decreto No. 1569 del 5 de agosto de 1998 y Artículo 300, numeral 7º de la Constitución Política, expedir Decretos con fuerza de Ordenanza para modificar

o adoptar niveles, nomenclatura, clasificación y escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos del Departamento, en lo que se relaciona con la aplicación del programa – PASFFIET y PRET-. (...)”

Luego mediante Ordenanza No. 0018 de 2 de agosto de 2001, artículo 1º, la Asamblea Departamental de Boyacá (Fls. 84-87), le otorgó facultades extraordinarias al Gobernador, para “1º. Determinar y adoptar la estructura administrativa de la Administración Central y Descentralizada del Departamento de Boyacá, para lo cual podrá crear, suprimir y fusionar Secretarías, Dependencias y demás organismos de la Administración Departamental. Así mismo podrá reformar o dictar los estatutos básicos de las Entidades Descentralizadas. (...)”, y en el artículo 3º indicó que dichas facultades serían por el término de cuatro (4) meses.

Por Ordenanza No. 0039 de 30 de noviembre de 2001, la Asamblea Departamental, amplió el término otorgado al Gobernador en el artículo 3º de la Ordenanza No. 018 de 2 de agosto del mismo año, donde se le conceden facultades y autorizaciones, a partir de 2 de diciembre de 2001 y hasta el último de febrero de 2002. (Fls. 91-93)

En el cuaderno No. 12 anexo al expediente fue incorporado el Estudio Técnico que el Departamento de Boyacá tuvo en cuenta para la supresión de cargos.

De la Supresión de Cargos

Mediante el Decreto No. 1844 de 21 de diciembre de 2001 (Fls. 3-6), el Gobernador del Departamento de Boyacá, estableció la planta de personal de la administración central del Departamento y suprimió unos cargos, dentro de los cuales se encuentran 52 cargos de Guardián, Grado 7, Código 630.

Por Oficio de 27 de diciembre de 2001, el Director de Talento Humano del Departamento de Boyacá, le comunicó al demandante que el cargo de Guardián, Código 630, Grado 07, fue suprimido a partir de la fecha y le brindó las opciones previstas en el artículo 39 de la Ley 443 de 1998. (Fls. 49)

El 5 de marzo de 2002, el demandante optó por el tratamiento preferencial a ser incorporado en la Planta de Personal, en los términos del artículo 40 de la Ley 443 de 1998. (Fls. 239)

De la Limitación Física del Actor

Según da cuenta el Oficio de 12 de agosto de 1981, la Jefe Regional del Ministerio del Trabajo, le solicita al Gobernador del Departamento de Boyacá, que:

“(…) El Sr. Castillo se ha dirigido al Sr. Presidente de la República, en busca de ayuda, después de agotados sus esfuerzos en las Entidades privadas y algunas oficiales, en donde se le negaron sus peticiones teniendo en cuenta que él **es una persona minusválida, como consecuencia de parálisis.**

Es bachiller, además cursó estudios de comercio en el Instituto Gran Colombia, está capacitado para trabajar como Auxiliar de Oficina, Ayudante de Archivo o como Cajero. (…)” (Fls. 50-51)

A folio 53 obra una fórmula médica de 15 de julio de 1999, suscrita por el Médico tratante del Instituto de Seguros Sociales, en que hace constar que el actor, “Se encuentra parcialmente limitado, por presuntas **secuelas de poliomyelitis.**”

Mediante Oficio No. ITAC-069 de 19 de marzo de 2002, la Inspectora de Trabajo y Seguridad Social de Tunja, le informó al Gobernador de Boyacá, lo siguiente:

“(…) En virtud de la solicitud elevada por el señor **CARLOS ALIRIO CASTILLO PIZA**, en su calidad de ex servidor de la Gobernación de Boyacá ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (…), y en cual recurre para que le sea protegido su derecho al trabajo en tanto que es una persona con limitación física, y en la reestructuración que efectuara en esa Entidad, no se tuvo en cuenta este aspecto y fue despedido.

En este orden de ideas, me permito recordar a Usted, que la Ley 361 Capítulo, IV artículo 22, ha establecido dentro de la política nacional de empleo adoptar las medidas pertinentes dirigidas a la creación y fomento de las fuentes de trabajo para las personas con limitaciones, para lo cual utilizará todos los mecanismos adecuados.

Así las cosas, solicito de manera atenta reconsiderar la determinación, por cuanto está vulnerando el derecho al trabajo de una persona especialmente protegida por la Ley y en manos de su administración compete retornar tal derecho. (…)” (Fls. 57)

De folios 169 y siguientes obran las diferentes calificaciones del actor, mientras permaneció en el Departamento de Boyacá.

La Corte Constitucional, mediante sentencia de tutela T-700 de 29 de agosto de 2002, tuteló el derecho fundamental al trabajo del actor y ordenó informarle si existe un empleo equivalente al que pueda ser incorporado inmediatamente o en

la primera oportunidad que se presente la vacante, cargo que debe estar acorde con las condiciones físicas y con su experiencia. Con relación a la discapacidad, encontró probado que:

“(…) Según certificación de la dirección de Talento Humano de la Gobernación de Boyacá (...). La discapacidad física que presenta, según certificación de la Caja de Previsión Social de Boyacá, se resumen así: ‘El paciente se encuentra parcialmente limitado, por presentar secuelas de poliomielitis’ (...).

Señala que de su trabajo depende su subsistencia y la de su familia, compuesta por su cónyuge y dos hijos, que son menores de edad. Pone de presente que su situación se agrava con el hecho de que su hija de 13 años ‘padece incapacidad por amputación del miembro superior derecho’, como lo certifica la misma Caja de Previsión Social. (...)” (Fls. 122-133)

El 21 de noviembre de 2002, según da cuenta el Acta visible a folio 119, el demandante tomó posesión del cargo de Auxiliar Administrativo, Nivel Administrativo, Código 550, Grado 24, de la Planta de Global de la Administración de Boyacá, para el cual fue nombrado en provisionalidad por Decreto No. 2342 de la misma fecha.

El Gobernador del Departamento de Boyacá en cumplimiento de la sentencia de tutela T-700/02, mediante Decreto No. 0942 de 5 de agosto de 2003, nombró al demandante en el cargo de Operario, Código 625, Grado 07. (Fls. 134-136)

A folio 168 obra la Revisión Médica Ocupacional de 7 de mayo de 2004 efectuada por el Médico Encargado de la ARP del Seguro Social, en que se efectuó la siguiente anotación: “Presenta diagnóstico de secuelas de poliomielitis desde la edad de 1 años. Pie de equino varo izquierdo. Cisticercosis cerebral diagnosticada desde 1989, requirió manejo anticonvulsivante, en la actualidad sin medicación.”

ANÁLISIS DE LA SALA

De la Competencia en la Expedición de los Actos Acusados

El recurrente plantea que la función de suprimir o fusionar las Entidades Departamentales es propia del respectivo Ejecutivo, según el artículo 305-8, luego la autorización dada en las Ordenanzas Nos. 018 y 039 de 2001, concretan la causal de anulación por configurarse una autorización proveniente de órgano o funcionario incompetente.

No le asiste razón al impugnante toda vez que por el contrario, existe una competencia concurrente en los casos de supresión de cargos en Entidades Departamentales, como lo demuestra la lectura sistemática de las disposiciones Constitucionales, así:

El numeral 7º del artículo 305 de la Constitución Política, con relación a las atribuciones del Gobernador, dispone: “Crear, suprimir y fusionar los empleos de sus dependencias, señalar sus funciones especiales y fijar sus emolumentos con sujeción a la ley y a las ordenanzas respectivas. (...)”, en el numeral 8º prevé: “Suprimir o fusionar las entidades departamentales de conformidad con las ordenanzas” y en el numeral 15 “Las demás que señale la Constitución, las Leyes y las Ordenanzas.”

A su vez el numeral 7º del artículo 300 de la Carta Política, con relación a las Asambleas Departamentales, dispuso que les corresponde por Ordenanzas: “Determinar la estructura de la administración departamental, las funciones de sus dependencias, las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo; crear los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del departamento y autorizar la formación de sociedades de economía mixta” y en el numeral 9º, manda: “Autorizar al gobernador del Departamento para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes y ejercer, pro tempore, precisas funciones de las que corresponden a las asambleas departamentales.”

El Decreto 1222 de 1986 -Código de Régimen Departamental-, en su artículo 95, establece que son atribuciones de los Gobernadores, las siguientes: “(...) 15. Nombrar y remover los Alcaldes Municipales, el secretario o secretarios y subalternos de la Gobernación.”

Como se desprende de la normatividad que se analiza, es claro que, quien determina la estructura de la administración, es la Asamblea Departamental, pudiendo autorizar al Gobernador para que ejerza pro tempore precisas funciones como la de determinar la estructura de la Administración Departamental, es decir, que la autorización dada al Gobernador de Boyacá por la Asamblea Departamental, por medio de las Ordenanzas 018 de 2 de agosto y 0039 y el Decreto 1844 de diciembre de 2001, no es contraria a los preceptos Constitucionales señalados.

De otra parte la normatividad que se analiza es clara en precisar que la facultad nominadora, de nombrar y remover al personal de la Administración Departamental, está en cabeza del Gobernador.

En ese orden de ideas no existió incompetencia en la expedición de los actos acusados y en consecuencia no está llamado a prosperar éste cargo.

De la Nulidad del Oficio de 28 de febrero de 2002

Plantea la parte actora que la comunicación que le informó la supresión del cargo y produjo el retiro, es un acto particular que se efectuó de manera ilegal, al ser proferido por la Dirección de Talento Humano y no por el Gobernador del Departamento de Boyacá.

El Oficio de 28 de febrero de 2002, fue expedido por el Director de Talento Humano del Departamento de Boyacá, comunicándole al demandante que el cargo de Guardián, Código 630, Grado 07 fue suprimido, con el siguiente tenor literal:

“(…) Con la presente me permito informarle que mediante Decreto No. 1844 del 21 de diciembre de 2001, se determinó la supresión de cargos que conformaban la antigua planta de personal y se estableció una nueva para la Gobernación de Boyacá.

Conforme al artículo segundo del precitado decreto, se establecía la Planta Transitoria, la cual la supresión de los cargos de esta se haría efectiva a partir del primero (1) de marzo de 2002, en consecuencia **su cargo de GUARDIÁN, Código 630, Grado 07, se suprime a partir de la fecha antes citada.**

En virtud de lo anterior y atendiendo las previsiones contenidas en el artículo 44 del Decreto Ley 1568 de 1998, quiero comunicarle que Usted podrá optar entre percibir la indemnización de que trata el artículo 137 del Decreto 1572 de 1998 o tener tratamiento preferencial para ser incorporado en cargo equivalente de la nueva planta, conforme con las reglas establecidas en el artículo 39 de la Ley 443 de 1998, disposiciones que regulan la Carrera Administrativa de la Rama Ejecutiva del Poder Público. (…)” (Se resalta) (Fls. 49)

Para poder establecer si efectivamente el Oficio de 28 de febrero de 2002, corresponder verdaderamente a un acto administrativo contentivo de la voluntad de la administración, es necesario precisar cuándo nos hallamos en presencia de un acto administrativo.

El artículo 49 ibídem prevé que: “No habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución, excepto en los casos previstos en norma expresa.”

En este sentido el Consejo de Estado¹ ha dicho sobre los anteriores actos:

“(…) Es sabido, al lado de los actos administrativos que resuelven determinado asunto o actuación de esa índole (administrativo) conocidos como actos definitivos, existen los que sirven de medio para que los anteriores se pronuncien llamados actos de trámite, pero, en ocasiones los últimos deciden, de manera directa o indirecta el fondo de los asuntos o actuaciones, asumiendo el carácter de definitiva.

De otro lado, es evidente que el control sobre los actos de ejecución, los cuales están excluidos de la vía gubernativa deben ser realizados para cumplir un acto ejecutoriado y ejecutivo, es decir que por sí mismo permite a la Administración hacerlo efectivo conforme a los artículos 64, 65 y 68 del Código Contencioso Administrativo, ya sea porque contra el acto definitivo se interpusieron los recursos, ora porque se decidieron. En caso de que no se haya ejecutoriado el acto que se cumple el artículo 153 consagra la posibilidad de suspender provisionalmente su ejecución. Así mismo, en caso de que los actos materiales de ejecución causan perjuicio al administrado, éste podrá accionar conforme a las reglas de control de los actos administrativos contenidos en la parte segunda del Código Contencioso Administrativo.”

La Corte Constitucional en sentencia C-339 de 1º de agosto de 1996, M.P. Dr. Julio Cesar Ortiz Gutiérrez, declaró la exequibilidad del artículo 49 del C.C.A., con la siguiente fundamentación:

“(…) De esta manera, la vía gubernativa en el sistema colombiano opera, salvo los casos previstos en norma expresa, sólo contra los actos administrativos creadores de situaciones individuales o concretas, siempre a instancias de las personas afectadas con las mismas y con miras a lograr una nueva decisión de la administración que los aclare, modifique o revoque; la nueva decisión que se produce en su respuesta se integra en esta concepción a la primera decisión recurrida, para formar así una unidad que, como tal, podrá considerarse para efectos del control judicial contencioso administrativo.

En consecuencia, no encuentra la Corte que los apartes demandados de la norma que se revisa sean inconstitucionales, ya que los fundamentos o supuestos de derecho que tuvo el legislador en cuenta para establecer la improcedencia de recursos de vía gubernativa contra los actos de carácter general, de trámite, preparatorios o de ejecución, y para limitar la procedencia de aquellos recursos, atienden a la necesidad de evitar la

1 CONSEJO DE ESTADO, Sentencia de 27 de octubre de 1972, Anales del Consejo de Estado TLXXXIII, Nos. 435- 436 pág. 429 de 1972.

parálisis o el retardo, la inoportunidad y la demora en la actividad administrativa, que debe estar, salvo excepciones señaladas en la ley, en condiciones de decidir en la mayor parte de los asuntos previamente a la intervención del administrado o interesado. (...)"

Esta Sala en repetidas ocasiones ha afirmado que la comunicación por medio de la cual se informa la decisión asumida por una determinada Autoridad Pública no tiene el carácter de acto administrativo; así² en sentencia de 15 de marzo de 2007, expediente 3020-04, precisó lo siguiente: "Como bien se observa la comunicación de supresión del cargo se limitó a informarle a la actora que fue desvinculada del servicio a partir del 3 de abril de 2000 como consecuencia de la supresión del cargo de Jefe de Programas dispuesta por el Decreto 411 de 2000, oficio que no crea, extingue o modifica una situación jurídica."³

Esta tesis que ha sido reiterada por la Sala según da cuenta la sentencia de 4 de septiembre de 2008, expediente 1528-07, M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, con el siguiente contenido literal:

"(...) Los actos de trámite se enmarcan dentro de la clasificación genérica de su relación con la decisión, "como aquellos que se expiden como parte de un procedimiento administrativo que se encamina a adoptar una decisión o que cumple un requisito posterior a ella",⁴ vale decir, que se limitan a impulsar el procedimiento, pero no tienen decisión alguna.

No podría ser objeto de control jurisdiccional un simple oficio, mediante el cual se hace una comunicación, requiere una información, solicita unas pruebas, o da cumplimiento a una orden.

El acto de trámite no incide en la decisión misma. (...)"

Conforme a la normatividad y la Jurisprudencia que se analiza, para que se pueda hablar de acto administrativo, debe concurrir en él una manifestación de voluntad unilateral de la Administración, y los requisitos de validez (sujetos,

² Consejera Ponente Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

³ CONSEJO DE ESTADO, en sentencia de 10 de septiembre de 1995, Expediente 9980, M.P. Dra. Clara Forero de Castro, expresó: "Si el actor pretendía su reintegro al cargo, cualquier ataque contra la decisión de retiro debió dirigirlo contra los actos que realmente lo afectaron y no contra la comunicación de los mismos como lo fue el oficio acusado. No porque entre ellos se conformara un acto complejo, como lo afirmó el Tribunal, sino porque la Resolución de incorporación se expidió en virtud de la facultad que le fue otorgada al Gerente, la que a su vez se ajustó al Acuerdo 05 de 1993."

⁴ RODRIGUEZ R LIBARDO. Derecho Administrativo, General y Colombiano. Santa Fe de Bogotá, Temis, 1998, pág. 210

objeto y causa o motivo), de suerte que la ausencia de uno de ellos, impide catalogar el Oficio acusado como un acto administrativo.

La manifestación unilateral de voluntad de la Administración debe estar orientada a crear, modificar o extinguir derechos concretos de una personada natural o jurídica, y si no lo hace, mal puede hablarse de acto administrativo objeto de reproche en sede Jurisdiccional a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

En el presente caso, el actor aduce la incompetencia del Director de Talento Humano del Departamento de Boyacá para proferir la comunicación sobre la supresión del cargo y brindarle la posibilidad de optar por la indemnización o el derecho preferencial de ser incorporado.

El Decreto 1568 de 5 de agosto de 1998, por el cual se dicta el régimen procedimental especial de las actuaciones administrativas que deben surtirse ante y por los organismos y autoridades, en su artículo 44, dispone:

“Suprimido un empleo de Carrera Administrativa, **el Jefe de la Unidad de personal** o de la dependencia que haga sus veces, **deberá comunicar tal circunstancia a su titular**, poniéndolo, además, en conocimiento del derecho que le asiste de optar entre percibir la indemnización que para el efecto señale el Gobierno Nacional o de tener tratamiento preferencial para ser incorporado a un empleo equivalente conforme con las reglas establecidas en el artículo 39 de la ley 443 de 1998.” (Se resalta)

Conforme a las normas que se transcriben y las reiterada jurisprudencia de esta Corporación y la Corte Constitucional, es evidente que la competencia para suprimir cargos en el Departamento de Boyacá, la tiene Constitucional y Legalmente el Gobernador (como se analizó en el capítulo anterior), función que deberá realizar mediante un acto administrativo que así lo determine y que en el presente caso lo fue el Decreto 1844 de 21 de diciembre de 2001, que así lo dispuso.

Como quiera que la supresión del cargo de un funcionario es una de las novedades de personal consagradas en la Ley, podía la Dirección de Talento Humano del Departamento de Boyacá, como la dependencia que maneja todo lo pertinente al personal, a bienestar social y capacitación, en orden al desarrollo del talento humano al servicio del Ente Territorial, comunicar la decisión de la administración.

En esas condiciones, el Director de Talento Humano es el que garantiza la administración de personal dentro del marco de las disposiciones legales que la regulan, siendo ésta la Autoridad encargada de poner en conocimiento del demandante la decisión de la supresión de su cargo efectuada mediante el Decreto 1844 de 21 de diciembre de 2001, sin que pueda afirmarse que tal comunicación es un acto administrativo.

Quiere decir, que el citado Oficio de 27 de diciembre de 2001, suscrito por el Director de Talento Humano del Departamento de Boyacá, comunicándole al demandante que el cargo de Guardián, Código 630, Grado 07 fue suprimido y le brinda la opción de ser incorporado o percibir la indemnización, no es enjuiciable debido a que ésta Jurisdicción está facultada para juzgar actos administrativos,⁵ máxime que no fue el acto que retiró del servicio al demandante, pues apenas constituye una actuación de trámite en obediencia a lo dispuesto por el artículo 44 del Decreto 1568 de 1998, lo que impide un pronunciamiento de fondo.

Si en gracia de discusión pudiera anularse, ello resultaría infructuoso, pues no tendría ningún efecto jurídico respecto a los actos que determinaron la supresión de cargos (Decreto 1844 de 2001) y la incorporación de funcionarios, de tal manera que no procede emitir pronunciamiento de mérito en relación con la comunicación impugnada y por ende se confirmará la inhibición, tal y como lo decidió el A-quo.

De la Desviación de Poder

El actor alega que la supresión tuvo como verdadero motivo móviles políticos, al perseguir a los funcionarios que no pertenecían al grupo político del Gobernador de Boyacá.

⁵ La Sección Segunda en sentencia de 21 de octubre de 2009, expediente 2336-08, M.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón, al resolver un caso similar, con relación al oficio por el cual se comunica la decisión de la Administración, dijo:

“(…) Mediante Oficio de 27 de diciembre de 2001 el Director de Talento Humano de la entidad le comunicó a la actora su retiro por supresión del cargo en virtud del Decreto 1844 de 2001 y le manifestó las opciones de incorporación o indemnización.

No obstante obra a folios 451 y siguientes del cuaderno anexo, las comunicaciones de incorporación y las posesiones de los Auxiliares Administrativos 550-24 que se hicieron con fundamento en los actos de nombramiento expedidos por el Gobernador, dentro de los cuales no incluyó el nombre de la actora.

De acuerdo con lo anterior el Oficio demandando no fue el que determinó el retiro de la señora Montoya Pacheco del servicio, pues las incorporaciones adelantadas en los 46 cargos que subsistieron en la planta global, fueron anteriores a la comunicación de retiro. (…)

Con fundamento en lo anterior no asiste razón a la actora pues la decisión de no incorporarla fue del Gobernador quien es el titular de la potestad nominadora y no el Director de Talento Humano. Debe advertirse que la comunicación de retiro es posterior a la de los actos de nombramiento de quienes continuaron en la entidad. (…)”

La desviación de poder consiste en 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. El acto por el cual el nominador retira del servicio a un funcionario esta revestido de la presunción de legalidad, siendo deber del particular desvirtuarla, en el sentido de comprobar que con su retiro el nominador tuvo en cuenta intereses particulares y caprichosos y, que por tal razón se desmejoró el buen servicio; ya que quien afirme que en su expedición concurrieron razones distintas, está obligado a incorporar la prueba que así lo demuestre.

La Sala en sentencia de 19 de noviembre de 2009, expediente 4963-04, M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, precisó:

“(...) La recurrente afirma que no fueron razones de buen servicio, sino móviles políticos que primaron en la expedición del Acuerdo acusado, como el instrumento con el que el Concejo Municipal de El Banco Magdalena quebranto sus derechos como Contralora Municipal, pero tal afectación no se soporta en pruebas que permitan enervar la legalidad del acto acusado. El nexo de causalidad de los móviles que aduce la actora no se encuentra demostrado y resultan diferentes a las razones de orden económico que se precisaron en la parte considerativa del Acuerdo y que según el mismo venían de tiempo atrás como se hizo alusión en el mismo acto. (...)”

Empero, en el sub-lite no obra ninguna probanza de donde la Sala pueda inferir el móvil desviado con que obró el nominador. El actor no cumplió con la carga que le impone el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, cuyo tenor literal es el siguiente: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. (...)” Pudiendo el Juez en ejercicio del principio de la ‘sana crítica’ realizar una libre apreciación de las pruebas, que le permitan impartir justicia a la luz de lo probado en el proceso.⁶ En estas condiciones el cargo no puede prosperar.

De la Falsa Motivación

Con relación a la falsa motivación planteada por el hecho de que la reestructuración no condujo al mejoramiento del servicio, dirá la Sala, que corresponde a una simple manifestación del apelante, pues para probar éste cargo, no se aportó ningún medio probatorio.

Del Estudio Técnico

Procede la Sala al estudio del argumento según el cual el Estudio Técnico no reúne los requisitos previstos en la Ley 443 de 1998, en el siguiente orden:

El artículo 41 de la Ley 443 de 1998 con relación a la reforma de las plantas de personal, dispuso:

“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 ejecutiva⁷ 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.

Toda modificación a las plantas de personal de las entidades del orden nacional, incluidos sin excepción los establecimientos públicos, las corporaciones autónomas regionales⁸, y las plantas de personal de empleos públicos que formen parte de las empresas industriales y comerciales del Estado, deberá ser aprobada por el Departamento Administrativo de la Función Pública. El Departamento Administrativo de la Función Pública llevará el balance de cargos deficitarios que, requiriéndose para el cumplimiento de los fines de las entidades nacionales, no hubiere sido posible crearlos en las respectivas plantas de personal por razones de orden presupuestal. Dicho balance se justificará en estudios técnicos de planta consultando exclusivamente las necesidades del servicio y las técnicas de análisis ocupacional con prescindencia de cualquier otro concepto.⁹

El artículo 148 del Decreto 1572 de 1998, con relación a la modificación de las plantas de personal, dispone:

“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.”

A su vez los artículos 149 y 154 del Decreto 1572 de 1998, contienen las razones en las cuales se fundamenta o justifica la modificación de las plantas de personal y

⁶ Sentencia de 4 de mayo de 2000, M.P. Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora.

⁷ El texto subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sala Plena, mediante sentencia C-994 de 2 de agosto de 2000, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

⁸ El texto subrayado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sala Plena, mediante sentencia C-994 de 2 de agosto de 2000, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

los Estudios Técnicos modificados por los artículos 7º y 9º del Decreto 2504 de 1998, con el siguiente contenido literal:

“Artículo 7º. Modificase el artículo 149 del Decreto 1572 del 5 de agosto de 1998, el cual quedará así:

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 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 9º. Modificase el artículo 154 del Decreto 1572 del 5 de agosto de 1998, el cual quedará así:

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 empleos.”

⁹ El párrafo del artículo fue declarado inexecutable por Corte Constitucional en Sala Plena, mediante

Para la fecha de expedición del Decreto 1844 de 21 de diciembre de 2001 –acto acusado-, se hallaba vigente la Ley 443 de 1998, y su artículo 41 ya había sido reglamentado por el Decreto 1572 del mismo año, normatividad que fijó los parámetros y procedimientos para la modificación de plantas de personal, el que a su vez fue modificado, en algunas de sus disposiciones, por el Decreto 2504 de 1998.

En el anexo No. 2 el expediente obra el Contrato No. 0037 de 27 de agosto de 2001 suscrito entre el Departamento de Boyacá y el señor Enrique Tobo Uscátegui,¹⁰ para la realización del estudio económico y financiero del proceso de ajuste fiscal de la Entidad, en el marco de la Ley 617 de 2000. El objeto del contrato es la realización del estudio económico y financiero del proceso de ajuste fiscal del Departamento de Boyacá en el marco de la Ley 617 de 2000. (Fls. 36 C-2)

De acuerdo con lo anterior, y lo previsto en el artículo 150 del Decreto 1572 de 1998, del que se destaca lo siguiente: “LA ESTRUCTURA PROCEDIMENTAL Y METODOLÓGICA PARA EL DESARROLLO DE LOS COMPONENTES BÁSICOS DEL ESTUDIO TÉCNICO ECONÓMICO Y FINANCIERO DEL PROCESO DE AJUSTE FISCAL Y REORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DEL DEPARTAMENTO DE BOYACÁ”. En dicho aparte, señaló cuáles eran los requerimientos para el análisis económico y financiero del programa de ajuste, así como los aspectos procedimentales y metodológicos que se seguirían para cada uno de los requerimientos.

El anexo No. 3 contiene el “DOCUMENTO TÉCNICO ESTRUCTURA INTERNA Y PLANTA DE PERSONAL GOBERNACIÓN DE BOYACÁ”, en el cual se indicó la necesidad de una modificación y racionalización de la estructura, en atención a las previsiones de la Ley 617 de 2000.

En el mismo documento (Fls. 7), se expone una justificación por dependencias, junto con el análisis misional, procesos y ubicación de cada una de ellas. Luego se encuentra el acápite denominado “ESTUDIO TÉCNICO PARA EL DIMENSIONAMIENTO DE LA PLANTA DE PERSONAL” (Fls. 33), indicando que en el proceso de categorización de los Departamentos en virtud de la Ley 617 de 2000, que el Departamento de Boyacá quedó clasificado en la categoría 1, con

sentencia C-372 de 26 de mayo de 1999, Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁰ A folios 15 vuelto y siguientes del anexo 2, obra la hoja de vida del mencionado profesional, señor Enrique Tobo Uscátegui, en la cual se observa que es economista, especialista en finanzas privadas, ha adelantado estudios afines con la materia tales como: Taller Reforma Tributaria y Efectos Contables, Actualización en Administración Pública, entre otros.

fundamento en las certificaciones del Contralor General de la República y del Departamento Nacional de Estadística.

Como puntos relevantes que hacen necesaria la modificación de la planta del Departamento señaló: “(...) La profesionalización de la planta de personal del Departamento de Boyacá, se constituyó en el eje fundamental de su reforma, la que privilegia el nivel profesional, frente a los niveles técnico, administrativo y operativo y en general frente a los demás niveles, de la Gobernación, dotándola por esta vía, del talento humano necesario, a efecto de asumir el reto de cumplir su misión con calidad, eficacia y eficiencia, en un Departamento donde estos son criterios fundamentales para el desarrollo de su misión Constitucional y legal y la de sus habitantes. (...)”

Asimismo se refirió a la necesidad de “tercerización de servicios” que no son propios de la misión constitucional y legal de la Entidad, y le restaban capacidad para el desarrollo de las funciones propias de la entidad como servicios generales (aseo, cafetería, vigilancia, mantenimiento etc.), granjas experimentales y viveros, obras públicas, guarda de rentas y cobro de impuestos; y resaltó la importancia de la sistematización y automatización de sus procesos.

Sobre la racionalización del gasto se refirió en los siguientes términos:

“(...) La racionalización del gasto público a cargo del Departamento se constituye en el eje central que orienta y limita el tamaño y los atributos de la nueva planta de personal, su tamaño porque (sic) de los límites presupuestales establecidos para el departamento por la Ley 617 de 2000, depende también el número de cargos y en cuanto a sus atributos el techo presupuestal se constituye igualmente en una limitación, en el proceso de establecer niveles de remuneración mayores a los existentes y permitidos por la ley. La planta de personal propuesta para el Departamento de Boyacá, está dimensionada y diseñada de tal forma que le permite cumplir con su misión, objetivos, funciones, con los recursos humanos necesarios, tanto en cantidad, como en atributos y a menores costos. Los 1.079 cargos, que conforman la planta de personal actual, tenían un costo anual de 12.645.519.760 pesos y el costo de los 439 cargos de la nueva planta cuestan anualmente 6.790.715.160 millones de pesos, para un ahorro neto de 2.523.070.292 millones de pesos anuales.”

Luego expone el fundamento técnico con base en el cual soporta la nueva planta por dependencia, con base en las funciones que debe desarrollar.

A folio 100 vuelto, se analizan los criterios para la incorporación del personal a la nueva planta dentro de los que se incluyen los funcionarios de carrera que se encuentran dentro de alguna de las siguientes situaciones: enfermedades catastróficas, incapacidad permanente y cumplimiento de los requisitos de pensión. En el mismo sentido establece los criterios de exclusión cuales son: los cargos de libre nombramiento y remoción y los provisionales. Una vez aplicados dichos criterios, se tendrá en cuenta el perfil de los empleados de acuerdo al nivel jerárquico al que pertenezcan.

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

En esas condiciones este cargo tampoco está llamado a prosperar.

De los Funcionarios Discapacitados

La Ley 82 de 25 de diciembre de 1988, “Por medio de la cual se aprueba el Convenio 159 sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional de Trabajo en su 69a. reunión, Ginebra 1983”, en el artículo 1º define que: “1º. (...) Se entiende por "persona inválida" toda personas cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden substancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida.”

Además dispone en el numeral 2º que todos los Estados miembros deberán considerar que la finalidad de la readaptación profesional es la de permitir que la persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, y que se promueva así la integración o la reintegración de esta persona en la sociedad. Y con relación a las medidas positivas en el artículo 4º dispuso que:

“(…) las medidas positivas especiales encaminadas a lograr la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre los trabajadores inválidos y los demás trabajadores no deberán considerarse discriminatorias respecto de estos últimos.”

La Constitución Política, le ha otorgado una protección especial a quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad o debilidad manifiesta como es el caso de personas discapacitadas. Así tenemos que:

“Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y **adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados.**

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Artículo 47. El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e **integración social para los disminuidos físicos**, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.

Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales.

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre los derechos inciertos y discutibles; más favorables al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; (...)

Artículo 54. Es obligación del Estado y de los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. **El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.** (Destacado fuera de texto)

Por tanto, dicha protección significa en materia laboral que su despido sólo podrá efectuarse y aceptarse como válido si existe una justa causa debidamente acreditada ante el Ministerio de la Protección Social.

El Legislador en desarrollo de la preceptiva de la Constitución de 1991, expidió la Ley 361 de 1997, por la cual estableció mecanismos de integración y protección laboral a favor de las personas con discapacidad, que haya sido adquirida antes o durante la relación laboral. Al respecto el artículo 26 dispone que: “En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el campo que se va a desempeñar (discapacidad adquirida antes de iniciar la relación laboral). Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de trabajo (discapacidad adquirida durante la relación laboral).

Significa que hizo extensivo dicho beneficio a aquellos trabajadores que durante el cumplimiento de las funciones propias de su relación contractual sufran algún deterioro en su salud, es decir, que cuando quiera que ocurra un despido de manera unilateral de una persona discapacitada y el empleador no logre demostrar que el mismo tuvo lugar con ocasión a una causa diferente a la limitación que padece el trabajador, dicha conducta puede ser considerada discriminatoria.¹¹

Ahora bien, la Ley 443 de 11 de junio de 1998, por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa, con relación a la protección de los limitados físicos, en el artículo 63, prevé:

“La Comisión Nacional del Servicio Civil en coordinación con las respectivas entidades del Estado, promoverá la adopción de medidas tendientes a garantizar en igualdad de oportunidades las condiciones de acceso al servicio público, en empleos de carrera administrativa, a aquellos ciudadanos que se encuentran limitados físicamente, con el fin de proporcionarles un trabajo acorde con sus condiciones de salud.

PARAGRAFO. El Gobierno Nacional a través del Departamento Administrativo de la Función Pública, efectuará los análisis ocupacionales pertinentes que permitan determinar los empleos con posibilidad de acceso a quienes se encuentren limitados físicamente. Créase una Comisión especial, la cual será presidida por el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública o su delegado, el Ministro de Salud o su delegado, y el Ministro de Trabajo y Seguridad Social o su delegado, para realizar especial seguimiento a lo dispuesto en el presente artículo.”¹²

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-531 de 10 de mayo de 2000, M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

¹² Actualmente la Ley 909 de 23 de septiembre de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa y gerencia pública, en el artículo 52 con relación a la protección a los desplazados por razones de violencia y a las personas con algún tipo de discapacidad, dispone:

Lo anterior significa que la administración pública deberá propender por la adopción de medidas a favor del servidor público con limitación, por tratarse de un sujeto de especial protección Constitucional y Legal, so pena de incurrir en la violación del principio de igualdad material.

De la Condición de Minusválido del Actor

El actor aduce que debe ser incorporado a la planta de personal del Departamento de Boyacá, teniendo en cuenta que padece de una limitación física (secuelas de poliomeilitis desde la edad de un (1) año y cisticercosis cerebral desde 1999), de los cuales era conocedor el Gobernador y por tanto goza de protección especial.

La Corte Constitucional mediante sentencia T-700 de 29 de agosto de 2002, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra, tuteló el derecho fundamental a la igualdad del actor, y en consecuencia ordenó se le informe, si existe un empleo equivalente al que pueda ser incorporado inmediatamente, para lo cual tuvo en cuenta:

“(…) Sobre este punto, observa al Sala que la Administración demandada no suministró ningún documento o información dentro del trámite de tutela, que hubiera permitido al juez, y con mayor razón al interesado, conocer si se han explorado o agotado las posibilidades de que la incorporación solicitada sea una realidad. En lo pertinente se limitó a señalar que para el momento de interponer la tutela, no habían transcurrido los 6 meses de que trata el artículo 39 de la Ley 433 de 1998.

4.4 Es aquí en donde radica la violación del principio de igualdad pues, es clara la omisión de la Administración en la adopción de medidas positivas encaminadas a que se haga realidad el pedido de incorporación reclamado por el actor, y no sólo limitarse a otorgarle un tratamiento igual al de cualquier servidor público en carrera al que se le suprimió el cargo del que era titular. Es bajo esta consideración que la Sala comparte muchos de los argumentos del a quo, al conferir, en este caso, la tutela pedida por la violación del artículo 13 de la Constitución.

4.5 Sin embargo, la Corte no participa de la orden que allí dio el A-quo, en el sentido de ordenar la vinculación del actor, en un plazo máximo de 15 días, pues, para la Sala, el juez de tutela, no obstante comprobar la violación del derecho fundamental en mención, no puede ordenar la incorporación laboral inmediata, puesto que debe tener en consideración que en la

“(…) La Comisión Nacional del Servicio Civil, en coordinación con las respectivas entidades del Estado, promoverá la adopción de medidas tendientes a garantizar, en igualdad de oportunidades, las condiciones de acceso al servicio público, en empleos de carrera administrativa, a aquellos ciudadanos que posean discapacidades físicas, auditivas o visuales, con el fin de proporcionarles un trabajo acorde con su condición.

En todo caso, las entidades del Estado, estarán obligadas, de conformidad como lo establece el artículo 27 de la Ley 361 de 1997 a preferir entre los elegibles, cuando quiera que se presenta un empate, a las personas con discapacidad.”

administración pública, la planta de personal está regulada por normas legales, y que una orden de esta naturaleza, si no hay la vacante, puede causar más problemas jurídicos que los que pretende remediar.

4.6 En consecuencia, la Corte protegerá el derecho a la igualdad del actor, porque la Administración Departamental violó el derecho de igualdad, al no adoptar medidas positivas para proteger el derecho al trabajo del servidor público con limitación.”

En el presente caso, está probado a folio 190 según certificación expedida por la Dirección de Talento Humano de la Gobernación de Boyacá que: “se encuentra parcialmente limitado, por presentar secuelas de poliomielitis”. Cuando ingresó a la Administración ya sufría la discapacidad en mención.

Además en el libelo introductorio afirma que de su trabajo depende su subsistencia y la de su familia, compuesta por su cónyuge y dos hijos, que son menores de edad y además pone de presente que su situación se agrava con el hecho de que su hija de 13 años “padece incapacidad por amputación del miembro superior derecho”.

Según las pruebas obrantes en el proceso, dirá la Sala que la condición especial de discapacitado del actor, era conocida por la Gobernación de Boyacá al momento de tomar la decisión de desvincularlo, pues así lo ha manifestado en varias comunicaciones que arrió al proceso en este sentido (Fls. 67 y 157), y que volvió a poner de presente al momento de optar por la incorporación, al decir que se tenga en cuenta su solicitud “ya que me encuentro limitado físico por las secuelas de poliomielitis en los miembros inferiores y mi hija mauro de 13 años de edad también es limitada física por amputación del brazo derecho. De mi salario que devengo dependen económicamente mi esposa y mis dos hijos menores.” (Fls. 239)

Igualmente el Ministerio de la Protección Social, mediante Oficio de 19 de marzo de 2002, le solicitó al Gobernador de Boyacá que conforme lo previsto en la Ley 361 de 1997, artículo 22 adoptara las medidas pertinentes dirigidas a proteger al demandante en su condición de limitado físico. (Fls. 57)

Ahora bien, de conformidad con las pruebas aportadas al proceso, se evidencia que el demandante fue incorporado a la Planta Global del Departamento de

Boyacá (Decretos 2342 de 21 de noviembre de 2002¹³ y 0942 de 5 de agosto de 2003¹⁴) y a la fecha de presentación de la demanda se encuentra vinculado a la Entidad accionada. (Fls. 94 y 101)

La Sala considera que en el sub-examine quedó demostrado que la Entidad acusada desconoció la garantía de estabilidad reforzada del demandante por ser discapacitado, al posponer su incorporación al empleo, sin tener en cuenta la protección especial que le brinda la Carta Política y que optó por la reincorporación, empero como ésta no se hizo efectiva, acudió a la acción de tutela, y mediante sentencia T-700 de 2002, la Corte Constitucional ordenó su incorporación.

Teniendo en cuenta el análisis precedente, la Sala llegó a las siguientes conclusiones:

- Los actos administrativos acusados, no conculcaron las normas de carácter Constitucional y Legal, que regulan la reestructuración del Ente acusado por necesidades del servicio, en esas condiciones no se incurrió en desviación de poder, ni en falsa motivación.

¹³ GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, Decreto No. 2342 de 21 de noviembre de 2002, por el cual se hace un nombramiento provisional, así:

"Nombrase provisionalmente a CARLOS ALIRIO CASTILLO PIZZA (...) en la Planta Global de la Gobernación de Boyacá, en el cargo de Auxiliar Administrativo, Nivel Administrativo, Código 550, Grado 24, dando cumplimiento a la Sentencia T-700 de 2002 de la Corte Constitucional, mientras se implementa la reestructuración administrativa según facultades dadas mediante la Ordenanza No. 0023 del 18 de septiembre de 2002."

¹⁴ GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, Decreto No. 0942 de 5 de agosto de 2003, por el cual se hace una incorporación en la Planta Global de la Gobernación de Boyacá, en consideración a:

"Que mediante Decreto No. 1844 del 21 de diciembre de 2001, se suprime el cargo de Guardián, Código 630, Grado 07, que venía desempeñando el señor CARLOS ALIRIO CASTILLO PIZZA.

Que el señor CARLOS ALIRIO CASTILLO PIZZA, optó por el tratamiento preferencial a ser incorporado en la Planta de Personal, en los términos del artículo 40 de la Ley 443 de 1998.

Que mediante sentencia T-700 de 2002, de fecha 29 de agosto de 2002, de la Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, Resuelve: *'Revocar la sentencia de fecha 9 de mayo de 2002, proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Tunja, en la acción de tutela presentada por el señor CARLOS ALIRIO CASTILLO PIZZA contra la Gobernación de Boyacá, Secretaría de Talento Humano. En su lugar, para tal efecto, se ordenara al Gobernador de Boyacá, si aún no lo hubiere hecho, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, informe al actor si existe un empleo equivalente al que pueda ser incorporado inmediatamente o en la primera oportunidad que se presente la vacante. Cargo que debe estar acorde con las condiciones físicas y con la experiencia del señor Castillo Pizza. (...)*'

Que el artículo 39 de la Ley 443 de 1998, establecer los Derechos del empleado de carrera administrativa en caso de supresión de cargo, Así mismo determina el mecanismo y procedimiento para otorgar el beneficio del trato preferencial.

Que revisada la Planta de Personal se encuentra vacante el cargo de Operario, Código 625, Grado 07. Por lo expuesto, DECRETA:

Incorporar a CARLOS ALIRIO CASTILLO PIZZA (...) en la Planta Global de la gobernación Boyacá, en el cargo de Operario, Código 625, Grado 07."

- El demandante al momento de la supresión del cargo se encontraba inscrito en carrera administrativa y ostentaba la condición de discapacitado, toda vez que, desde la edad de un (1) presenta secuelas de poliomelitis y a partir de 1999 se le diagnosticó cisticercosis cerebral.
- Conforme al acervo probatorio obrante en el proceso, quedó demostrado que el nominador era conocedor de la condición de discapacidad del actor.
- Una vez el accionante fue notificado de la supresión del cargo que ostentaba, optó por la incorporación y puso de presente su discapacidad.
- La Corte Constitucional mediante sentencia T-700 de 29 de agosto de 2002, ordenó la protección de los derechos fundamentales del actor y verificar la existencia de un empleo equivalente al que pudiera ser incorporado el actor.
- En cumplimiento de la sentencia de tutela, el Gobernador del Departamento de Boyacá mediante Decreto 0945 de 5 de agosto de 2003, ordenó su incorporación a la planta de la entidad.

Por lo anterior habrá de confirmarse parcialmente la sentencia de primera instancia que se inhibió de pronunciarse respecto a las Ordenanzas Nos. 0018 y 039 de 2001, Decreto 1679 de 2001 y el Oficio de 28 de febrero de 2002; y la modificará en el sentido de ordenar el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde el 1° de enero de 2002 hasta el 5 de agosto de 2003, de conformidad con lo expuesto.

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

1°. CONFIRMASE parcialmente la sentencia de 24 de junio de 2009, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, que se inhibió de pronunciarse respecto a las Ordenanzas Nos. 0018 y 039 de 2001, Decreto 1679 de 2001 y el Oficio de

28 de febrero de 2002; y negó las súplicas de la demanda incoada por Carlos Alirio Castillo Pizza contra el Departamento de Boyacá, salvo lo dispuesto en el numeral 3° y en su lugar se dispone:

2°. En cumplimiento de la sentencia T-700 de 29 de agosto de 2002 de la Corte Constitucional, **REVÓCASE** el numeral 3° de la precitada sentencia que negó las súplicas de la demanda y en su lugar se dispone:

3°. **ORDÉNASE** al Departamento de Boyacá pagarle al demandante los sueldos, primas, bonificaciones, subsidios, vacaciones y demás prestaciones dejados de percibir desde cuando se produjo su retiro hasta cuando fue efectivamente reintegrado, con la aclaración, para todos los efectos legales y prestacionales, de que no ha habido solución de continuidad en la prestación del servicio.

4°. **ORDÉNASE que de la condena impuesta se efectúe el descuento de la indemnización optativa recibida por el actor cuando se suprimió su cargo.**

5°. De igual modo se ordena la actualización de las condenas en los términos del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = \frac{\text{R.H. INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por el demandante desde la fecha en que fue desvinculado del servicio en virtud de los actos acusados, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió hacerse el pago.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada salarial 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.

6°. **DECLÁRASE que para todos los efectos legales no constituye doble asignación recibida del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, lo percibido por la libelista desde la fecha del retiro hasta la fecha del reintegro al Departamento de Boyacá.**

7°. **Se dará cumplimiento a la sentencia con arreglo a lo ordenado en los artículos 176 y siguientes del C.C.A.**

8°. **NIÉGANSE las demás súplicas de la demanda.**

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.

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA