

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**Consejero ponente: JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE**

**Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil ocho (2008)**

**Radicación numero: 76001-23-31-000-2000-02046-02(IJ)**

**Actor: AMPARO MOSQUERA MARTÍNEZ**

**Demandado: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia del 3 de octubre de 2003, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, que negó las súplicas de la demanda incoada por AMPARO MOSQUERA MARTÍNEZ contra la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

**LA DEMANDA**

Estuvo encaminada a obtener la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio sin número de 13 de marzo de 2000, por el cual el Contralor General de la República ordenó el retiro de la actora a partir del 16 de marzo de 2000.

Como consecuencia de la anterior declaración solicitó, a título de restablecimiento del derecho, reintegrarla al cargo correspondiente en la nueva planta de personal o a un empleo de igual o superior categoría al que desempeñaba a la fecha del retiro, conservando sus derechos de carrera administrativa; pagarle todos los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos laborales dejados de percibir desde la fecha de su desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrada al servicio activo, más los intereses previstos en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo; actualizar las condenas en los términos del artículo 178 ibidem; deducir del monto de la liquidación por los anteriores conceptos la suma recibida por ella como indemnización por la supuesta supresión del empleo; declarar, para todos los efectos legales, que durante el período referido no existió solución de continuidad en la relación laboral de la demandante con la entidad demandada y cumplir el fallo dentro de los términos establecidos por la Ley.

Para fundamentar sus pretensiones expuso los siguientes hechos:

Se vinculó laboralmente como empleada pública de la Contraloría General de la República, CGR, el 1 de junio de 1994, en el cargo de Jefe de Unidad de Acciones Fiscales y Jurídicas, Dirección Seccional del Valle. Fue nombrada mediante la Resolución No. 02588 de mayo de 1994.

Mediante Resolución No. 00164 de enero de 1995 fue encargada, hasta el 17 de mayo de 1995, de la Dirección Seccional Valle de la CGR.

A través de la Resolución No. 03630 del 18 de mayo de 1995 fue trasladada como Jefe de la Unidad de Minas y Energía, Seccional Valle, de la CGR, Nivel Ejecutivo, Grado 16, cargo en el cual permaneció hasta el 15 de marzo de 2000, cuando fue retirada del servicio.

Por Resolución No. 0765 del 21 de julio de 1997 se ordenó su inscripción en el escalafón de la carrera administrativa especial de la CGR, en el cargo del Jefe de Unidad Seccional, Nivel Ejecutivo, Grado 16, de la Unidad del Sector Minas y Energía, Dirección Seccional del Valle.

El Congreso, mediante la Ley 573 del 7 de febrero de 2000, otorgó facultades extraordinarias al Gobierno Nacional para que expidiera normas con fuerza de ley dirigidas a modificar la estructura administrativa de la Contraloría General de la República, determinar el sistema de nomenclatura y clasificación de sus empleos, modificar su planta de personal, dictar las normas sobre carrera administrativa especial y establecer todas las características que sean de competencia de la ley respecto del régimen de personal

En virtud de las facultades extraordinarias, el Gobierno Nacional, el 22 de febrero de 2000, expidió los siguientes decretos:

Decreto 267 de 2000, "Por el cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se fijan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones."

Decreto 268 de 2000, “Por el cual se dictan las normas del régimen especial de la carrera administrativa de la Contraloría General de la República.”.

Decreto 269 de 2000, “Por el cual se establece la nomenclatura y clasificación de los empleos de la Contraloría General de la República y se dictan otras disposiciones.”.

Decreto 270 de 2000, “Por el cual se fija el sistema de remuneración de los empleos de la Contraloría General de la República.”.

Decreto 271 de 2000, “Por el cual se establece la planta de personal de la Contraloría General de la República.”.

El 9 de marzo de 2000, mediante Resolución No. 05044, el Contralor General de la República aprobó el Manual de Funciones y Requisitos Por Cargo para la Contraloría General, que, según el artículo 39, rige a partir de su publicación.

El 15 de marzo de 2000 la actora recibió el oficio sin número, suscrito por el Contralor General de la República, por medio del cual se ordenó su retiro a partir del 16 de marzo de 2000, por cuanto su cargo había sido suprimido por medio del Decreto Ley 271 de 2000. En realidad el cargo no se suprimió sino que se reclasificó o cambió de denominación en la nueva planta de personal.

El acto administrativo que la retiró del servicio disponía que, de acuerdo con el artículo 44 del decreto 268 de 2000, en concordancia con el artículo 6 del Decreto 271 de 2000, podía optar entre recibir la indemnización a que tiene derecho o esperar a que la entidad dentro de los cuatro (4) meses siguientes estudiara la viabilidad de incorporarla en un cargo equivalente de la nueva planta personal. Su opción voluntaria debía expresarla por escrito dirigido al Contralor General de la República dentro de los cinco días calendario siguientes a la fecha de recibo de la comunicación del acto de retiro. En caso de no hacerlo dentro del término señalado se asumía que optaba por la indemnización.

La actora no manifestó su opción porque la Contraloría no le permitió el acceso a la información mínima relacionada con la nueva planta de personal, que le permitiera analizar las implicaciones de la indemnización y de la incorporación.

Ni el 15 de marzo de 2000 ni en los días siguientes se conoció el Manual de Funciones y de Requisitos Específicos Por Cargo de la Nueva Planta de Personal y hasta la fecha de presentación de la demanda no había sido publicada en el Diario Oficial la Resolución No. 05044 de 2000, por la cual el Contralor General de la República aprobó el Manual de Funciones y Requisitos Específicos por Cargo de la Contraloría General que, en cumplimiento del artículo 119 de la Ley 489 de 1998, señala el inicio de la vigencia de los actos administrativos generales.

### NORMAS VIOLADAS

Como disposiciones violadas se citan las siguientes:

Constitución Política, Preámbulo, artículos 1, 2, 4, 5, 13, 25, 29, 53, 122, 125 y 209; Leyes 190 de 1995, artículo 5; 443 de 1998, artículos 1, 2, 3, 6, 39 y concordantes; 489 de 1998, artículo 119; Decretos Leyes 268 de 2000, artículos 2, 42, 44 y concordantes; 269 de 2000, artículo 2 y concordantes; 271 de 2000, artículos 4, 5, 6 y concordantes; Decreto Reglamentario 2504 de 1998, artículo 6, y Código Contencioso Administrativo, artículo 43 .

### LA SENTENCIA

El Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, en sentencia del 3 de octubre de 2003, negó las pretensiones de la demanda con los siguientes argumentos (folios 202 a 216):

La demandante ocupaba el cargo de Jefe de Unidad Seccional, Nivel Ejecutivo, Grado 16, de la Unidad del Sector de Minas y Energía, Dirección Seccional Valle de la Contraloría General de la República, y se encontraba inscrita en la carrera administrativa.

La fundamentación fáctica y jurídica del acto acusado fue la supresión del cargo en cumplimiento del decreto 271 del 22 de febrero de 2000.

El Congreso de la República, mediante la Ley 573 de 2000, otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República para “Modificar la estructura de la Contraloría General de la República; determinar el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de la Contraloría General de la República, pudiendo

crear, suprimir o fusionar empleos y prever las normas que deben observarse para el efecto; dictar las normas sobre la carrera administrativa especial de que trata el ordinal 10 del artículo 268 de la Constitución Política y establecer todas las características que sean competencia de la ley referente a su régimen de personal.”.

La Corte Constitucional, en sentencia C- 401 del 19 de abril de 2001, declaró exequible el numeral 1 del artículo 1 de la Ley 573 de 2000.

El decreto 271 de 2000, en su artículo 1°, suprimió sesenta y siete cargos de Jefes de Unidad Seccional, grado 16, y 261 cargos de Jefes de División, grado 14, y, en su artículo 2°, creó la nueva planta de personal de la Contraloría General de la República con catorce cargos de coordinador de gestión grado 03 y 82 cargos de coordinador de gestión grado 2.

De lo anterior se infiere que efectivamente se suprimieron unos cargos, lo que significó una reducción real de los empleos de la Dirección en la Seccional del Valle del Cauca, tal como lo señaló la entidad demandada.

No se puede concluir que hubo desviación de poder pues los funcionarios que fueron reincorporados a la nueva planta reunían los requisitos para ocupar los nuevos cargos y se encontraban inscritos en carrera administrativa, a la que accedieron en las mismas condiciones que la actora.

La reducción del número de cargos implicaba que algunas personas quedarán por fuera, sin que ello significara desviación de poder ya que se trató de reconocer una realidad.

No se violó el debido proceso de la demandante porque el fundamento jurídico del acto acusado fue el decreto 271 de 2000, debidamente publicado en el diario oficial 43.905 del 22 de febrero de 2000, y no la Resolución Orgánica No. 05044 del 9 de marzo de 2000 que, según la demandante, careció de publicación en el Diario Oficial.

El oficio sin número del 13 de marzo de 2000 fue proferido con fundamento en las normas superiores que regulan la materia, lo que descarta de plano la prosperidad de los cargos de falsa motivación y violación del debido proceso.

En relación con el cargo de violación de la Ley por desconocimiento del derecho a la igualdad, debido a la inexistencia de criterios objetivos para seleccionar a los funcionarios del nivel ejecutivo que fueron incorporados, la Directora de la Carrera Administrativa de la Contraloría General de la República, mediante oficio No. 0317 de 13 de marzo de 2003, manifestó: “Es de anotar que para la incorporación de los funcionarios del Nivel Ejecutivo a la nueva planta de personal de la entidad, no se elaboró ninguna tabla de calificación especial. Para los cargos del nivel ejecutivo se tuvieron en cuenta como parámetros de incorporación las vacantes de cada Gerencia Departamental, el perfil, las necesidades que se presentaron para el desarrollo de las nuevas funciones y la referenciación (sic) de los jefes inmediatos de la época.”.

En relación con la aceptación de la indemnización por parte de la actora, a folio 5 del cuaderno No. 2, aparece copia del oficio de 13 de marzo de 2000, en el cual la destinataria dejó constancia de que recibe la indemnización pero reservándose el derecho a demandar.

El artículo 45 del decreto 1568 de 1998 dispone:

“El empleado cuyo cargo hubiere sido suprimido deberá manifestar su decisión, mediante escrito dirigido al Jefe de la entidad, dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la fecha del recibo de la comunicación de que trata el artículo anterior.

Si el empleado no manifestare su decisión dentro del término señalado, se entenderá que opta por la indemnización.

PARAGRAFO. Adoptada y comunicada la decisión por parte del ex empleado es irrevocable y en consecuencia aquella no podrá ser variada por él ni por la administración.”.

Como la demandante optó por la indemnización, es la misma disposición la que de manera perentoria impide que se pueda revocar por la Administración o por el propio interesado.

Todo acto administrativo está amparado por la presunción de legalidad, es decir, que se presume que fue expedido por funcionario competente, con sujeción a la Ley y con miras al cumplimiento de los fines propios de la Administración Pública. Quien ataca la legalidad de un acto debe comprobar la incompetencia del funcionario o el quebranto de las formas, del debido proceso, la falsa motivación o la desviación de los fines legales.

En el presente caso no se desvirtuó la presunción de legalidad del acto demandado pues no se allegaron pruebas demostrativas de que la desvinculación de la actora fuese violatoria del ordenamiento jurídico.

## EL RECURSO

La demandante interpuso recurso de apelación con la sustentación visible de folios 217 a 222.

Contrariamente a lo afirmado por el Tribunal, sí se rompió la presunción de legalidad del acto administrativo demandado y se probaron los hechos constitutivos de la falsa motivación, aunque tales hechos y sus pruebas no fueron valorados.

Los fundamentos jurídicos y la jurisprudencia constitucional reseñada por el Tribunal sirven para justificar la legalidad de la modificación de la planta de personal en la Contraloría General pero no para demostrar la legalidad del acto demandado ni para concluir que el empleo de la demandante efectivamente fue suprimido de la nueva planta de personal.

No se demandó la ilegalidad del decreto que modificó la planta de personal, por el contrario, la demanda parte de la legalidad de la nueva planta de personal, pero cuestiona por ilegal el acto administrativo que ordenó el retiro del servicio de la actora porque el empleo que ella desempeñaba no fue suprimido en la nueva planta de personal, como lo afirmó el Tribunal, porque si bien en la nueva planta de personal se suprimieron varios cargos del nivel ejecutivo no hay razón para afirmar que su empleo también fue suprimido.

Para fundamentarlo argumentó:

- No hay duda de que los cargos de Jefe de Unidad de la anterior planta de personal corresponden a los empleos de Coordinadores de Gestión de la nueva planta de personal.
- En la anterior planta de personal había 6 cargos de Jefes de Unidad en la Dirección Seccional Valle del Cauca. Uno de esos 6 cargos lo desempeñaba la actora.

- Si ahora, en la nueva planta de personal de la Gerencia Departamental del Valle, existen en el nivel ejecutivo 5 cargos de Coordinadores de Gestión, según lo informa la entidad demandada, se suprimió un cargo de Jefe de Unidad de la anterior planta de personal.

- Para establecer cuál fue el cargo suprimido debe darse plena aplicación a los principios constitucionales y legales de la igualdad y del mérito para el ingreso, la permanencia y el retiro del servicio de los empleados de carrera administrativa, que consagran el artículo 125 de la Constitución Política y la Ley 443 de 1998.

Para incorporar a los nuevos funcionarios era indispensable dar aplicación a los mencionados principios constitucionales y legales. Sin embargo, contrariando las normas superiores, la Contraloría violó el derecho fundamental a la igualdad ya que de todos los jefes de unidad de la Seccional Valle del Cauca la demandante era quien tenía el mejor perfil ocupacional, tan es así que uno de los jefes de unidad incorporados es agrónomo, otra fonoaudióloga, y otro abogado sin ninguna especialización. Respecto de esta anomalía el Tribunal guardó silencio y no se pronunció sobre esta prueba irrefutable de violación de las normas superiores, a pesar de haberse planteado en la demanda y en los alegatos de conclusión.

No se trata de cuestionar si los incorporados cumplen los requisitos mínimos para el cargo, si no de establecer, en igualdad de condiciones, quiénes tienen el mejor perfil para ser incorporados, en aplicación del artículo 125 Constitucional. Ello es así porque todos los Jefes de División estaban en igualdad de condiciones para ser incorporados y porque todos reunían los requisitos mínimos para los nuevos cargos.

Por tanto deben revisarse las hojas de vida de los funcionarios incorporados a la nueva planta de personal para comprobar que la demandante era quien tenía mejor perfil ocupacional.

El Tribunal desconoce una exigencia constitucional y legal cuando menosprecia el papel que cumplen los manuales de funciones, por cuanto el Manual de Funciones y Requisitos por Cargo de la Nueva Planta de Personal en la Contraloría General de la República tan solo fue publicado en el Diario Oficial

44.402 del 28 de abril de 2001, es decir, más de un año después del retiro de la actora y de haber incorporado a los funcionarios a la nueva planta de personal. En este orden de ideas el acto administrativo incurrió en falsa motivación porque el nominador, ante la ausencia del Manual de Funciones, no podía definir si el cargo había sido suprimido o no en la nueva planta de personal.

La aceptación de la indemnización no se opone a la ilegalidad de la decisión del retiro del servicio ni le resta eficacia y procedencia a la declaratoria de ilegalidad del acto administrativo demandado y, por ende, para efectos de la decisión no son de recibo las reflexiones que en torno a la indemnización incorpora la sentencia.

En consecuencia la demandante debió ser reincorporada a uno de los empleos equivalentes que quedaron vacantes en la nueva planta de personal y no retirada del servicio.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado procede la Sala a decidir previas las siguientes:

## CONSIDERACIONES

### Problema jurídico

Corresponde a la Sala establecer la legalidad del acto acusado, por medio del cual la demandante fue retirada del servicio de la Contraloría General de la República por supresión del cargo que desempeñaba.

### El acto acusado

La actora solicita la nulidad del oficio sin número del 13 de marzo de 2000, suscrito por el Contralor General de la República, por el cual se le comunicó que mediante Decreto 271 de 22 de febrero de 2000 se estableció la planta de personal de la Contraloría General de la República y, en su artículo 1, se suprimió el cargo que venía ejerciendo, por lo que su retiro del servicio se haría efectivo a partir del 16 de marzo de 2000.

Si bien los actos demandados hacen referencia a la señora Amparo Mosquera de García, identificada con C.C. No. 31.137.033 de Cali, y la demandante en el proceso es la señora Amparo Mosquera Martínez, como se identifican con el mismo número de cédula y, además, su legitimación no fue cuestionada en el plenario (fls. 2 y 14), la Sala entiende que se trata de la misma persona.

#### La inscripción en carrera administrativa

A través de la Resolución No. 0765 de 21 de julio de 1997, el Jefe de la Oficina de Administración de Carrera Administrativa de la Contraloría General de la República ordenó la inscripción de Amparo Mosquera de García en el cargo de Jefe de Unidad Seccional, Nivel Ejecutivo, Grado 16, de la Unidad del Sector Minas y Energía, Dirección Seccional Valle (fl. 7). y, por ende, no existe controversia respecto de los derechos de carrera que ostentaba la actora.

#### Facultades extraordinarias

La Ley 573 de 7 de febrero de 2000 revistió al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para que, en el término de 15 días contados a partir de la publicación de dicha ley, expidiera normas con fuerza de ley para:

“Modificar la estructura de la Contraloría General de la República; determinar el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de la Contraloría General de la República, pudiendo crear, suprimir o fusionar empleos y prever las normas que deben observarse para el efecto; dictar las normas sobre la carrera administrativa especial de que trata el ordinal 10 del artículo 268 de la Constitución Política y establecer todas las características que sean competencia de la ley referente a su régimen de personal.”.

La Corte Constitucional, en sentencia C-401 de 19 de abril de 2001, declaró exequible el artículo 1 de la Ley 573 de 2000, que confirió precisas facultades al Presidente de la República para modificar la estructura de la Contraloría General de la República.

En el proveído la Corte sostuvo:

“El cargo de inconstitucionalidad que se endilga a los numerales 1, 6 y 8 del Artículo 1° de la Ley 573 de 2000, impone dilucidar si ellos vulneran la regla

del Artículo 150-10 constitucional sobre la precisión que debe observar el Congreso de la República, al otorgar facultades extraordinarias. Para el demandante, las expresiones utilizadas por la ley son tan genéricas, que al desarrollarlas, será imposible para el Gobierno Nacional establecer todas las características que sean de competencia de la ley, referentes al régimen de personal de las entidades autónomas, a que se refiere la norma acusada.

...

Así las cosas, es necesario analizar frente a los textos acusados si ellos adolecen de imprecisión para efecto del cumplimiento de los requisitos constitucionales o si por el contrario cumplen a cabalidad la exigencia superior.

Por este concepto, la parte acusada del numeral 1 relativa a la Contraloría General de la República expresa “y establecer todas las características que sean competencia de la ley referente a su régimen de personal.”

A su turno del numeral 6 atinente al servicio exterior de la República, su personal de apoyo, la carrera diplomática y consular, se glosa la expresión Política “y establecer todas las características que sean competencia de la ley referente a su régimen de personal.”

Y del numeral 8 respecto de la la Registraduría Nacional del Estado Civil han sido acusadas las expresiones “y establecer todas las características que sean competencia de la ley referentes a su régimen de personal”.

Como se aprecia las normas en cita, en los apartes acusados, describen de manera inequívoca la materia sobre la cual versan las facultades que mediante ellas se confieren, pues aluden explícitamente al “régimen de personal” de los organismos estatales en ellas mencionados y determinan que la habilitación extraordinaria comprende el establecimiento de todas las características que sean competencia de la ley referentes precisamente al dicho régimen de personal. Entonces, contrario a lo postulado por el demandante las expresiones utilizadas no son “tan genéricas” como para que impidan determinar la materia propia de las facultades; para la Corte las normas acusadas al señalar que aquellas han de versar sobre las características que sean competencia de la ley referentes al régimen de personal de las entidades y organismos concernidos en las facultades, cumplen el requisito constitucional de “precisión”, pues se delimita de manera inequívoca la materia, y no obstante la aparente generalidad es claro que las facultades no resultan “vagas, ambiguas, imprecisas o indeterminadas.

En consecuencia no prospera el cargo aducido de violación del artículo 150 - 10 de la Constitución y por tanto habrá de declararse que las disposiciones en análisis se ajustan a la Constitución y son por tanto exequibles.”.

Con base en la facultad conferida, el Presidente de la República expidió el Decreto Ley No. 271 de 22 de febrero de 2000, por medio del cual se estableció la Planta de Personal de la Contraloría General de la República, cuyo artículo primero suprimió los cargos allí enunciados, entre los que figuran 67 cargos de Jefe de Unidad Seccional, grado 16, que era el empleo desempeñado por la

demandante, y 261 cargos de Jefes de División Seccional, grado 14 (fl. 52 del cuaderno 2).

El artículo 2 del Decreto Ley 271 de 2000 estableció la nueva planta de personal de la Contraloría General de la República con 14 cargos de Coordinador de Gestión, grado 3, que, según la demandante, tienen identidad con el cargo que ella desempeñaba, por lo que, a su juicio, el cargo permanece en la nueva planta de personal. Explica que si bien no son exactas las descripciones de las funciones en ambos cargos sí existe identidad. Prueba de ello es la incorporación en todo el país de Jefes de Unidad como Coordinadores de Gestión.

Para demostrar la afirmación se incorporaron al proceso las siguientes documentales:

A folio 1 del cuaderno No. 2 obra el Oficio No. 0317 de 13 de marzo de 2003, mediante el cual la Gerencia de Talento Humano, Dirección de Carrera Administrativa, explica que la anterior planta de personal, establecida en la Ley 106 de 1993, estaba conformada por 5.557 cargos y la actual con 4.057, por lo que matemáticamente hubo una disminución de 1.500 empleos, que forzosamente tuvieron que ser suprimidos por mandato legal.

La Dirección de Carrera Administrativa de la Contraloría General de la República, Gerencia de Talento Humano, en oficio visible de folios 1 a 4 del cuaderno No. 2, informó:

“En la Dirección Seccional del Valle del Cauca, de acuerdo a la estructura anterior existían en el Nivel Ejecutivo 31 personas (05 Jefes de Unidad, Grado 16 y 25 Jefes de División Seccional, Grado 14), lo cual desborda la racionalidad y proporcionalidad, que por sí sola justifica la reducción de la burocracia administrativa, de los cuales sólo fue posible incorporar a cinco (5) funcionarios en los cargos de Coordinador de Gestión, tres (3) son Coordinadores Grado 02 y dos (2), Grado 01, con una racionalizada distribución de funciones y supresión de otras, que llevan consigo la nueva concepción de la vigilancia fiscal.”.

Al referirse a la forma como quedaron los cargos en la nueva planta de personal expresó:

“En la anterior planta, el Nivel Ejecutivo, estaba conformado por 399 cargos, a nivel nacional, esto es: Jefes de Unidad Grado 17 (34), Grado 16 (67) y Jefes de División Grado 15 (37), y Grado 14 (261), los que por

homologación salarial, quedaron clasificados como Coordinadores de Gestión Grados 03 (15), 02 (82) y 01 (55), en la planta actual señalada en el Decreto 271 de 2000, en un número de 154 cargos, es decir, que la disminución en este nivel fue efectiva en un total de 245 cargos a nivel general.”.

Así, en criterio de la Sala, el cargo de Jefe de Unidad, Grado 16, desempeñado por la demandante quedó clasificado por homologación salarial como Coordinador de Gestión, grado 2.

En la Resolución Orgánica No. 05047 de 9 de marzo de 2000 (fl. 147, cuaderno 2) el Contralor General de la República distribuyó la Planta de Personal de la entidad, establecida mediante Decreto Ley 271 de 22 de febrero de 2000, con la siguiente fundamentación:

“Que con el fin de atender las necesidades del servicio y cumplir con eficacia y eficiencia los objetivos, las políticas y los programas de la entidad, se requiere la distribución de los distintos funcionarios incorporados a la planta global de la entidad, para que atiendan las diferentes áreas misionales y de apoyo en el nivel desconcentrado o regional.

Que la oficina de Planeación, realizó el estudio técnico sobre la distribución de la planta de personal para el nivel desconcentrado, así como los grupos de trabajo para cada Gerencia Departamental, el cual fue adoptado mediante resolución 05045 de Marzo 9 de 2000.”.

En la Gerencia Departamental del Valle (fl.201), en el Despacho Gerente Departamental, se distribuyeron 5 cargos de Coordinador de Gestión Nivel Ejecutiva, así:

1. Calero Caicedo Dagoberto (Grado 2)
2. López Sarria Sandra Patricia (Grado 2)
3. Luna de Zúñiga Yolanda (Grado 2)
4. Caballero Rojas María Claudia (Grado 1)
5. Rodallega Palacio Guillermo (Grado 1)

El Manual de Funciones y Requisitos de la entidad demandada, Resolución Orgánica No. 05044 de 9 de marzo de 2000 (fl. 178 anexo 3), fijó los requisitos de Coordinador de Gestión Grado 2, título profesional en Derecho, Economía, Administración de Empresas, Administración Pública, Contaduría Pública, Ingeniería Industrial, Ingeniería de Sistemas y demás disciplinas afines con la

naturaleza del cargo y experiencia profesional de 4 años relacionada con el cargo, con las siguientes funciones (fl. 180 cuaderno 3):

- “1. Participar en la formulación de las políticas, planes y programas de la Gerencia Departamental.
2. Articular con las Contralorías Delegadas y/o Direcciones de Vigilancia Fiscal, la formulación, ejecución y seguimiento del Plan General de Auditoría en lo pertinente a la Gerencia departamental.
3. Coordinar la planeación y ejecución de las actividades de los proyectos asignados.
4. Participar y apoyar en la ejecución de los proyectos y actividades en cumplimiento de la misión de la Gerencia Departamental.
5. Responder por la coordinación, con otras áreas de la Contraloría, de los grupos de trabajo, en los que deba participar la dependencia a la cual pertenece.
6. Informar, con la periodicidad que se determine, sobre el avance de los proyectos que deba coordinar.
7. Coordinar los equipos de auditoría que en desarrollo del Plan General de Auditoría deban constituirse para el ejercicio de la vigilancia fiscal.
8. Participar en la elaboración del informe sobre los resultados del seguimiento y evaluación al desarrollo los proyectos (sic) y actividades de la Gerencia Departamental.
9. Participar en la elaboración de la metodología de trabajo, requeridas para el ejercicio de la vigilancia de la gestión fiscal ó (sic) en los procesos administrativos.
10. Evaluar la funcionalidad y pertinencia de los sistemas y métodos de trabajo, utilizados en las áreas misionales o de apoyo, y proponer las modificaciones o ajustes del caso.
11. Colaborar en la preparación de documentos e informes con destino a otras áreas de la Contraloría ó (sic) entidades externas a la misma.
12. Colaborar con el superior inmediato en las actividades referentes a la administración del talento humano asignado a la dependencia.
13. Rendir los informes y preparar los documentos que le sean requeridos.
14. Las demás que le sean asignadas de acuerdo con la naturaleza del cargo.”.

Demostrado como está que el cargo de Jefe de Unidad Seccional Nivel Ejecutivo, grado 16, de la anterior planta de personal, desempeñado por la demandante, fue homologado con el cargo de Coordinador de Gestión, grado 2, de la nueva planta de personal, corresponde a la Sala estudiar las hojas de vida de quienes fueron nombrados en esos cargos en la Seccional del Valle para determinar si reunían mejores requisitos para su desempeño frente a los estudios y la preparación de la actora.

A folio 1 del cuaderno 4 obra el Oficio No. 584 de 10 de abril de 2003, suscrito por la Directora de Carrera Administrativa de la Contraloría General de la República, a través del cual allegó las hojas de vida de Amparo Mosquera, Dagoberto Calero, Yolanda Luna y Sandra Patricia López señalando: “Es de anotar nuevamente, que para la incorporación de los funcionarios del Nivel Ejecutivo a la nueva planta de personal de la entidad, no se elaboró ninguna tabla de calificación especial. Para los cargos del Nivel Ejecutivo se tuvieron en cuenta como parámetros de incorporación las vacantes de cada Gerencia Departamental, el perfil, las necesidades que se presentaron para el desarrollo de las nuevas funciones y la referenciación de los Jefes inmediatos de la época.”.

Con la probanza de folio 2 ibidem quedó demostrado que la demandante es abogada, egresada de la Universidad Libre, Seccional de Cali, graduada el 8 de abril de 1988 (fl. 25) y especializada en Derecho Administrativo de la misma Universidad el 23 de mayo de 1997. (fl. 26)

El señor Dagoberto Calero Caicedo (fl. 73 ibidem) tomó posesión del cargo de Coordinador de Gestión, Nivel Ejecutivo, Grado 2, en el Departamento del Valle, el 13 de marzo de 2000, por incorporación realizada a través de la Resolución No. 01835. En el Despacho del Gerente Departamental y antes de la reestructuración (fl. 91) ejercía el cargo de Jefe de Unidad Seccional Nivel Ejecutivo, Grado 16, de la Unidad del Sector Agropecuario y Recursos Naturales de la División Seccional del Valle.

El señor Calero Caicedo ostenta el título de ingeniero agrónomo (fl. 98) de la Universidad Nacional de Colombia. Fue nombrado como Jefe de Unidad Seccional, Nivel Ejecutivo, grado 16, en la Seccional del Valle en período de prueba (fl. 101) por el término de 4 meses contados a partir de la fecha de la posesión en la Unidad Sector Agropecuario y Recursos Naturales.

Su inscripción en el Escalafón de Carrera Administrativa Especial de la Contraloría se efectuó a través de la Resolución No. 0756 de 18 de julio de 1997, (fl. 128) en el cargo de Jefe de Unidad Seccional, Nivel Ejecutivo, grado 16, de la Unidad del Sector Agropecuario y de Recursos Naturales, Dirección Seccional del Valle. En estas condiciones cumplía los requisitos para el ejercicio del cargo.

A folios 176 y siguientes del cuaderno No. 4 actúa la hoja de vida de Yolanda Luna de Zúñiga, nombrada por Resolución No. 09443 de 24 de octubre de 1995, en período de prueba por 4 meses, en el cargo de Jefe de Unidad Seccional, Nivel Ejecutivo, grado 16, Dirección Seccional del Valle (fl. 203), quien, por Resolución No. 0774 de 21 de julio de 1997, fue inscrita en el escalafón de carrera administrativa en dicho cargo.

La señora Luna de Zúñiga acreditó el título de abogada, expedido por la Universidad Santiago de Cali el 18 de octubre de 1980 (fl. 224).

A folio 281 ibidem obra la evaluación de la hoja de vida de Sandra Patricia López Sarria, quien para el 23 de mayo de 1994 se desempeñaba como Jefe de la Unidad Seccional, Grado 16, en Cali. Se consigna que por no presentar título ni acta de grado del posgrado deben descontársele tres años de experiencia. Su experiencia debidamente certificada no le alcanza para el cargo (No llena requisitos). La señora Sarria López es Fonoaudióloga de la Universidad del Valle (fl. 282).

En la hoja de inconsistencia de la Contraloría se destaca lo siguiente (fl. 284, cuaderno 4):

#### “1. EXPERIENCIA

Según el artículo 8 de la Resolución 03398/94, la experiencia debe acreditarse mediante la constancia expedida por la empresa, o institución respectiva, (en este caso, el centro médico Gran Limonar y el centro médico Servicios de Salud). En los casos en que el profesional ha trabajado en forma independiente, la experiencia se acreditará mediante dos declaraciones extrajuicio. Esta jefe de unidad no presenta certificados de la empresa y solamente adjunta una (1) declaración extrajuicio.

#### 2. ESTUDIOS

No se relacionan los siguientes seminarios, por no estar debidamente certificados y no tener intensidad horaria.

Contratación administrativa, auditoría financiera, examen de cuentas, Auditoría Operativa.

El curso de especialización en Gerencia Social, se puntúa por intensidad horaria, debido a que no presenta título, ni Acta de Grado.”.

A pesar de las anteriores inconsistencias y de no reunir requisitos para el cargo fue inscrita en el escalafón de carrera administrativa en el cargo de Jefe de Unidad Seccional, Nivel Ejecutivo, grado 16, de la Unidad del Sector Estado Nacional, Dirección Seccional del Valle (julio de 1997) (fl. 288).

Mediante Resolución No. 1012 de 29 de agosto de 1997 se aclaró la anterior Resolución en el sentido de que la inscripción (fl. 286) es en la Unidad del Sector Social.

Para la Sala resulta inexplicable que la entidad demandada, habiendo advertido expresamente que la funcionaria Sandra Patricia López no reunía los requisitos para el ejercicio del cargo por no presentar título ni acta de grado del posgrado en Gerencia Social y porque su experiencia debidamente certificada no le alcanzaba para el cargo, la hubiera inscrito en el escalafón de carrera administrativa especial de la Contraloría General de la República en el cargo de Jefe de Unidad Seccional, Nivel Ejecutivo, Grado 16.

Además, no resulta lógico utilizar los servicios de una fonoaudióloga en el área de control fiscal que indudablemente requiere de conocimientos técnicos especializados. Por este motivo se dispondrá en la parte resolutive de este proveído compulsar copias a la Procuraduría General de la Nación a fin de que determine si existió alguna irregularidad en este proceder ya que manejos de esta índole vulneran los principios rectores de la actividad administrativa, entre ellos, los de moralidad, eficiencia y probidad, por lo que el juez contencioso no puede cohonestarlos.

A juicio de la Sala, como la demandante, por tener título de abogada, especializada en derecho administrativo, cumplía los requisitos para el ejercicio del cargo de Coordinador de Gestión, grado 2, perteneciente al Nivel Ejecutivo, podía válidamente ser incorporada a uno de los empleos de la nueva planta de personal, en aplicación de los principios constitucionales y legales que rigen el ingreso, la permanencia y el retiro del servicio de los empleados de carrera administrativa, conforme al artículo 125 de la Constitución Política.

De otra parte, sin duda le asistía mejor derecho que a Sandra Patricia López y a Dagoberto Calero, en razón a que éstos ostentaban títulos de fonoaudióloga e ingeniero agrónomo, respectivamente, y los requisitos para el ejercicio del cargo hacían referencia a las profesiones de derecho, economía, administración de empresa, administración pública, contaduría pública, ingeniería industrial e ingeniería de sistemas. En estas condiciones la actora tenía mejor derecho a ser incorporada como Coordinadora de Gestión, cargo que fue homologado con el de Jefe de Unidad Grado 16, pues, como ya se advirtió, los funcionarios aludidos no reunían los requisitos mínimos para su ejercicio.

Por este motivo, en criterio de la Sala, el acto acusado está afectado de falsa motivación y desviación de poder, causales de ilegalidad que hacen imperioso decretar su nulidad y ordenar el reintegro de la actora al cargo de Coordinadora de Gestión, grado 2, del Nivel Ejecutivo.

El hecho de que hubiese recibido la indemnización correspondiente a la supresión del cargo no entorpece la orden de reintegro porque el ente demandado no desvirtuó la manifestación de la actora relativa a que aquel no le permitió analizar las implicaciones de la indemnización y de la incorporación pues no le facilitó el acceso a la información relativa a la nueva planta de personal, razón por la cual al aceptar la indemnización dejó expresa constancia de que la recibía reservándose el derecho a demandar.

Ahora bien, la Sección Segunda de esta Corporación, en sentencia de 16 de mayo de 2002, con ponencia de la Dra. Ana Margarita Olaya Forero, radicación No. 19001-23-31-000-397-000-01(1659/01), actor, Parménides Mondragón Delgado, consideró que cuando se ordene el reintegro de un servidor público debe ordenarse el descuento de todo lo percibido por él en razón de los salarios recibidos de otras entidades públicas, siempre y cuando sean incompatibles con el servicio y no estén autorizados por la ley. Expresó:

“De manera que, cuando la sentencia de primera instancia ordenó en el numeral 5º de la parte resolutive el descuento de lo percibido por el actor, por concepto del desempeño de otros cargos oficiales durante el interregno, estuvo ajustada a derecho, pues las sumas así generadas no podrían quedar repetidas en las que dispuso cancelar a título de restablecimiento del derecho, porque constituirían no sólo enriquecimiento sin causa, sino que estarían inmersas en la prohibición constitucional de percibir doble asignación del tesoro público. Reza así el artículo 128 de la Carta Política:

“Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.”

Así mismo el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992 prescribe:

“Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado...”.

...”.

Ahora bien, el hecho de que no exista disposición legal alguna que ordene a la jurisdicción contenciosa disponer que se efectúen los descuentos, en el evento de que se incurra en la situación atrás descrita, resulta irrelevante porque el cumplimiento de la Norma Superior y de la ley que prohíben la doble percepción impone per se la aplicación de la medida con todo el rigor.

En este orden, para la Sala no hay duda que cuando el juez ordena que como consecuencia de la nulidad de un acto de retiro, el demandante sea reintegrado al cargo, que se le paguen los salarios y prestaciones dejados de devengar, se tenga para todos los efectos legales como de servicio el tiempo que permaneció desvinculado de la administración y adicionalmente sean indexadas las sumas que se le deben por ese lapso, no está disponiendo nada distinto que hacer efectiva la consecuencia de volver las cosas a su estado anterior, como si el empleado nunca hubiere sido retirado del servicio, es decir, que restablece el derecho. Por ello la percepción de los pagos ordenados conjuntamente con otros que tienen origen en el desempeño de un empleo público, dentro del mismo lapso, es claramente contraria a la Constitución y la ley.”.

Esta decisión de la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado contrariaba o rectificaba la tesis opuesta sostenida por la Sala Plena Contenciosa de la misma Corporación en sentencia de 28 de julio de 1996, expediente No. S-638, demandante Actor: GLORIA MARINA VANEGAS CASTRO, Magistrado Ponente Dr. CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA, razón por la cual este caso fue asumido por la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado con el fin de definir la controversia, habida cuenta de que con la reintegración de la Sección Segunda se había modificado en ella el parecer inicialmente mayoritario.

En esta ocasión la Sala se abstendrá de ordenar el descuento de lo percibido por la actora por concepto de salarios recibidos de otras entidades públicas, rectificando así el criterio jurisprudencial mayoritario que sostuvo la Sección Segunda de esta Corporación, por las siguientes razones:

Indudablemente el artículo 128 de la Carta Política prohíbe a los servidores públicos desempeñar simultáneamente más de un empleo público o recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la Ley.

Empero de esta preceptiva no puede deducirse la prohibición para ordenar el pago de las sumas de dinero que por concepto de salarios y prestaciones provenientes de un empleo público hubiese recibido el demandante durante el lapso transcurrido entre el retiro y el cumplimiento de la orden de reintegro impartida por el juez contencioso administrativo al decidir a su favor la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por él impetrada.

El pago ordenado como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto de retiro ostenta un carácter indemnizatorio, vale decir, en estos casos el restablecimiento del derecho se traduce en la indemnización de los perjuicios irrogados por el acto ilegal.

La remisión que se hace a los salarios dejados de percibir se utiliza sólo como mecanismo indemnizatorio, como medida o tasación de la indemnización, tal como se emplea en otras ocasiones el valor del gramo oro o el del salario mínimo. Se acude a él porque la indemnización debe corresponder al daño sufrido y este se tasa con base en los salarios y prestaciones de la relación laboral que se extinguió.

Cuando se dispone el reintegro de un trabajador con el consecuente pago de los salarios y prestaciones dejados de recibir desde la fecha del retiro hasta la del reintegro efectivo las cosas vuelven a su estado anterior, como si durante el tiempo en que estuvo cesante hubiera estado efectivamente prestando el servicio y devengando el salario correspondiente.

Si durante ese lapso el servidor público desempeñó otro cargo y recibió el salario a él asignado este valor no debe descontársele porque su causa es diferente, la efectiva prestación del servicio como empleado público.

Adoptar como política el descuento de los salarios percibidos por el servidor público en otro cargo público equivaldría a obligarlo a permanecer sin empleo si

quiere obtener la reparación o a considerar que esta no corre a cargo de la administración sino del propio interesado, o a devolver el valor del salario percibido como consecuencia del trabajo por él realizado, cuando uno de los elementos básicos de la relación laboral es la remuneración.

Como el pago impuesto en la condena no tiene por causa la prestación del servicio sino el daño causado por el retiro ilegal no tiene la connotación de asignación laboral dirigida a remunerar el servicio prestado y, por ende, no debe considerarse incurso en la prohibición establecida por el artículo 128 de la Carta Política.

El pago de las acreencias dejadas de percibir, tiende, se insiste, a resarcir al empleado público por el daño causado al ser despojado de su condición por la actuación viciada de la autoridad que irregularmente interrumpió su vínculo laboral, perjuicio que se compensa con la decisión judicial que ordena pagarle, debidamente indexados, los salarios y prestaciones de los que fue ilegalmente privado, previas las deducciones de ley.

El artículo 128 de la Constitución tiende a impedir la vinculación simultánea en dos empleos públicos, supuesto fáctico que no se tipifica en este caso porque en situaciones como la descrita el afectado sólo ha desempeñado en verdad un empleo, aquel que obtuvo después de la desvinculación ilegal, y lo que ordena el juez es que, como ficción legal, vuelvan las cosas al estado anterior, con el objeto de reparar el daño causado, considerando que no estuvo separado del cargo del cual fue retirado, para efectos salariales y prestacionales. No puede aceptarse la tesis de que existe enriquecimiento sin causa por el pago de salarios y prestaciones como consecuencia del reintegro, habida cuenta de que el empleo cuyo pago se ordena efectivamente no se desempeñó, porque la razón del reconocimiento de estos valores es el perjuicio irrogado al servidor por la administración al despedirlo ilegalmente, dado que el servicio en verdad no se prestó. Los salarios y prestaciones se deberán pagar por el tiempo en que legalmente hubiera permanecido el servidor público en el cargo, teniendo en cuenta las situaciones laborales específicas como la supresión posterior del empleo, empleos de período fijo, edad de retiro forzoso, reintegro posterior al cargo, haber alcanzado el estatus de pensionado, etc..

Finalmente, como en este caso la demandante recibió una indemnización como consecuencia del retiro por ostentar derechos de carrera, la entidad demandada deberá descontar su monto, debidamente indexado, del total de las condenas aquí impuestas. La indemnización recibida compensaba el perjuicio inferido por el retiro que se presumía legal y aquí lo que se ordena pagar es el daño causado tras comprobar la ilegalidad del acto de retiro, por ello no puede aceptarse que no es posible ordenar su reparación por cuanto la demandante recibió ya la indemnización pero sí debe descontarse de la reparación ahora ordenada la suma recibida por la supresión del cargo.

La determinación de no ordenar los descuentos por el período comprendido entre la remoción por el acto cuya nulidad se decreta y el reintegro exige una adecuada y rigurosa valoración probatoria por parte del juez, de acuerdo con las especificidades de cada caso particular con base en los criterios de razonabilidad y equidad.

Así las cosas, la sentencia objeto de alzada, que negó las pretensiones de la demanda, habrá de revocarse.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### FALLA

Revócase la sentencia del 3 de octubre de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que negó las súplicas de la demanda incoada por Amparo Mosquera Martínez.

En su lugar se dispone:

1. Declárase la nulidad del oficio sin número de 13 de marzo de 2000, mediante el cual se retiró del servicio a la actora, por supresión del cargo, a partir del 16 de marzo de 2000.

2. Como consecuencia de lo anterior, condénase a la entidad demandada a incorporar a la actora, sin solución de continuidad para todos los efectos legales,

al cargo de Coordinadora de Gestión, grado 2, perteneciente al Nivel Ejecutivo, al que se homologó el cargo de Jefe de Unidad Grado 16.

3. La Contraloría General de la República deberá pagarle a la actora los sueldos, prestaciones sociales, emolumentos y demás haberes causados y dejados de percibir desde el 16 de marzo de 2000 hasta la fecha en que se produzca su reintegro, previas las deducciones de ley a que hubiere lugar.

Las sumas anteriores deberán ser reajustadas conforme al artículo 178 del C.C.A, aplicando la siguiente fórmula:

$$R = \frac{RH \text{ INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la que el valor R se determina multiplicando el valor histórico ( RH), que es lo dejado de percibir por la demandante, 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 al momento del retiro.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada mesada salarial y prestacional, comenzando por lo que debió devengar en el momento de su retiro, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

4. De los valores de condena la Contraloría General deberá descontar, debidamente indexado, el monto de la indemnización que pagó a la actora por concepto de indemnización a raíz de la supresión del cargo que desempeñaba.

5. Compúlsense copias a la Procuraduría General de la Nación a fin de que determine si existió alguna irregularidad en la inscripción en carrera administrativa de Sandra Patricia López Sarria.

6. Dese aplicación a los artículos 176 y 177 del C.C.A.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE. DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. Publíquese en los Anales del Consejo de Estado.

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

LIGIA LÓPEZ DÍAZ  
Vicepresidenta

CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

RUTH STELLA CORREA PALACIO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

MARIA NOHEMÍ HERNÁNDEZ

FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA

JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE

JAIME MORENO GARCÍA

ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO

MARÍA INÉS ORTIZ BARBOSA

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ  
Ausente

MAURICIO TORRES CUERVO

MARTHA SOFÍA SÁNZ TOBÓN

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

ALFONSO VARGAS RINCÓN

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO  
Ausente

MERCEDES TOVAR DE HERRÁN  
Secretaria General