

DERECHO DE OPCION POR SUPRESION DE CARGO DE EMPLEADO DE CARRERA – Desconocimiento.Reincorporación. Indemnización

El acto que retiró efectivamente del servicio al demandante, fue expedido con desconocimiento de lo previsto por el artículo 39 de la Ley 443 de 1998, en otras palabras, la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Jericó, Antioquia, le negó al demandante la posibilidad de ejercer su derecho de optar por su incorporación en la oportunidad señalada por la ley, esto es, al momento de la supresión del cargo, haciendo nugatoria la posibilidad de que previo estudio de las vacantes existentes en la nueva planta de personal, y en atención a las necesidades del servicio, continuara ejercicio de las funciones que venía desempeñando como Auxiliar de Enfermería. Bajo estos supuestos, la Sala declarará la nulidad del Oficio de 28 de diciembre de 2002, mediante el cual se le informó al actor que el empleo que venía desempeñando como Auxiliar de Enfermería había sido suprimido toda vez que, la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Jericó, Antioquia, omitió indicarle al demandante, dentro de la oportunidad legal, el derecho que le asistía, según el artículo 39 de la Ley 443 de 1998, a optar por la reincorporación en la nueva planta de personal o por la indemnización por supresión del empleo.

FUENTE FORMAL: LEY 443 DE 1998 – ARTICULO 39

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “B”

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá D.C., cinco (5) de septiembre de dos mil trece (2013).

Radicación número: 05001-23-31-000-2003-01577-01(1925-12)

Actor: NEVARDO ANTONIO HENAO RIOS

Demandado: EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL SAN RAFAEL DE JERICO - ANTIOQUIA

AUTORIDADES MUNICIPALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 21 de marzo de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda promovida por NEVARDO ANTONIO HENAO RIOS contra la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Jericó, Antioquia.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho el señor Nervado Antonio Henao Rios, por intermedio de apoderado judicial, solicitó al Tribunal Administrativo de Antioquia decretar la nulidad de los actos administrativos contenidos en: el Acuerdo No. 034 de 23 de diciembre de 2002, por el cual se “reforma la planta de personal de la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Jericó Antioquia” y del Oficio de 28 de 28 de diciembre de 2002 a través del cual, el Gerente del referido centro asistencial le informó que el cargo que venía desempeñando, como Auxiliar de Enfermería, código 555, había sido suprimido en virtud a lo dispuesto en el Acuerdo No. 034 de 2002.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho, solicitó ordenar la restitución de las condiciones laborales de que gozaba al momento de su retiro; reconocerle y pagarle los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la fecha de supresión del cargo hasta la de su reintegro efectivo; condenar a la entidad demandada al pago de las costas y agencias en derecho y ajustar las condenas conforme a los artículos 176 a 178 del C.C.A.

Los hechos de la demanda se resumen así:

Se sostuvo en la demanda que, el señor Nervado Antonio Henao Rios se vinculó laboralmente a la Administración Seccional de Salud de Antioquia, a partir del 1 de septiembre de 1997.

Se manifestó que, con posterioridad a la proceso de descentralización administrativa en el sector salud el demandante pasó a desempeñar el cargo de Auxiliar de Enfermería de la Empresa Social del Estado San Rafael de Jericó, Antioquia.

Se argumentó que, el señor Nervado Antonio Henao Rios gozaba los derechos y prerrogativas propias del sistema de la carrera administrativa desde el momento de su inscripción en el escalafón como Auxiliar de Enfermería.

No obstante lo anterior, mediante los artículos 1 y 6 del Acuerdo 034 de 2002 el Gerente de la Empresa Social del Estado San Rafael de Jericó, Antioquia dispuso el retiro del servicio del actor por la supuesta supresión del cargo que venía desempeñando.

Adujo la parte demandante que el referido proceso de reestructuración, en primer lugar no estuvo debidamente motivado, como lo exige la Ley y, en segundo lugar, no contribuyó a mejorar la prestación del servicio al interior de la Empresa Social del Estado San Rafael de Jericó, Antioquia.

Así mismo, se indicó que los actos mediante los cuales se concretó la supresión del cargo que venía desempeñando el actor vulneraron todos sus derechos y garantías laborales dado que, en ellos, no se le concedió la oportunidad para solicitar su incorporación en la nueva planta de personal del centro asistencial o, por el contrario, el pago de su indemnización por supresión del cargo, tal como lo ordenaba el artículo 39 de la Ley 443 de 1998.

Se concluyó que, en la práctica, lo que sucedió con ocasión de la reestructuración de la Empresa Social del Estado San Rafael de Jericó, Antioquia, fue un retiro masivo de empleados públicos en abierta contradicción con la totalidad de las garantías que contempla el ordenamiento jurídico a su favor, entre ellas la estabilidad propia que confiere el sistema de la carrera administrativa.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se citan como normas vulneradas las siguientes:

De la Constitución Política, los artículos 2, 15, 25, 29, 53, 84 y 125.

Al explicar el concepto de violación se sostiene, que los actos administrativos singularizados en la demanda, transgredieron el derecho al trabajo y la obligación que tiene el Estado de respetar las garantías de estabilidad en el empleo de quienes están inscritos en el escalafón de la carrera administrativa.

Se argumenta que, el proceso de reestructuración al que fue sometida planta de personal de la Empresa Social del Estado San Rafael de Jericó, Antioquia, redujo en forma significativa el número de plazas con que contaba, lo que trajo consigo una desmejora en la prestación de los servicios asistenciales, en detrimento no sólo de los derechos laborales de quienes fueron retirados del servicio sino de las expectativas de la comunidad frente a un servicio de naturaleza esencial.

Se indicó que, el oficio de 28 de diciembre de 2002 mediante el cual se le informa al demandante que ha sido retirado del servicio por supresión del cargo vulneró su derecho a optar por la incorporación en la nueva planta de personal de la entidad demandada o por una indemnización por supresión del cargo. Lo anterior dado que, como se precisó en el escrito de la demanda, los empleados públicos que se vean afectados por la supresión de su empleo siempre tendrán derecho a optar por la continuidad en la prestación del servicio o por una indemnización por su retiro definitivo del servicio, circunstancia que no se observó en el caso concreto.

Finalmente se manifestó que, contrario a lo expresado por la parte demandada el proceso de reestructuración al que fue sometido la Empresa Social del Estado San Rafael de Jericó, Antioquia, no tuvo como finalidad la mejora en la prestación del servicio prueba de ello, se sostuvo, fue la falta de un estudio técnico que diera cuenta de las necesidades del referido centro hospitalario y las medidas a adoptar para optimizar la prestación de los distintos servicios que vienen ofreciendo en el Departamento de Antioquia.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Empresa Social del Estado San Rafael de Jericó, Antioquia, contestó la demanda con los siguientes argumentos (fls. 33 a 38):

Expresa entre otras razones que, los actos acusados fueron expedidos por la Gerencia de la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Jericó, Antioquia, con estricta sujeción a las facultades otorgadas por la Constitución Política y las distintas normas sobre carrera administrativa razón por la cual, no es posible que hoy el actor pretenda en sede jurisdiccional desvirtuar la presunción de legalidad que les asiste.

Sostuvo que, no es cierto como lo afirma el actor que la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Jericó, Antioquia, se ha visto avocada a una disminución en la prestación de sus servicios e incluso la parálisis de alguno de ellos dado que, es un hecho notorio en el municipio de Jericó, Antioquia, la ampliación del portafolio de servicios al punto de haberse dado apertura a una

sede “al lado del parque del municipio con el fin de que los usuarios de la ESE estén mejor atendidos”.

Tampoco resulta ser cierto que la expedición del Acuerdo No. 034 de 2002 trajo consigo un retiro masivo del servicio de los empleados de la ESE, Hospital San Rafael de Jericó, Antioquia, ya que en esa oportunidad, precisó la demandada, se suprimió menos del 50% de su planta de personal, esto es, 18 personas que ante la necesidad de racionalizar los gastos de funcionamiento debían ser retiradas de manera definitiva del servicio.

Finalmente se manifestó que, no había duda de que el proceso de reestructuración de la planta de personal de la de la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Jericó, Antioquia, tuvo por única finalidad superar la grave crisis financiera por la que venía a travesando y, en consecuencia, mejorar eficacia y eficiencia en la prestación de los servicios asistenciales.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Antioquia mediante sentencia 21 de marzo de 2012 negó las pretensiones de la demanda, con los siguientes argumentos (fls. 277 a 288):

Señaló el a quo, en primer lugar, que el acto administrativo que individualizó la situación particular y concreta del señor Nevardo Antonio Henao Ríos frente al proceso de reestructuración de la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Jericó, Antioquia, no es el Acuerdo 034 de 2002 toda vez que, si bien a través de éste se dispuso la supresión de un número de empleos, tal decisión resulta ser indeterminada ya que sólo con la expedición del Oficio de 28 de diciembre de 2002 al demandante le fue informado el hecho de que había sido retirado del servicio con ocasión del referido proceso de reestructuración.

Bajo estos supuestos, consideró el Tribunal que es el Oficio de 28 de diciembre de 2002 el acto administrativo sobre el cual debe recaer el estudio de legalidad frente a las distintas pretensiones de la demanda formulada por el señor Nevardo Antonio Henao Ríos contra la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Jericó, Antioquia.

Descendiendo al caso concreto, se indicó que la estabilidad en el empleo no significa que el empleado sea inamovible como si la administración estuviese atada a él de manera irreversible, pues cuando razones de interés general conducen a la supresión de empleos, tal determinación se encuentra justificada. Cosa distinta es que los empleados con derechos de carrera puedan optar por recibir una indemnización por la afectación producida o a ser reincorporados al servicio bajo determinadas condiciones.

Se precisó que, la supresión de cargos constituye según lo dispuesto por la Ley 443 de 1998 y decretos reglamentarios, una causal legal de retiro del servicio de la que se vale la administración siempre que estime necesario modificar la estructura de sus plantas de personal, en atención a las necesidades públicas y el interés general de la comunidad, frente a los distintos servicios que presta el Estado.

Manifestó que, el Acuerdo No. 034 de 2002 estuvo fundado como lo ordena la Ley 443 de 1998 y el Decreto 1572 de 1998 en un estudio técnico que identificó las necesidades de la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Jericó, Antioquia, y las medidas que de debían adoptar para superar la crisis financiera que venía afrontado de tiempo atrás, entre ellas la disminución de su planta de personal.

Se señaló que, si bien la entidad demandada aparentemente omitió concederle la oportunidad al señor Nevardo Antonio Henao Ríos de optar por la incorporación a su nueva planta de personal o por una indemnización por supresión del cargo tal hecho, per se, no invalida la actuación administrativa que dio lugar al retiro del servicio del actor dado que mediante Resolución No. 001 de 5 de enero de 2003 le fue reconocida y pagada una indemnización, lo que hace suponer que a éste si se le concedió la referida oportunidad.

Así las cosas, consideró el Tribunal que el demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad que le asistía al Oficio de 28 de diciembre de 2002 razón por la cual, negó las pretensiones de la demanda.

RAZONES DE IMPUGNACIÓN

La parte actora interpuso recurso de apelación contra el anterior proveído según consta de folios 290 a 295, bajo las siguientes consideraciones.

Sostuvo la parte recurrente que, los actos administrativos acusados vulneran el derecho fundamental al debido proceso del demandante, en primer lugar, porque contra ellos no se permitió agotar la vía gubernativa y, en segundo lugar, porque tampoco se le dio oportunidad para optar por la indemnización por supresión del cargo o por su incorporación en la nueva planta de personal.

Se manifestó que, en el caso concreto la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Jericó, Antioquia, decidió en forma unilateral imponerle al demandante el pago de una indemnización por la supresión del cargo que como Auxiliar de Enfermería venía desempeñando lo que, se adujo, le impidió ejercer plena y libremente su derecho de opción a escoger la posibilidad de ser incorporado en la nueva planta de personal de la referida Empresa Social del Estado.

Teniendo en cuenta lo anterior, se sostuvo que debe accederse a la pretensiones de demanda y, en consecuencia, ordenar el reintegro del señor Nevardo Antonio Henao Ríos al cargo que venía ocupando y el pago de todo lo dejado de percibir desde la fecha de su retiro hasta la de su reintegro efectivo.

ALEGATOS

La Procuraduría Segunda Delegada ante el Consejo de Estado estima necesario revocar la sentencia apelada y, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda, con las siguientes consideraciones (fls. 341 a 343):

Sostuvo la Delegada del Ministerio Público, en esta oportunidad, que si bien es cierto la supresión de cargos constituye un valioso instrumento con que cuenta la administración para ajustar sus plantas de personal a las distintas necesidades que

pueda afrontar una entidad pública ello, per se, no le permite desconocer las prerrogativas que el ordenamiento jurídico ha establecido a favor de los servidores públicos, concretamente frente a estos procesos de modificación institucional.

Precisó que, en el caso concreto, la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Jericó, Antioquia, al momento en que se suprimió el cargo que venía desempeñando el demandante, debió concederle la oportunidad para solicitar una indemnización por supresión del referido cargo o su incorporación a la nueva planta de personal. Sin embargo, se sostuvo, ello no sucedió dado que la entidad demandada no sólo omitió poner en conocimiento del actor tal circunstancia sino que de manera precipitada ordenó el pago de una indemnización a su favor.

Lo anterior, en abierta contradicción a la tradición jurisprudencial del Consejo de Estado la que, en casos similares al presente ha señalado“(…) el otorgamiento del derecho de opción al momento de la supresión de cargo, no es un mero aspecto de trámite dentro de un proceso de supresión, sino que adquiere una relevancia sustancial frente a una asunto en el que, se reitera, el interés particular del inscrito en carrera cede ante el interés general de la comunidad (…).”. Sentencia de 30 de marzo de 2011. Rad. 1544- 2010.

Así las cosas, la Procuraduría Segunda Delegada ante ésta Corporación solicitó revocar la sentencia apelada y, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES

Como no se observa causal que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes consideraciones.

Problema jurídico por resolver

Deberá determinar la Sala si la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Jericó, Antioquia, le concedió al señor Nevardo Antonio Henao Ríos la oportunidad de optar por la incorporación en su nueva planta de personal o la indemnización por supresión del cargo que venía desempeñando o si, por el contrario, al omitir tal circunstancia se vulneraron sus derechos de carrera.

I. Cuestión previa

a. La individualización de los actos

La Sala ha venido señalando que en los procesos de reestructuración de entidades públicas que conlleve la supresión de empleos, se expiden actos tanto de contenido general como particular. Son de contenido general, aquellas decisiones que disponen la supresión de algunos de los empleos de la planta de personal lo cual se traduce en la reducción numérica de los mismos. En este caso, la medida que así lo disponga es objetiva e indeterminada y en ese orden, el acto de contenido particular viene siendo la comunicación u oficio que informa al servidor sobre la no continuidad en el servicio.

En el asunto sub lite, se observa, que el Acuerdo No. 034 de 23 de diciembre de 2002 “Por el cual se reforma la planta de personal de la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Jericó Antioquia” proferido por el Presidente de la Junta Directiva del referido centro asistencial no trajo consigo la supresión

absoluta de la planta de personal de dicha entidad. Lo anterior resulta explicable por cuanto de acuerdo con lo manifestado por las partes tanto en el escrito de la demanda como en su contestación, subsisten algunos empleos de la antigua planta de personal (fls. 13 a 23 y 33 a 38).

En este mismo sentido, mediante oficio de 28 de diciembre de 2002, la Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Jericó, Antioquia, le informó al demandante que el empleo que venía desempeñando había sido suprimido en virtud de lo dispuesto en el Acuerdo No. 034 de 23 de diciembre de 2002.

En esta medida, estima la Sala en primer lugar que el acto que individualizó la situación particular del señor Nevardo Antonio Henao Ríos, esto es, que definió su retiro del servicio por supresión del cargo, es el Oficio de 28 de diciembre de 2002 pues sólo mediante este acto se determinó con certeza que el empleo de Auxiliar de Enfermería, código 555, que venía desempeñando fue uno de los que se suprimió por reducción numérica en la nueva planta de personal de la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Jericó, Antioquia.

En efecto, únicamente mediante el citado oficio el señor Nevardo Antonio Henao Ríos fue enterado de que el cargo de Auxiliar de Enfermería, código 555, que venía desempeñando correspondía a uno de los 4 que fueron suprimidos mediante el referido Acuerdo No. 034 de 2002.

Al examinar los cargos de la demanda, la Sala aprecia que el principal reparo que se formula es la supuesta omisión en que incurrió la demandada al no haberle concedido al actor la posibilidad de optar por la incorporación o la indemnización por supresión del cargo que venía desempeñando.

En este sentido, y teniendo en cuenta que esta Corporación ha señalado consistentemente que el derecho de opción, previsto en el artículo 39 de la Ley 443 de 1998, se le concede al empleado en el mismo momento en que se le suprime el cargo que vienen desempeñando estima la Sala, que es en relación con el Oficio de 28 de diciembre de 2002 que se debe estudiar dicho cargo dado que como quedó visto, fue en ese instante en el que quedó individualizada la situación particular del actor frente al proceso de reestructuración que se adelantó en la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Jericó, Antioquia.

Bajo estos supuestos, y teniendo en cuenta el cargo formulado en la demanda y el recurso de apelación, resulta acertada la proposición jurídica formulada por el actor en el escrito de la demanda, en cuanto solicitó la nulidad del Oficio de 28 de diciembre de 2002 dado que, como quedó visto, a través de éste se individualizó la situación particular del demandante frente al referido proceso de reestructuración de la citada Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Jericó, Antioquia.

Ahora bien, en relación con el Acuerdo No. 034 de 23 de diciembre de 2002 la Sala se declarará inhibida para emitir un pronunciamiento sobre su legalidad ya que como quedó visto, la censura formulada en el recurso de apelación guarda relación directa con el momento y el acto administrativo mediante el cual se individualiza la situación particular del señor Nevardo Antonio Henao Ríos, a saber, el Oficio de 28 de diciembre de 2002.

Teniendo en cuenta lo expuesto la Sala entrará a estudiar el cargo formulado por el demandante, a través de la presente acción contencioso administrativa, bajo las siguientes consideraciones.

II. Análisis de la Sala

a. De la vinculación laboral del demandante

Mediante Resolución No. 0574 de 1 de septiembre de 1997, el señor Nevardo Antonio Henao Ríos fue nombrado en la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Jericó, Antioquia, en el cargo de Auxiliar de Enfermería (fl. 3).

b. Del derecho de opción previsto en el artículo 39 de la Ley 443 de 1998.

La Sala en reiteradas ocasiones² ha sostenido que la supresión de empleos debe entenderse como una causa legal de retiro del servicio de los empleados del sector público, que se encuentra justificada por la necesidad de adecuar las plantas de personal de las distintas entidades públicas a los requerimientos del servicio para hacer más ágil, eficaz y eficiente la función que deben cumplir.

Bajo este supuesto, debe tenerse en cuenta que en los casos de supresión de empleos, como resulta lógico, siempre habrá un número de servidores que deba ser retirado por tal causa. En este contexto se entiende, que los empleados inscritos en carrera administrativa gozan de tratamiento preferencial, pues su condición les da la opción de ser reincorporados en forma prioritaria por la entidad a la que prestan sus servicios, pero ello no constituye un imperativo absoluto; es así como el artículo 39 de la Ley 443 de 1998, prevé que en caso de no ser posible la incorporación dentro de los seis (6) meses siguientes a la supresión, el empleado tendrá derecho a una indemnización.

En efecto, en este punto estima la Sala pertinente precisar que si bien es cierto, como quedó dicho, los procesos de reestructuración de la entidades públicas pueden traer consigo el retiro del servicio de empleados incluso inscritos en el escalafón de la carrera administrativa ellos, per se, no implica el ejercicio de una facultad discrecional por parte del nominador para retirar en forma inmediata, e indiscriminada, a un determinado número de empleados.

Al respecto, ha de señalarse que el retiro de empleados inscritos en carrera administrativa, en desarrollo de un proceso de reestructuración, es una actividad estrictamente reglada por el legislador con el único fin de garantizar los derechos y prerrogativas de quienes, en su momento, accedieron al ejercicio de la función pública habiendo demostrado plenamente su idoneidad a través de los proceso y medios previstos para tal efecto.

Así las cosas, no es de cualquier modo que opera el retiro de un empleado público por supresión del cargo que viene desempeñando dado que el innegable perjuicio que ocasiona tal determinación debe ser precavido e incluso resarcido a través de los medios dispuestos para tal efectos por el legislador en atención, se repite, a las prerrogativas propias que le confiere el sistema de la carrera administrativa.

Sobre el particular, esta Corporación en sentencia de 30 de marzo de 2011. Rad. 1544-2010. MP. Víctor Alvarado Ardila, al resolver un asunto con ocasión del proceso de reestructuración de la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Jericó, Antioquia, sostuvo que:

² Sentencia de 1 de octubre de 2009, Rad. 0610 de 2008, Actor: Edgar Dussán. Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve y Sentencia de 3 de mayo de 2007, Rad. 6811-2005, Actor: Adenis Vásquez. Magistrado Ponente: Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

“(…) Dicho sacrificio del empleado de carrera ha sido avalado, como se mencionó anteriormente, por la jurisprudencia constitucional. **Sin embargo, dicho aval no ocurre de cualquier modo, pues para ello se establecieron algunos requisitos de orden sustancial** como la elaboración del estudio técnico o el otorgamiento del derecho de opción, pues tal como se anotó anteriormente, con él se resarce de alguna forma el perjuicio que está soportando el empleado inscrito en carrera administrativa en pro del interés general. Este último momento, la elección voluntaria del trabajador entre ser incorporado o indemnizado, se convierte en la única herramienta al alcance de la Administración para no hacer nugatorio por completo el derecho a la estabilidad del empleado y, se reitera, de garantizar de manera preferente su continuación en el servicio o de recibir, si a bien lo tiene el empleado, un único pago por el daño causado. (…).”.

Tratándose del derecho de opción previsto en el artículo 39 de la Ley 443 de 1998 debe decirse que, en los casos de reestructuración de las plantas de personal de las entidades públicas donde se suprimen un número de cargos, los empleados que se vean afectados con dicha medida, y se encuentren inscritos en el escalafón de la carrera administrativa, tienen derecho a que la administración les confiera la opción de escoger entre la incorporación a la nueva planta de personal u optar por una indemnización en los términos y las condiciones previstas por el gobierno nacional. Así se lee en el citado artículo:

“ARTICULO 39. DERECHOS DEL EMPLEADO DE CARRERA ADMINISTRATIVA EN CASO DE SUPRESION DEL CARGO.
<Artículo derogado por el artículo 58 de la Ley 909 de 2004>

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 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.”.

Para la incorporación de que trata este artículo se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

1. La incorporación se efectuará, dentro de los seis meses siguientes a la supresión de los cargos, en empleos de carrera equivalentes que estén vacantes o que de acuerdo con las necesidades del servicio se creen en las plantas de personal, (…).”.

De acuerdo con la norma transcrita, el empleado que haya optado por la incorporación al ser retirado del servicio con ocasión de un proceso reestructuración, debe ser incorporado a la nueva planta de personal de la entidad, dentro de los seis meses siguientes a la supresión de su cargo en un empleo de carrera equivalente que esté vacante, o que de acuerdo con las necesidades del servicio se creen en la respectiva planta de personal.

Sobre este particular, estima la Sala que el fin perseguido por la norma transcrita es el de que una vez el empleado opte por la incorporación la administración, dentro de los seis meses siguientes a la fecha de la supresión del cargo estudie la

posibilidad, en atención a las necesidades del servicio, de incorporarlo nuevamente a sus funciones.

Así las cosas, debe decirse que tal prerrogativa constituye la oportunidad para que el actor en ejercicio de sus derechos de carrera solicite la continuidad en la prestación del servicio o si, por el contrario, lo estima libremente acogerse a la indemnización por supresión del cargo todo ello, claro está, antes de que la administración provea la totalidad de plazas existentes en su nueva planta de personal.

c. Del caso concreto

Advierte la Sala que el 23 de diciembre de 2002 mediante Acuerdo No. 034 la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Jericó, Antioquia, dispuso la “reforma de la planta de personal” de dicha entidad, suprimiendo en total 18 cargos (fls. 5 a 8).

En este mismo sentido, el 28 de diciembre de 2002 la Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Jericó, Antioquia, le informó al demandante que el cargo que venía desempeñando había sido suprimido en virtud a lo dispuesto en el Acuerdo No. 034 de 2002 (fl. 9).

Para mayor ilustración se transcriben los apartes del citado Oficio:

“(…) El presente escrito tienen como finalidad comunicarle que debido a la reorganización de la ESE Hospital San Rafael de Jericó, su cargo a quedado suprimido y por lo tanto a partir del día primero (1) de enero del año 2003, usted queda desvinculada (sic) de esta Empresa (…).”.

En consideración a lo expuesto, estima la Sala que tal y como lo señaló el señor Nevardo Antonio Henao Ríos, en el escrito de la demanda y el recurso de apelación, la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Jericó, Antioquia, dispuso su retiro del servicio por supresión del cargo que venía desempeñando sin haber puesto a su consideración el derecho que le asistía a optar libremente por la incorporación en la nueva planta de personal o por la indemnización por supresión del cargo, según lo disponía el artículo 39 de la Ley 443 de 1998.

En efecto, del oficio antes transcrito resulta evidente que una vez la Junta Directiva de la entidad demandada, a través del Acuerdo 034 de 23 de diciembre de 2002, ordenó la supresión de un número de empleos entre ellos el de Auxiliar de Enfermería, la Gerencia de la ESE dispuso en el término de 5 días el retiro, casi inmediato, del demandante sin que éste, se repite, hubiera podido manifestar libremente su deseo de permanecer en la entidad o de percibir la indemnización por supresión del cargo que desempeñaba.

Sobre este particular, la Sala⁷ ya había tenido oportunidad de pronunciarse en los eventos en que la administración no le informe oportunamente a los empleados el derecho que les asiste a optar por la incorporación o la indemnización, en los

⁷ Sentencia de 22 de mayo de 2008, radicado 1783-2006, actor: Ana Consuelo Calderón Martín, contra Bogotá D.C., Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá D.C.- puede verse también la sentencia de 22 de mayo de 2008, radicado 1348-2006, actor: Magda Cristina Escobar García, contra Bogotá D.C., Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá D.C.).

casos de supresión de cargos, los actos por los cuales se concreta su retiro son expedidos con violación de normas constitucionales y legales:

“Esta situación no se acomoda a las previsiones legales, pues como se dijo, la opción debe dársele al empleado una vez suprimido su cargo, no dice la norma que vencido el término de protección por las situaciones especiales en que se encuentren. La condición de aforado y la opción de revinculación no se excluyen, por cuanto, suprimido el cargo, es obvio que el empleado puede ser retirado si no toma la opción de reincorporación y en consecuencia, ésta posibilidad se le debe ofrecer cuando la supresión del cargo es ya un hecho cierto.

Tan es así, que suprimido el cargo y habiendo optado el empleado por la incorporación, la ley concede un término de 6 meses, para que dentro de ellos se examinen las posibilidades de incorporación, término que en el presente caso no le fue concedido a la actora, pues dicha posibilidad, se le brindó cuando ya habían vencido dichos términos.

En las anteriores condiciones, para la Sala es claro que el acto que finalmente retiró a la actora por supresión de su cargo, se expidió con clara vulneración de las normas constitucionales, con violación de las normas legales que protegen a los empleados de carrera, sin haberle concedido las opciones de ley, a pesar de las varias posibilidades de reubicación que existían, lo cual hace que la presunción de legalidad que cobija al acto administrativo se desvirtúe y proceda su anulación.”.

De igual forma, con ocasión del proceso de reestructuración de la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Jericó, Antioquia, la Sala mediante sentencia de 30 de marzo de 2011. Rad. 1544-2010, ya en cita, precisó que:

“(…) Así entonces, puede afirmarse que la sujeción del proceso de supresión a los aspectos sustanciales establecidos en la normatividad aplicable es necesaria pues solo así puede evidenciarse y deducirse que, en pro de dicho interés general, uno o varios empleados deben ser retirados de la planta de personal; o, dicho de otra forma, sólo en la medida en que el retiro de un empleado en carrera por supresión de cargos se ajuste a la normatividad aplicable es válido constitucionalmente que su interés particular ceda ante el interés general.

- De lo anterior fluye con meridiana claridad, entonces, que el no otorgamiento del derecho de opción a un empleado de carrera, vicia la supresión de su cargo, por incurrir en un quebrantamiento de las normas en que debía fundarse. (…)

Lo dicho entonces evidencia que el acto demandado, específicamente la Comunicación de 28 de diciembre de 2002, el ilegal, pues, se reitera, a través de ella no se le concedió el derecho de opción a una empleada que ostentaba derechos de carrera. (…).”.

No pasa por alto la Sala el argumento de la demandada en cuanto sugiere que al haberle pagado al señor Nevardo Antonio Henao Ríos la indemnización se garantizaron plenamente los derechos de carrera que le asistían. Sin embargo, estima la Sala que si bien es cierto al demandante mediante Resolución No. 001 de 5 de enero de 2003 se le pagó la indemnización por supresión del cargo que venía desempeñando no hay constancia dentro del expediente que sugiera, si quiera en forma sumaria, que así lo hubiera solicitado, teniendo en cuenta que como quedó probado no se le puso de presente la posibilidad de escoger libremente esa opción.

Los razonamientos que anteceden le permiten a la Sala concluir, que el acto que retiró efectivamente del servicio al demandante, fue expedido con desconocimiento de lo previsto por el artículo 39 de la Ley 443 de 1998, en otras palabras, la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Jericó, Antioquia, le negó al demandante la posibilidad de ejercer su derecho de optar por su incorporación en la oportunidad señalada por la ley, esto es, al momento de la supresión del cargo, haciendo nugatoria la posibilidad de que previo estudio de las vacantes existentes en la nueva planta de personal, y en atención a las necesidades del servicio, continuara ejercicio de las funciones que venía desempeñando como Auxiliar de Enfermería.

Bajo estos supuestos, la Sala declarará la nulidad del Oficio de 28 de diciembre de 2002, mediante el cual se le informó al actor que el empleo que venía desempeñando como Auxiliar de Enfermería había sido suprimido toda vez que, la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Jericó, Antioquia, omitió indicarle al demandante, dentro de la oportunidad legal, el derecho que le asistía, según el artículo 39 de la Ley 443 de 1998, a optar por la reincorporación en la nueva planta de personal o por la indemnización por supresión del empleo.

En punto del restablecimiento del derecho, la Sala ordenará el pago de los salarios y prestaciones sociales dejada de percibir por el actor desde la fecha del retiro hasta la de su incorporación efectiva. Así mismo, frente a la incorporación se estima que la misma deberá efectuarse en aplicación de las reglas previstas en el artículo 39 de la Ley 443 de 1998, esto es: “en las entidades en las cuales venían prestando sus servicios, si no hubieren sido suprimidas; en las entidades que asuman las funciones de los empleos suprimidos; en las entidades del sector administrativo al cual pertenecían las entidades, las dependencias, los empleos o las funciones suprimidos o En cualquier entidad de la Rama Ejecutiva del orden nacional o territorial, según el caso.”.

Finalmente la Sala negará la pretensión en el sentido que se condene en costas a la parte demandada pues conforme a lo previsto por el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo en su conducta procesal no se ha observado temeridad o mala fe. En este sentido la jurisprudencia de esta Corporación⁹ ha sostenido que sólo cuando el Juez, luego de valorar la conducta de las partes, compruebe que hubo uso abusivo de los medios procesales, es necesario condenar en costas circunstancias, que como quedo dicho no se advirtieron en el caso concreto.

⁹ Sentencia de 18 de febrero de 1999, Sección Tercera, Expediente No. 10.775, Consejero Ponente Dr. Ricardo Hoyos Duque.

Al liquidar las sumas dinerarias en favor del demandante, los valores serán ajustados en los términos del artículo 178 del C.C.A., utilizando la siguiente fórmula:

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

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a lo dejado de percibir, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el último inciso del artículo 177 del C.C.A., adicionado por el artículo 60 de la Ley 446 de 1998.

De las distintas condenas que resulten a favor del demandante se descontará el valor, debidamente indexado, de lo que le fue pagado por concepto de indemnización, como consecuencia de la supresión de su cargo.

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,

F A L L A

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia de 21 de marzo de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia que negó las pretensiones de la demanda promovida por NEVARDO ANTONIO HENAO RIOS contra la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Jericó, Antioquia.

En su lugar, se dispone:

SEGUNDO: DECLÁRASE la Sala inhabilitada para emitir un pronunciamiento en relación con la legalidad del Acuerdo No. 034 de 23 de diciembre de 2002, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DECLÁRASE la nulidad del Oficio de 28 de diciembre de 2002, suscrito por la Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Jericó, Antioquia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDÉNASE** a la entidad demandada a reincorporar al actor, sin solución de continuidad para todos los efectos legales, a un cargo equivalente al de Auxiliar de Enfermería de acuerdo con las reglas señaladas en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: ORDÉNASE a la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Jericó, Antioquia, a pagarle al actor los sueldos, prestaciones sociales, emolumentos y demás haberes causados y dejados de percibir desde el 1 de enero de 2003 hasta la fecha en que se produzca su reintegro, en aplicación a la fórmula expresada en la parte motiva de esta providencia, previas las deducciones de ley a que hubiere lugar.

SEXTO: ORDÉNASE que de los valores de condena la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Jericó, Antioquia, deberá descontar, debidamente

indexado, el monto que se le pagó al actor por concepto de indemnización a raíz de la supresión del cargo que desempeñaba.

SÉPTIMO: DÉSE aplicación a los artículos 176 y 177 del C.C.A.

OCTAVO: NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE

PÁEZ

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE