

PLANTA DE PERSONAL – Desconocimiento de las normas que rigen la materia / PLANTA DE PERSONAL - Modificaciones en su estructura organizacional y funcional / MODIFICACIONES PLANTA DE PERSONAL - Justificación técnica de perfiles y cargas de trabajo resulta insuficiente para demostrar la necesidad de la medida

“[...] en cuanto al contenido de la justificación técnica, se observa que no contienen los aspectos indicados por el artículo 97 *ejusdem*, pues la evaluación de la prestación de los servicios y la de las funciones, perfiles y cargas de trabajo resulta insuficiente para demostrar la necesidad de la medida, pues se hace una descripción general de las labores asignadas a los empleos creados en el despacho de Presidencia, pero ni siquiera se precisan de manera específica cuáles son o por lo menos cuáles son sus cargas de trabajo y su incidencia en el desarrollo de la misión de la entidad. [...] [E]l que no se hubiera presentado una supresión efectiva de cargos, por haberse previsto el mismo número pero en distinta dependencia, no exonera a la entidad del cumplimiento de los requisitos legales para adelantar la actuación, habida cuenta de que el artículo 88 del Decreto 1227 de 2005, en cuanto a dicha situación prevé que en ese caso los titulares de derechos de carrera deberán ser incorporados en la situación en la que venían, sin que se les puedan exigir requisitos mayores para su desempeño, pero [no] exonera de los requisitos legales previos a la actuación. Tampoco se puede admitir que no fuera necesario un estudio o justificación técnica para el traslado de las plazas, porque la Ley 909 de 2004 no contiene excepciones que eximan de la aplicación del artículo 46 cuando se trate de modificaciones de las plantas de personal, máxime si se tiene en cuenta que una modificación en la naturaleza de los cargos tiene implicaciones en cuanto al acceso al empleo, la expectativa de permanencia, los derechos y prerrogativas que surgen para los servidores que ingresan por el sistema de concurso o incluso aquellos nombrados en provisionalidad y en la remuneración, razón suficiente para admitir que una decisión como la adoptada debe estar sustentada suficientemente, teniendo en cuenta que existió supresión definitiva de empleos de carrera administrativa, lo cual implica un cambio sustancial para sus titulares. De lo expuesto en precedencia se encuentra probado el desconocimiento del artículo 46 de la Ley 909 de 2004, en lo relativo a la existencia de un estudio técnico que justifique la supresión de cargos de carrera administrativa y la creación de empleos de libre nombramiento y remoción, razón suficiente para declarar la nulidad del Decreto 1128 de 2012. [...] En relación con la Resolución 267 del 13 de julio de 2012, por medio de la cual se distribuyeron los cargos de la planta Global de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, debe decirse que dado que la creación de cargos de libre nombramiento y remoción en el despacho de Presidencia, a través del Decreto 1158 de 2012, fue ilegal, y que tal declaratoria de nulidad tiene efectos *ex tunc*, ello conllevaría a que también debe declararse la nulidad del acto en mención, en cuanto asignó los cargos creados por el Decreto 1128 de 2012 al despacho de Presidencia. [...] aplicar la regla general de retroactividad de la declaratoria de nulidad a la Resolución 257 del 13 de julio de 2012, implicaría que las plazas afectadas por el vicio de ilegalidad no estarían asignadas a ninguna dependencia dentro de la estructura de la entidad, lo cual conllevaría a una situación de indefinición que traería inconvenientes mayores en la organización y a su funcionamiento, aspecto que claramente atañe al interés general, de manera que, en esta oportunidad, se considera necesario diferir los efectos de la decisión anulatoria de esta resolución, otorgando un término razonable de seis meses, dentro de los cuales el presidente de la Agencia Nacional de Hidrocarburos deberá expedir un acto en el que se regule nuevamente esta materia.”

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1128 DE 2012 (Anulada) / RESOLUCION 257

DE 2012 (Anulada parcialmente)

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN “A”

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D.C., cuatro (04) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-25-000-2013-00369-00(0793-13)

Actor: JAIRO VILLEGAS ARBELÁEZ

Demandado: GOBIERNO NACIONAL, MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA Y AGENCIA NACIONAL DE HIDROCARBUROS

Referencia: DEMANDA DE NULIDAD DEL DECRETO 1128 DEL 30 DE MAYO DE 2012 «POR EL CUAL SE MODIFICA LA PLANTA DE PERSONAL DE LA AGENCIA NACIONAL DE HIDROCARBUROS, ANH DE QUE TRATA EL DECRETO 0766 DE 2012» Y DE LA RESOLUCIÓN 257 DEL 13 DE JULIO DE 2013 «POR LA CUAL SE DISTRIBUYEN LOS CARGOS DE LA PLANTA DE PERSONAL DE LA AGENCIA NACIONAL DE HIDROCARBUROS»

ASUNTO

La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado profiere sentencia dentro del medio de control de nulidad simple, promovido por el señor Jairo Villegas Arbeláez contra la Nación, Ministerio de Minas y Energía, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Departamento Administrativo de la Función Pública, Agencia Nacional de Hidrocarburos.

DEMANDA¹

El señor Jairo Villegas Arbeláez, actuando en nombre propio, en ejercicio del medio de control de nulidad simple consagrado en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso, demandó la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Decreto 1128 del 30 de mayo de 2012 «por el cual se modifica la Planta de Personal de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, ANH de que trata el Decreto 0766 de 2012», expedido por el Gobierno Nacional².

¹ Ff. 1 a 5, cuaderno 1.

- Resolución 257 del 13 de julio de 2012 «Por la cual se distribuyen los cargos de la planta Global de la Agencia Nacional de Hidrocarburos» expedida por el presidente de la Agencia Nacional de Hidrocarburos.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se invocaron como normas violadas el artículo 46 de la Ley 909 de 2004 modificado por el artículo 228 del Decreto Ley 019 de 2012.

Como concepto de violación, el demandante expuso que la disposición acusada incurre en las siguientes causales de anulación:

Infracción de las normas en que debió fundarse: toda vez que el estudio técnico del 19 de diciembre de 2011, que sustentó la reforma de la planta de personal inicialmente adelantada por el Decreto 0766 de 2012, proyectó solamente 6 empleos en el despacho de Presidencia de la ANH, sin embargo, los actos demandados aumentaron tal número de plazas a 42.

Igualmente, señaló que el Decreto 1128 de 2012 fue expedido con vulneración del artículo 46 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 228 del Decreto Ley 019 de 2012, por lo siguiente:

- No está sustentado en un estudio técnico, en los términos del artículo 228 del Decreto Ley 019 de 2012.
- Carece de concepto técnico favorable del Departamento Administrativo de la Función Pública.
- Carece de certificado de viabilidad presupuestal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
- No fue sometido a consideración del Consejo Directivo de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, según lo ordena el numeral 11 del artículo 7 del Decreto 714 del 10 de abril de 2012.

Falsa Motivación: al respecto, sostuvo que la modificación de la planta adelantada por el Decreto 1128 de 2012 se fundó en el mismo estudio técnico que sustentó el Decreto 0766 de 2012, lo cual resulta evidente si se tiene en cuenta que los considerandos del primero son los mismos del segundo, y su contenido no resulta ajustado a la realidad, pues no se cumplieron los requisitos legales previos para su expedición.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

² El acto fue suscrito por el presidente de la República, el ministro de Hacienda y Crédito Público, el ministro de Minas y Energía y la directora del Departamento Administrativo de la Función Pública.

El **Ministerio de Hacienda y Crédito Público**³ contestó la demanda para señalar que la modificación de la planta de personal estuvo sustentada en el estudio técnico de fecha 19 de diciembre de 2011 y en las justificaciones expuestas en los Oficios 20121100041271 del 3 de mayo de 2014⁴ y 20121100047911 del 23 de los mismos mes y año, en los cuales se planteó que el objeto de la reubicación de los cargos en la estructura de la entidad estaba dado por su trascendencia, nivel de responsabilidad y especial confianza, por lo que debían estar adscritos al despacho de la Presidencia y no a la planta global.

Igualmente, sostuvo que el Departamento Administrativo de la Función Pública emitió concepto técnico favorable mediante Oficio 20124000078211 del 24 de mayo de 2012, radicado ante el Ministerio de Hacienda con el número 1-2012-035945 del 25 de mayo de 2012 y expidió el certificado de viabilidad presupuestal para 156 cargos según Oficio 2-2012-001341 del 18 de enero de 2012, para lo cual se tuvo en cuenta que no se modificaba el valor inicialmente aprobado el 23 de marzo de 2012.

De otra parte, en relación con la alegada falta de sometimiento a consideración del Consejo Directivo de la ANH indicó que sí se dio en los términos del numeral 11 del artículo 7.º del Decreto 714 del 10 de abril de 2012, que ya había entrado en vigencia.

Así mismo, propuso las excepciones que denominó:

- «NO EXISTE NULIDAD DEL DECRETO 1128 DE 2012: CUENTA CON ESTUDIO TÉCNICO Y JUSTIFICACIONES, CONCEPTO TÉCNICO FAVORABLE DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA (DAFP) Y DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y FUE SOMETIDO A APROBACIÓN DEL CONSEJO DIRECTIVO DE LA AGENCIA NACIONAL DE HIDROCARBUROS (ANH)». En este apartado, reiteró que se cumplieron los requisitos legales para la modificación de planta de personal efectuada a través de los actos acusados, en cuanto a los requerimientos de estudios y justificaciones técnicas, el concepto técnico favorable tanto del Departamento Administrativo de la Función Pública como del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la aprobación del Consejo Directivo de la ANH.

- «NO EXISTE NULIDAD CONSECUCIONAL DE LA RESOLUCIÓN 257 DE 2012 COMO RESULTADO DE LA NULIDAD DEL DECRETO 1128 DE 2012». Manifestó que como se encuentra demostrado que se dio cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 46 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 228 del Decreto Ley 019 de 2012, así como lo señalado por el artículo 41 del Decreto 568 de 1996, el Decreto 1128 de 2012 y la Resolución 257 de 2012 no deben ser declarados nulos.

³ Folios 270 a 280 c. ppal.

⁴ Así lo indicó el apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

La apoderada del **Departamento Administrativo de la Función Pública**⁵ intervino para oponerse a la pretensión de nulidad. Para ello, explicó que para analizar los actos acusados, es necesario estudiar el Decreto 766 del 17 de abril de 2012, dado que entre ellos existe un nexo causal que no se puede ignorar.

A manera de antecedentes de tal actuación, expuso que mediante el Decreto 4137 del 3 de noviembre de 2011, el presidente de la República, en desarrollo de las facultades extraordinarias otorgadas por el artículo 18 de la Ley 1444 de 2011, varió la naturaleza jurídica de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, de Unidad Administrativa Especial a Agencia Estatal adscrita al Ministerio de Minas y Energía. Tal carácter exigía una nueva tipología de empleados, con otro sistema de nomenclatura que fue definido por el Decreto 058 del 9 de marzo de 2012.

De acuerdo con lo anterior, precisó que fue necesario modificar la planta de personal, para lo cual la entidad presentó al Ministerio de Minas y Energía el estudio técnico, que fue previamente sometido a la aprobación del Gobierno Nacional por el Consejo Directivo de la ANH. Dicho instrumento sustentó la creación de 92 cargos, para una planta total de 156 empleos. Con fundamento en ello, se expidió el Decreto 766 de 2012.

Posteriormente, relató que el presidente de la agencia solicitó a la Secretaría General del Ministerio de Minas y Energía la modificación del anterior, pues en aquel no se tuvo en cuenta que algunos cargos debían hacer parte de la planta adscrita a la Presidencia, en razón a su trascendencia y fue esta petición la que desencadenó la expedición del Decreto 1128 de 2012, acto que, en su criterio, no contenía una nueva planta de personal que hiciera necesario un nuevo estudio técnico y concepto de viabilidad presupuestal, dado que no se dio una supresión efectiva de empleos ni implicó mayores costos de los inicialmente proyectados.

El **Ministerio de Minas y Energía**⁶ también se opuso a la nulidad de los actos administrativos acusados, por estimar que no se deben separar los actos de reestructuración y modificación de los cargos de la planta de personal de la ANH, pues de esta manera se tienen cumplidos los requisitos legales para su expedición.

Sobre el particular, coincidió con las anteriores intervenciones en cuanto a que no hubo materialmente un cambio en la estructura de la organización, pues corresponden al mismo proceso de reestructuración y lo que hizo el Decreto 1128 de 2012 fue corregir una deficiencia que se presentó en el Decreto 766 de dicha anualidad, en cuanto a la ubicación de determinados cargos, actuación que no implicó mayores costos de los inicialmente planeados, que en todo caso fueron menores a los proyectados en el estudio técnico.

En efecto, explicó que el Decreto 766 de 2012 aprobó 150 empleos, de los cuales, 10 serían de libre nombramiento y remoción y 140 de carrera administrativa. Por

⁵ Folios 281 a 286 C. ppal.

⁶ Folios 293 a 303 C. ppal.

su parte, el Decreto 1128 de 2012 contempló los mismos 150 empleos, solo que 36 de libre nombramiento y remoción y 114 de carrera administrativa⁷.

La **Agencia Nacional de Hidrocarburos**⁸ también intervino en defensa de la legalidad de los actos demandados, con fundamento en argumentos que guardan identidad con los presentados por el Departamento Administrativo de la Función Pública, y agregó que el demandante omitió sustentar las razones por las cuales la adscripción de funcionarios de libre nombramiento y remoción a la presidencia de la entidad constituye violación a la ley.

El **Departamento Administrativo de la Presidencia de la República** no contestó la demanda pese a que fue notificado de su admisión según consta a folio 225 del expediente.

MEDIDA CAUTELAR

Con la demanda se solicitó la suspensión provisional del Decreto 1128 de 2012 y la Resolución 257 de ese mismo año, la cual se denegó en providencia del 5 de abril de 2016, que se notificó en estado del 15 de abril de 2016, según se verifica en el folio 100 vuelto del cuaderno de medida cautelar.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

En el marco de la parte oral del proceso, bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de determinar el objeto del proceso y de la prueba⁹.

En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvencción. Además, se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

Bien podría decirse que esta figura, en la audiencia inicial, es también una faceta de saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo¹⁰.

⁷ Estas fueron las cifras expuestas por el Ministerio de Minas y Energía.

⁸ Folios 305 a 311 C. ppal.

⁹ Hernández Gómez William, Consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas* (2015). EJRLB.

¹⁰ Ramírez Ramírez Jorge Octavio, Consejero de Estado, Sección Cuarta. Módulo *El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo*. EJRLB.

En el presente caso, se indicó lo siguiente en la etapa de excepciones previas¹¹:

«Las entidades demandadas no propusieron excepciones previas ni mixtas.»

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de «tuerca y tornillo», porque es guía y ajuste de esta última¹².

En el *sub lite*, en la audiencia inicial se fijó el litigio respecto a los hechos concretos de la demanda¹³, así:

«Hechos relevantes, concepto de violación y oposición de las entidades demandadas»

Para efectos de fijar el litigio, se hizo referencia al concepto de violación expuesto en la demanda, que da sustento a las pretensiones.

1. Por medio del Decreto 0766 del 17 de abril de 2012 el presidente de la República modificó la planta de personal de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, con base en el estudio técnica de fecha 19 de diciembre de 2011, el cual obtuvo concepto técnico favorable del Departamento Administrativo de la Función Pública el 27 de diciembre de dicha anualidad y certificado de disponibilidad presupuestal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el 17 de enero de ese mismo año.

2. Posteriormente, el 30 de mayo de 2012 el presidente de la República expidió el Decreto 1128 «por el cual se modifica la planta de personal de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, ANH, de que trata el Decreto 0766 de 2012», acto administrativo que dispuso la supresión de un total de 36 cargos de la planta global de empleos y la creación de igual número de empleos en el despacho del presidente de la ANH.

3. Más adelante, la Resolución 257 del 13 de julio de 2012 aumentó otros 6 empleos al despacho del presidente de la ANH, para un total de 42 cargos asignados a aquella dependencia.

Problema jurídico provisional

Como problema jurídico se formularon los siguientes, a manera de guía metodológica, sin perjuicio de que en la sentencia se haga referencia a otros o se ajuste la formulación de los aquí indicados:

¿El Decreto 1128 del 30 de mayo de 2012 expedido por la Presidencia de la República, por el cual se modifica la planta de personal de la

¹¹ Folio 330 del cuaderno principal.

¹² Hernández Gómez William, Consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas* (2015). EJRLB.

¹³ Tomado del acta de la audiencia inicial que obra en los folios 329 a 334 del cuaderno principal.

Agencia Nacional de Hidrocarburos, ANH establecida por el Decreto 0766 de 2012 y la Resolución 257 del 13 de julio de 2012, por la cual el presidente de la Agencia Nacional de Hidrocarburos distribuyó los cargos de la planta de personal de la entidad, deben ser declarados nulos por haber sido expedidos con falsa motivación y vulneración de las normas en que debieron fundarse?

Decisión notificada en estrados.

El apoderado del Ministerio de Minas y Energía realiza una precisión frente al hecho número 2 expuesto por el despacho.

El apoderado del Departamento Administrativo de la Presidencia de la Republica manifiesta que ellos no fueron quienes expidieron el decreto demandando, sino fue el Gobierno Nacional quien lo expidió.

Las demás partes y el Ministerio Público manifestaron estar de acuerdo con la fijación del litigio.

4. Frente a las observaciones realizadas por el apoderado del Ministerio de Minas y Energía y el Departamento Administrativo de la Presidencia de la Republica, el despacho modificará el hecho 2 que quedara así “Posteriormente, el 30 de mayo de 2012 el gobierno nacional expidió el Decreto 1128 «por el cual se modifica la planta de personal de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, ANH, de que trata el Decreto 0766 de 2012».

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Jairo Villegas Arbeláez¹⁴ presentó escrito en el que manifestó remitirse a las razones de hecho y de derecho consignadas en la demanda.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público¹⁵ retomó lo expuesto anteriormente para señalar que la expedición de los actos demandados estuvo precedida de todos los requisitos legales previos, especialmente, el relativo a la existencia de estudio técnico, concepto favorable del Departamento de la Función Pública y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para lo cual se refirió al material probatorio aportado al plenario.

El **Departamento Administrativo de la Presidencia de la República**¹⁶ intervino en esta oportunidad para señalar que el Decreto 1128 de 2012 no creó una nueva planta de personal que hiciera necesario un nuevo estudio técnico ni que exigiera concepto de viabilidad presupuestal, habida cuenta de que no existió supresión ni creación efectiva de empleos. Igualmente, puso de presente que el documento del 19 de diciembre de 2012 contempló la modificación de la naturaleza de los cargos en mención para responder a las necesidades de la entidad.

¹⁴ F. 342 del cuaderno principal.

¹⁵ Folios 345 a 348 del cuaderno principal.

¹⁶ Folios 349 a 354 del C. ppal.

Adicionalmente, sostuvo que su vinculación al presente proceso es irregular, dado que no suscribió el Decreto 1128 de 2012. Así, dado que el artículo 159 del CPACA señala claramente quiénes son las autoridades administrativas llamadas a representar a la Nación en procesos judiciales, esto es, los ministros o directores de departamentos administrativos que hayan integrado al Gobierno Nacional en la expedición del acto acusado, siguiendo las reglas del artículo 115 de la Constitución Política. En ese orden, puso de presente que debe ser excluido del presente asunto.

La **Agencia Nacional de Hidrocarburos**¹⁷ presentó escrito de alegatos de conclusión para insistir en que se debe mantener la presunción de legalidad del Decreto 1128 de 2012 y de la Resolución 257 del mismo año, habida cuenta de que las pruebas allegadas al proceso, demuestran que no adelantaron un proceso de reestructuración administrativa distinto al efectuado por el Decreto 766 de 2012, sino que tales actos se limitaron a efectuar una corrección en cuanto a la ubicación de algunos cargos dentro de la entidad.

El **Ministerio de Minas y Energía**¹⁸ sostuvo que en el proceso no se demostró la configuración de las causales de nulidad endilgadas en contra de los actos acusados. Por lo demás, reiteró los argumentos presentados por las otras entidades intervinientes, en el sentido de que el Decreto 1128 de 2012 no suprimió efectivamente cargos y de que su expedición se ajustó a los parámetros legales que rigen la materia, especialmente, el artículo 46 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 228 del Decreto Ley 19 de 2012.

El **Departamento Administrativo de la Función Pública**¹⁹ también presentó alegatos de conclusión, para reiterar que el Decreto 1128 de 2012 no definió una nueva planta de personal que requiriera de un estudio técnico distinto al que sustentó la expedición del Decreto 766 de 2012, sino que solamente se limitó a realizar un ajuste a la planta ya establecida, de manera que, en su sentir, no se configuran los elementos necesarios para declarar la nulidad deprecada.

MINISTERIO PÚBLICO²⁰

La Procuraduría Tercera Delegada ante esta corporación rindió concepto en el que solicitó acceder a las pretensiones de la demanda. Para el efecto, señaló, en primer lugar, que el marco normativo del presente asunto, está dado por el artículo 46 de la Ley 909 de 2004, de acuerdo con el cual las reformas de las plantas de personal de las entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes territorial y nacional, deben estar motivadas y basadas en justificaciones o estudios técnicos que demuestren las necesidades del servicio o las razones de modernización de la administración que ameritan tal medida.

¹⁷ Folios 355 a 359 del C. ppal.

¹⁸ Folios 360 a 362 del C. ppal.

¹⁹ Folios 363 a 365 del C. ppal.

²⁰ Folios 369 a 375 del C. ppal.

Bajo el contexto descrito, analizó el documento contentivo del estudio técnico del 19 de diciembre de 2011 y observó que allí se concluyó que el número total de funcionarios requeridos en la ANH era de 156, de los cuales 6 debían integrar la Presidencia, y se propuso una proporción de 54% funcionarios de carrera administrativa y 46% de libre nombramiento y remoción.

Igualmente, estudió las justificaciones realizadas en los Oficios 20121100041272 del 3 de mayo de 2012 y 20121100047911 del 23 de mayo de 2012 y advirtió que aquellos documentos difieren del estudio técnico en cuanto al número de cargos que debían asignarse a la Oficina de Presidencia. Sobre el punto, afirmó que no se evidencia razón del cambio, circunstancia que se debe mirar con detenimiento, pues la modificación debía ser sometida al concepto favorable del Departamento Administrativo de la Función Pública.

De otra parte, indicó que la Resolución 257 del 13 de julio de 2012 también contradice el contenido del estudio técnico al ubicar 42 cargos en el despacho de Presidencia, lo cual se configura en la causal de falsa motivación y finalmente señaló que tampoco se cumplió con el requisito del concepto previo del DAFP y del Ministerio de Hacienda, los cuales no podían ser los mismos que se produjeron para la expedición del Decreto 766 de 2012.

CONSIDERACIONES

Cuestión previa: la solicitud de desvinculación del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República

El Departamento Administrativo de Presidencia de la República solicitó en los alegatos de conclusión ser desvinculado del presente asunto, comoquiera que el Decreto 1128 de 2012 fue expedido por el Gobierno Nacional a través de las demás entidades demandadas en este proceso y no fue suscrito por este.

Para resolver esta petición, es preciso remitirse al artículo 115 de la Constitución Política que dispone lo siguiente:

«[...] ARTICULO 115. El Presidente de la República es Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa.

El Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos. El Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno.

Ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento y remoción de Ministros y Directores de Departamentos Administrativos y aquellos expedidos en su calidad de Jefe del Estado y de suprema autoridad administrativa, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea suscrito y comunicado por el Ministro del ramo respectivo o por el Director del Departamento Administrativo correspondiente, quienes, por el mismo

hecho, se hacen responsables.

Las gobernaciones y las alcaldías, así como las superintendencias(sic), los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del Estado, forman parte de la Rama Ejecutivo [...]»

De acuerdo con esta norma, es plausible concluir que un acto administrativo ha sido expedido por el Gobierno Nacional cuando se encuentra suscrito por el presidente de la República y por los ministros o directores de departamentos administrativos. Como recalca el segundo inciso, en los actos de esta naturaleza no basta la rúbrica del primer mandatario ya que la decisión solo tendrá valor y podrá ser ejecutada una vez sea firmada y publicada por el ministro o el director del departamento administrativo correspondiente, quien se hace responsable por ese hecho.

Ahora, el artículo 159 del CPACA prevé:

«[...] Artículo 159. Capacidad y representación. Las entidades públicas, los particulares que cumplen funciones públicas y los demás sujetos de derecho que de acuerdo con la ley tengan capacidad para comparecer al proceso, podrán obrar como demandantes, demandados o intervinientes en los procesos contencioso administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados.

La entidad, órgano u organismo estatal estará representada, para efectos judiciales, por el Ministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República o Fiscal General de la Nación o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho.

El Presidente del Senado representa a la Nación en cuanto se relacione con la Rama Legislativa; y el Director Ejecutivo de Administración Judicial la representa en cuanto se relacione con la Rama Judicial, salvo si se trata de procesos en los que deba ser parte la Fiscalía General de la Nación.

En los procesos sobre impuestos, tasas o contribuciones, la representación de las entidades públicas la tendrán el Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales en lo de su competencia, o el funcionario que expidió el acto.

En materia contractual, la representación la ejercerá el servidor público de mayor jerarquía de las dependencias a que se refiere el literal b), del numeral 1 del artículo 2° de la Ley 80 de 1993, o la ley que la modifique o sustituya. Cuando el contrato o acto haya sido suscrito directamente por el Presidente de la República en nombre de la Nación, la representación de esta se ejercerá por el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

Las entidades y órganos que conforman el sector central de las administraciones del nivel territorial están representadas por el respectivo gobernador o alcalde distrital o municipal. En los procesos

originados en la actividad de los órganos de control del nivel territorial, la representación judicial corresponderá al respectivo personero o contralor [...]»

De conformidad con ello, podría decirse que la representación judicial de entidades públicas o de particulares que cumplen funciones de esa índole, como regla general, corresponde a la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho.

Las referidas normas permiten concluir que el Gobierno Nacional debe comparecer a las controversias judiciales a través del ministerio o ministerios del ramo, sin que se requiera la presencia del presidente de la República a través del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

Ahora bien, la contenida en el inciso quinto del citado artículo 159 es una excepción aplicable única y exclusivamente en contratación estatal, donde el legislador dispuso expresamente la necesidad de vincular al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República cuando se trate de un contrato o de un acto administrativo suscrito por el primer mandatario en ejercicio de dicha actividad contractual.

De esta manera, en el *sub examine* se evidencia que no resulta imperativo que el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República represente en el asunto al primer mandatario, pues es suficiente con la comparecencia de los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y el de Minas y Energía así como el Departamento Administrativo de la Función Pública, en cuanto fueron las demás autoridades que para el caso concreto, junto con el presidente, integraron el Gobierno Nacional en la expedición del Decreto 1128 de 2012.

Problema jurídico

El problema jurídico que se debe resolver en esta sentencia se resume en la siguiente pregunta:

¿El Decreto 1128 del 30 de mayo de 2012 expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se modifica la planta de personal de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, ANH, establecida por el Decreto 0766 de 2012 y la Resolución 257 del 13 de julio de 2012, por la cual el presidente de la Agencia Nacional de Hidrocarburos distribuyó los cargos de la planta de personal de la entidad, deben ser declarados nulos por haber sido expedidos con falsa motivación y vulneración de las normas en que debieron fundarse, especialmente, del artículo 46 de la Ley 909 de 2004?

Para efectos de resolver el cuestionamiento planteado, la Sala de Subsección se referirá a los siguientes aspectos: i) Naturaleza jurídica de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, ii) marco normativo de la reestructuración de las plantas de personal de las entidades de la Rama Ejecutiva, iii) análisis de los actos demandados.

1. Naturaleza jurídica de la Agencia Nacional de Hidrocarburos

Dado que normativamente no existe un referente conceptual que se ocupe de definir a las agencias estatales en Colombia, conviene tener presente que a través de la Ley 1450 del 16 de junio de 2011 se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, que se impuso como objetivo el de consolidar la seguridad con la meta de alcanzar la paz, lograr el progreso social, brindar dinamismo económico regional que permitiera el desarrollo sostenible y el crecimiento sostenido, en suma, mayor prosperidad para la población (art. 1).

Dentro de los medios para lograr los propósitos transversales descritos en el artículo 3²¹ se implementaron estrategias el crecimiento sostenido con base en una economía más competitiva, la igualdad de oportunidades para los colombianos y la consolidación de la paz con el fortalecimiento de la seguridad.

Fue este el contexto para que en el año 2011, se adoptara todo un esquema de modernización de la administración dentro del cual surgieron las agencias estatales como órganos que permitieran lograr los fines del Estado, dentro de un modelo que propendía por el logro de resultados²² de la implementación de las políticas públicas, para ello, se concibió este tipo de entidades especializadas. En efecto, dicha figura está inspirada en las existentes con igual denominación en el derecho anglosajón, con una organización de tipo federal, en donde aquellas tienen una acepción genérica de los órganos de la administración²³.

²¹ «• Innovación en las actividades productivas nuevas y existentes, en los procesos sociales de colaboración entre el sector público y el sector privado y, en el diseño y el desarrollo institucional del Estado. • Buen Gobierno como principio rector en la ejecución de las políticas públicas, y en la relación entre la Administración y el ciudadano. • Un mayor y mejor posicionamiento internacional de Colombia en los mercados internacionales, en las relaciones internacionales, y en la agenda multilateral del desarrollo y de la cooperación para alcanzar la relevancia internacional propuesta. • Una sociedad para la cual la sostenibilidad ambiental, la adaptación al cambio climático, el acceso a las tecnologías de la información y las comunicaciones y el desarrollo cultural sean una prioridad y una práctica como elemento esencial del bienestar y como principio de equidad con las futuras generaciones.»

²² El artículo 228 de la Ley 1450 de 2011, previó: «Herramientas de seguimiento y evaluación de la gestión y resultados. El seguimiento del Plan Nacional de Desarrollo se realizará a través del Sistema Nacional de Evaluación de Gestión y Resultados – Sinergia– diseñado con el objeto de realizar un seguimiento a la gestión de las entidades del gobierno y realizar una evaluación efectiva de los resultados e impactos de las políticas públicas, en cumplimiento de los objetivos de desarrollo del país, el cual comprende al Sistema de Seguimiento a Metas de Gobierno –SISMEG–, concentrado en el seguimiento continuo del desempeño de las entidades públicas y que es insumo para la toma de acciones correctivas en aras de alcanzar los objetivos del PND; y el Sistema Nacional de Evaluaciones – SISDEVAL– concentrado en las valoraciones de las intervenciones del Estado y que sirven de insumo para los procesos de diseño y ajuste de las políticas y de la asignación de recursos públicos.»

²³ Alberto Montaña. «La incorporación de agencias en la estructura administrativa colombiana del orden nacional. Una confrontación axiológica de dos modelos organizacionales de la administración pública», Revista digital de Derecho Administrativo n.º 13, enero-junio, Universidad Externado de Colombia, 2015, pp. 41-42. <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/4185/4808>

Si bien, previamente ya se había utilizado el término de *agencia* para identificar entidades de la administración²⁴, la naturaleza jurídica de *agencia estatal* se introdujo a partir de la expedición de la Ley 1444 de 2011, como organismos especiales del orden descentralizado, de creación legal²⁵, la mayoría están dotados de personería jurídica y gozan de un autonomía administrativa, técnica y presupuestal, que les permite ocuparse de manera especial de un sector de la vida pública. Algunas de ellas son: la Agencia Nacional de Minería ANM (Decreto 4134 de 2011), Agencia Nacional de Infraestructura ANI (Decreto 4165 de 2011) y la Autoridad Nacional de Televisión ANTV (Ley 1507 de 2012).

En cuanto a su régimen, debe destacarse que no ha sido previsto uno especial por la Constitución o por la ley²⁶, por lo que en materia de personal debe entenderse pues, que les son aplicables todas aquellas disposiciones que rigen el sistema general de empleo público, pues en todo caso, se trata de entidades de la Rama Ejecutiva del nivel nacional, en los términos del artículo 3, numeral 1, literal a), de la Ley 909 de 2004.

En lo relevante al particular asunto, es de anotar, que en ejercicio de las facultades extraordinarias²⁷ otorgadas por la Ley 1444 del 4 de mayo de 2011²⁸, el

²⁴ En el año 2003 se creó la Agencia Nacional de Hidrocarburos, aunque en este momento la naturaleza jurídica fue la de unidad administrativa especial con personería jurídica, según Decreto 1760 del 26 de julio de 2003, artículo 2.º.

²⁵ De conformidad con el artículo 49 de la Ley 489 de 1998 la creación de los organismos y entidades administrativas le corresponde a la ley. En efecto, aquel dispone: «Creación de organismos y entidades administrativas. Corresponde a la ley, por iniciativa del Gobierno, la creación de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y los demás organismos y entidades administrativas nacionales. [...]».

²⁶ La Ley 909 de 2004, en el artículo 4, prevé: «**ARTÍCULO 4o. SISTEMAS ESPECÍFICOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA.**

1. Se entiende por sistemas específicos de carrera administrativa aquellos que en razón a la singularidad y especialidad de las funciones que cumplen las entidades en las cuales se aplican, contienen regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la carrera administrativa en materia de ingreso, capacitación, permanencia, ascenso y retiro del personal y se encuentran consagradas en leyes diferentes a las que regulan la función pública.

2. Se consideran sistemas específicos de carrera administrativa los siguientes:

- El que rige para el personal que presta sus servicios en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).
- El que rige para el personal que presta sus servicios en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec).
- El que regula el personal de la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).
- El que regula el personal científico y tecnológico de las entidades públicas que conforman el Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología.
- El que rige para el personal que presta sus servicios en las Superintendencias.
- El que regula el personal que presta sus servicios en el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.
- El que regula el personal que presta sus servicios en la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil.

- <Adicionado por el artículo 51 de la Ley 1575 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> El que regula el personal que presta sus servicios a los cuerpos oficiales de bomberos.

3. <Numeral **CONDICIONALMENTE** exequible sentencia C-1230 de 2005> La vigilancia de estos sistemas específicos corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

PARÁGRAFO. Mientras se expiden las normas de los sistemas específicos de carrera administrativa para los empleados de las superintendencias de la Administración Pública Nacional, para el personal científico y tecnológico del Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología, para el personal del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y para el personal de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, les serán aplicables las disposiciones contenidas en la presente ley.»

²⁷ «**Artículo 18. Facultades Extraordinarias.** De conformidad con lo establecido en el artículo 150 numeral 10 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de precisas

Gobierno Nacional expidió el Decreto Ley 4137 del 3 de noviembre de 2011²⁹, en el que modificó la naturaleza jurídica de la Agencia Nacional de Hidrocarburos de Unidad Administrativa Especial a la de Agencia estatal, el propósito de dicha transformación sería el siguiente:

«Que con el fin de que esta Agencia responda a las nuevas condiciones del mercado y a las necesidades y potencialidades del país se requiere cambiar su naturaleza jurídica y reasignarle la función de fijar los precios de exportación de petróleo crudo, para efectos fiscales y cambiarlos, fijar los precios de los hidrocarburos para efectos de la liquidación de regalías, supervisar las especificaciones y destinación del material importado en el subsector de hidrocarburos; dirigir y coordinar lo relacionado con las liquidaciones por concepto del canon superficiario correspondiente a los contratos de concesión y realizar las liquidaciones por concepto de regalías que hoy desarrolla el Ministerio de Minas y Energía con el fin de hacer coherente su funcionamiento con el Sector de Minas y Energía y para lograr eficiencia y eficacia el desarrollo de estas funciones.»³⁰

En cuanto a las normas que rigen en materia de administración de personal y de carrera, el artículo 12 *ejusdem* indicó que continuarían aplicándose las del sistema general, en los términos de la Ley 909 de 2004 y del Decreto Ley 2400 de 1968 y demás disposiciones que los modifiquen y adicionen.

Fue así como a través del Decreto 0714 de 10 de abril de 2012³¹ se señaló que el objetivo de la entidad es el de administrar de forma integral las reservas y los recursos hidrocarbuníferos cuya propiedad está radicada en la Nación, así como la de promover el aprovechamiento óptimo y sostenible de los mismos y contribuir a la seguridad energética nacional (art. 2).

2. De la reestructuración de las plantas de personal de la Rama Ejecutiva

Toda entidad del Estado tiene dispuesto un número determinado de empleos a través de los cuales satisface los fines y las funciones que le han sido atribuidas desde el ordenamiento jurídico. Este concepto responde a lo que en materia de función pública, se conoce como planta de personal. El factor concluyente en su

facultades extraordinarias, por el término de seis (6) meses, contados a partir de la fecha de publicación de la presente ley para:

d) Reasignar funciones y competencias orgánicas entre las entidades y organismos de la Administración Pública nacional y entre estas y otras entidades y organismos del Estado;

[...]

e) Crear, escindir y cambiar la naturaleza jurídica de los establecimientos públicos y otras entidades u organismos de la rama ejecutiva del orden nacional; [...]

²⁸ «por medio de la cual se escinden unos ministerios, se otorgan precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República para modificar la estructura de la Administración Pública y la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones».

²⁹ «Por el cual se cambia la naturaleza jurídica de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, ANH»

³⁰ Así lo indicó en las motivaciones del acto en mención.

³¹ «Por el cual se establece la estructura de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, ANH y se dictan otras disposiciones»

creación está dado por las necesidades del servicio ya que la definición clara de estas permite el diseño de la estructura organizacional a nivel global, lo que conduce a decidir aspectos como la cantidad, la naturaleza y el contenido funcional de los empleos requeridos, con su respectiva clasificación.

En esos términos, por planta de personal puede entenderse la determinación, tanto cualitativa como cuantitativa, de los empleos públicos que integran una entidad estatal a efectos de lograr el cumplimiento de los fines constitucionales y legales a los que responde su creación y funcionamiento.

La consagración constitucional de esta noción se encuentra en el artículo 122 superior, inciso 1, en el que puede leerse:

«[...] ARTICULO 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente [...]»

Aunque en principio las plantas de personal tienen una vocación de permanencia que propende por la estabilidad y continuidad de la función pública que desarrolla el respectivo organismo, aquellas pueden verse afectadas en razón de que las necesidades de la administración pública son cambiantes atendiendo a factores de índole político, social, económico, normativo, cultural, entre otros. Ello explica que, con el tiempo, la variación en los requerimientos de la entidad, en sus planes y programas, pueda dar lugar a modificaciones en su estructura organizacional y funcional con el propósito de que esta se adapte a nuevas realidades existentes.

Por lo anterior, la planta de personal puede verse expuesta a reformas, como ocurre en los eventos de supresión o creación de cargos, o incluso puede extinguirse como una consecuencia inexorable de la liquidación de la entidad estatal.

Ahora, la Constitución Política, en el artículo 189-16, prevé que le corresponde al presidente de la República modificar la estructura de las entidades y organismos administrativos del orden nacional «con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley», los cuales están consagrados en el artículo 54 de la Ley 489 del 29 de diciembre de 1998³², de la siguiente manera:

«Con el objeto de modificar, esto es, variar, transformar o renovar la organización o estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, las disposiciones aplicables se dictarán por el Presidente de la República conforme a las previsiones del numeral 16 del

³² «Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones»

artículo 189 de la Constitución Política y con sujeción a siguientes principios y reglas generales:

- a) <Literal CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Deberán responder a la necesidad de hacer valer los principios de eficiencia y racionalidad de la gestión pública, en particular, evitar la duplicidad de funciones;
- b) <Literal declarado INEXEQUIBLE>.
- c) <Literal declarado INEXEQUIBLE>.
- d) <Literal declarado INEXEQUIBLE>.
- e) <Literal CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Se deberá garantizar que exista la debida armonía, coherencia y articulación entre las actividades que realicen cada una de las dependencias, de acuerdo con las competencias atribuidas por la ley, para efectos de la formulación, ejecución y evaluación de sus políticas, planes y programas, que les permitan su ejercicio sin duplicidades ni conflictos;
- f) <Literal CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Cada una de las dependencias tendrá funciones específicas pero todas ellas deberán colaborar en el cumplimiento de las funciones generales y en la realización de los fines de la entidad u organismo;
- g) <Literal declarado INEXEQUIBLE>.
- h) <Literal declarado INEXEQUIBLE>.
- i) <Literal declarado INEXEQUIBLE>.
- j) <Literal CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Se podrán fusionar, suprimir o crear dependencias internas en cada entidad u organismo administrativo, y podrá otorgárseles autonomía administrativa y financiera sin personería jurídica;
- k) <Literal CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> No se podrán crear dependencias internas cuyas funciones estén atribuidas a otras entidades públicas de cualquier orden;
- l) <Literal CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Deberán suprimirse o fusionarse dependencias con el objeto de evitar duplicidad de funciones y actividades;
- m) <Literal CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Deberán suprimirse o fusionarse los empleos que no sean necesarios y distribuirse o suprimirse las funciones específicas que ellos desarrollaban. En tal caso, se procederá conforme a las normas laborales administrativas;
- n) Deberá adoptarse una nueva planta de personal.»³³

De otra parte, para la fecha de expedición de los actos acusados, en materia de empleo público y carrera administrativa estaba vigente la Ley 909 del 23 de septiembre de 2004³⁴, modificada por el Decreto Ley 019 del 10 de enero de 2012, reglamentada a su vez, por el Decreto 1227 del 21 de abril de 2005³⁵, normativa que fijó los parámetros y procedimientos para la modificación de plantas de personal, en los siguientes términos:

«Artículo 46. Reformas de planta de personal. Las reformas de plantas de personal de empleos de las entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, deberán motivarse, fundarse en

³³ Corte Constitucional, sentencia C-709 de 1999.

³⁴ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

³⁵ Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998.

necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren, elaborados por las respectivas entidades bajo las directrices del Departamento Administrativo de la Función Pública y de la Escuela Superior de Administración Pública -ESAP-.

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

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

La norma transcrita prevé que las reformas de las plantas de personal de las entidades de la Rama Ejecutiva, tanto del orden nacional como del territorial, deben basarse en estudios técnicos que demuestren las necesidades del servicio o las razones de modernización de la administración, elaborados por las respectivas entidades, bajo las directrices que impartan el Departamento Administrativo de la Función Pública y la ESAP.

Ahora bien, como para la fecha de expedición de los actos administrativos demandados no había sido expedido el Decreto 1083 de 2015³⁶, conviene señalar que el Decreto 1227 del 21 de abril de 2005, reproduce la exigencia del instrumento técnico como soporte de las modificaciones a las plantas de personal que demuestren la necesidad de la adopción de la medida³⁷. Igualmente, en el artículo 96 establece que se entiende que existen necesidades del servicio o razones de modernización de la administración, cuando los estudios técnicos así lo concluyan por alguna de las siguientes situaciones:

- Fusión, supresión o escisión de entidades.
- Cambios en la misión u objeto social o en las funciones generales de la entidad.
- Traslado de funciones o competencias de un organismo a otro.
- Supresión, fusión o creación de dependencias o modificación de sus funciones.
- Mejoramiento o introducción de procesos, producción, de bienes o prestación de servicios.
- Redistribución de funciones y cargas de trabajo.
- Introducción de cambios tecnológicos.
- 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.

³⁶ «Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública»

³⁷ Artículo 95. Las reformas de las plantas de empleos de las entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial deberán motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren.

- Racionalización del gasto público.
- Mejoramiento de los niveles de eficacia, eficiencia, economía y celeridad de las entidades públicas.

La norma advierte, igualmente, que las reformas a las plantas de personas deben atender los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y prevalencia del interés general.

Respecto del contenido del estudio técnico, el artículo 97 *ibidem* obliga a que se basen en metodologías de diseño organizacional y ocupacional que contemplen, al menos, los siguientes aspectos:

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

Evidentemente, la modificación de las plantas de personal es una actuación esencialmente reglada, en la cual la ley le señala tanto la oportunidad como el procedimiento a seguir, así las cosas, la administración debe actuar dentro de un estricto marco legal, pues sus actuaciones en esta materia están desprovistas de discrecionalidad.

En efecto, la medida debe ser razonable y proporcional dando prevalencia al interés general, para lo cual es preciso que esté justificada y basada en estudios técnicos elaborados de acuerdo con los parámetros legales antes vistos, de manera que no solamente se trata de un requisito meramente formal, sino que también debe presentarse como el sustento técnico para la modificación de la planta de personal. En otras palabras, tal documento contiene la aptitud técnica y legal del proceso, pues en él se debe ver reflejada la motivación que lleva a la modificación de la organización o entidad y que se erige como presupuesto *sine qua non* de la legalidad de la actuación.

Ahora, en relación con la función que desempeña el Departamento Administrativo de la Función Pública en la modificación de las plantas de personal de las entidades del orden nacional se observa que no es única, sino que abarca la de i) emitir las directrices y diseñar la metodología para la elaboración de los estudios técnico que sustentan las reformas a las plantas de personal y ii) expedir el concepto previo para las reformas de la planta de personal.

3. Análisis de los actos demandados

El demandante consideró que se debe declarar la nulidad de los actos administrativos acusados fueron expedidos con vulneración del artículo 46 de la Ley 909 de 2004 reformada por el artículo 228 del Decreto Ley 019 de 2012, por cuanto, i) no están sustentados en un verdadero estudio técnico; ii) carecen de concepto previo favorable por parte del Departamento Administrativo de la Función Pública; iii) no obtuvieron certificado de viabilidad presupuestal; y iv) se omitió la

aprobación por parte del Consejo Directivo de la entidad, según lo ordena el artículo 7-11 del Decreto 714 de 2012.

Con la finalidad de estudiar los argumentos propuestos, en el expediente se encuentra acreditado lo siguiente:

De acuerdo con el Acta 11 del 20 de octubre de 2011, el Consejo Directivo de la ANH³⁸ aprobó la propuesta presentada para la modificación de la planta de la entidad que pasaría de 64 servidores de planta y 46 contratistas, a una estructura de 156 plazas.

En el documento que obra en el anexo de pruebas denominado «Consolidación Institucional del Sector de Hidrocarburos. Transformación de la Agencia Nacional de Hidrocarburos. Estudio Técnico.» de fecha 19 de diciembre de 2011, se propuso la siguiente planta de personal:

Dependencia	N.º de cargos
Presidencia	6
Oficina Asesora Jurídica	14
Oficina Control Interno	5
Oficina Tecnologías de la Información	5
Vicepresidencia Administrativa y Financiera	29
Vicepresidencia Técnica	22
Vicepresidencia de Promoción y Asignación de Áreas	17
Vicepresidencia de Contratos de Hidrocarburos	31
Vicepresidencia de Operaciones, Regalías y Participaciones	27
TOTAL	156

En efecto, dicha organización se reiteró en los folios siguientes al describir la propuesta de la conformación de cada dependencia, que para el caso de la Presidencia de la entidad sería la siguiente:

Dependencia	Denominación	N.º de cargos	Nivel	Grado
Presidencia	Presidente de Agencia	1	Estratégico	E1-4
	Experto	1	Gerencial	G3-8
	Experto	1	Gerencial	G3-8
	Técnico Asistencial	1	Operacional	O1-12
	Técnico Asistencial	1	Operacional	O1-10
	Técnico Asistencial	1	Operacional	O1-5
Total Presidencia		6		

³⁸ Folios 8 a 11 del C. ppal.

En el folio 203, el instrumento técnico concluyó: «Se tiene entonces un incremento de 64 a 156 funcionarios, de los cuales 6 se ubican en el Despacho del Presidente y 150 a las demás dependencias y oficinas».

Mediante Oficio 20114000144541 del 27 de diciembre de 2011, radicado en la Secretaría General del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Departamento Administrativo de la Función Pública³⁹ señaló:

«Me complace remitirle debidamente firmados los Proyectos de Derecho “Por el cual se establece la estructura de la Agencia Nacional de Hidrocarburos ANH y se dictan otras disposiciones” y “Por el cual se modifica la planta de personal de la Agencia Nacional de Hidrocarburos ANH”.

Los proyectos de decreto se encuentran ajustados a las disposiciones de que trata el artículo(sic) 46 y 54 de la Ley 909 de 2004 y a las demás normas vigentes en materia de nomenclatura, clasificación y remuneración de empleos que les son aplicables, en consecuencia merecen concepto favorable de este Departamento Administrativo para continuar su trámite aprobatorio ante el Gobierno Nacional, sujeto a concepto de la Dirección General del Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público”»

En atención a lo anterior, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público emitió concepto favorable, mediante Oficio del 17 de enero de 2012⁴⁰ para la creación de una nueva estructura compuesta por 156 cargos en total.

El anterior concepto fue reemplazado por el emitido el 23 de marzo de 2012 por el director de Presupuesto Público Nacional⁴¹ para continuar con el trámite de la modificación de la planta de personal de la ANH, con un costo adicional de \$13.272,7 millones anuales por todo concepto en gastos de personal asociados a la nómina, lo cual implica un rubro anual de \$20.606,8 millones con un incremento del 5% proyectado para el 2012.

El Decreto 766 del 17 de abril de 2012⁴², suscrito por el ministro de Hacienda y Crédito Público, el ministro de Minas y Energía y la directora del Departamento Administrativo de la Función Pública suprimió un total de 64 empleos (art. 1.º) y creó una planta de personal de 156 cargos de los cuales 6 estaban asignados al despacho de presidencia, del siguiente modo:

N.º de empleos	Denominación del empleo	Código	Grado
1	Presidente de Agencia	E1	08
2	Experto	G3	08
1	Técnico Asistencial	O1	12
1	Técnico Asistencial	O1	10
1	Técnico Asistencial	O1	05

³⁹ Folio 208 C. ppal.

⁴⁰ Folios 209 y 210 C.ppal.

⁴¹ Folios 42 y 43 del anexo de pruebas.

⁴² Folio 211 C. ppal.

Posteriormente, en el Oficio 2012024154 del 3 de mayo de 2012⁴³ el presidente de la ANH, le solicitó al Ministerio de Minas y Energía gestionar ante el Departamento Administrativo de la Función Pública la modificación de la planta prevista por el Decreto 766 de 2012, petición que sustentó en que la ubicación de algunos empleos no correspondía a lo planteado por el estudio técnico ni a las necesidades de la entidad.

Por medio del Oficio 2012025128 del 8 de mayo de 2012⁴⁴, la Secretaría General del Ministerio de Minas y Energía le informó al Departamento Administrativo de la Función Pública sobre la necesidad de modificar el Decreto 766 del 17 de abril de 2012, por cuanto los 10 cargos de gerente de proyectos o funcional, 1 de experto G3-8, 10 expertos G3-7 y 4 expertos G3-6 tienen el propósito de «asistir, aconsejar y asesorar directamente al Presidente de la ANH, por lo que les corresponde estar ubicados en el Despacho del Presidente de la Agencia y no en la planta global».

A través del Oficio 20121100047911 del 23 de mayo de 2012⁴⁵, el presidente de la Agencia Nacional de Hidrocarburos presentó la «Justificación modificación del Decreto 0766 de abril de 2012». En dicho documento, se señaló que en el Decreto 766 de 2012 «no se tuvo en cuenta que los 10 cargos de Gerente de Proyectos o Funcional, los tres (3) Jefes de Oficina, un Experto G3-8, 10 Expertos G3-7 y 15 Expertos G3-6 tienen funciones que por su trascendencia, nivel de responsabilidad y especial confianza, deben hacer parte de la planta adscrita a la Presidencia.»

Adicionalmente, expuso que con la nueva organización ni los gerentes ni jefes de Oficina de Agencia podrían acceder a la prima técnica de que trata el artículo 1.º del Decreto 1336 de 2003, por el hecho de no que no están adscritos al despacho del presidente, situación que, en su criterio, conlleva dificultades para asegurar la vinculación de profesionales que cumplan con las condiciones necesarias para el desempeño de las actividades del sector de hidrocarburos que requieren conocimientos especiales.

De otra parte, indicó que ante el incremento de las labores de exploración y producción de hidrocarburos la entidad requería ajustarse a las condiciones para responder a las necesidades específicas del sector, de manera que era preciso contar con una estructura y planta de personal «acorde con el modelo de negocios del sector hidrocarburífero y orientada al cumplimiento de las nuevas funciones que le han sido encomendadas».

Seguidamente, se refirió a algunas razones, relacionadas con el objeto de la entidad, por las cuales se pretendía la reubicación de algunos empleos dentro de la estructura organizacional, así:

⁴³ Folios 38 y 39 del anexo de pruebas.

⁴⁴ Folios 35 del anexo de pruebas.

⁴⁵ Folio 32 del anexo de pruebas.

«- La ANH tienen bajo su responsabilidad la administración integral de las reservas hidrocarburíferas del país, lo cual se constituye en un tema de seguridad energética nacional.

- Las funciones de los empleos citados consisten en implementar los lineamientos estratégicos definidos por la Presidencia de la Agencia en cumplimiento de su misión.

- El desarrollo de las funciones de estos empleos influye directamente en los niveles de gobernabilidad de la administración y por lo tanto en la eficacia de sus directrices

- Estos empleos están orientados a soportar los procesos de rondas para la asignación de áreas hidrocarburíferas a nivel nacional e internacional; a participar en la definición de políticas del sector hidrocarburos; a orientar e implementar políticas y directrices para el manejo confidencial de información, considerada de seguridad nacional ya que incide en la seguridad energética del país; a la divulgación y promoción de los recursos hidrocarburíferos del país.

- En el desarrollo de las funciones de los empleos citados es esencial la confianza plena y total.

- Para adelantar la función de aconsejar, orientar y asistir al presidente de la ANH, es necesario un grado especial de confianza y responsabilidad.

- Los cargos descritos requieren supervisión directa por parte del presidente de la Agencia.»

Igualmente, expuso la motivación para el cambio de naturaleza jurídica de los cargos de la siguiente manera:

«De otro lado, según lo establecido en el Decreto 0766, ni los Gerentes, ni los Jefes de Oficina de Agencia en la nueva planta podrían acceder a la prima técnica reglamentada en el artículo 1º del Decreto 1336 de 2003, por no encontrarse adscritos al despacho del presidente de la Agencia. Situación que conlleva dificultades para asegurar la vinculación de profesionales que cumplan con condiciones propias de quienes ejercen estas actividades en el sector de hidrocarburos por la particularidad de sus conocimientos.

MOTIVACIÓN PARA EL CAMBIO DE NATURALEZA JURÍDICA

Durante los últimos años las actividades de exploración y producción de hidrocarburos se han incrementado significativamente generando nuevas condiciones a las cuales debe adaptarse la ANH para responder a las necesidades específicas de los asuntos que le compete en relación con el propósito de incrementar el desarrollo económico y social del país. Por esta razón la Agencia Nacional de Hidrocarburos solicitó modificar su naturaleza jurídica en la búsqueda de nuevos instrumentos necesarios para cumplir las funciones propias de un administrador de los recursos hidrocarburíferos en el marco de las nuevas condiciones del mercado.

[...]

Con el fin de que esta Agencia responda a las nuevas condiciones del mercado y a las necesidades y potencialidades del país, se requiere contar con una estructura y planta de personal acorde con el modelo de negocios del sector hidrocarburífero y orientada al cumplimiento de las nuevas funciones que le han sido asignadas.

DESMEJORAMIENTO SALARIAL

La actual planta de cargos de la ANH adscrita al despacho cuenta con un asesor código 1020 grado 18, dos asesores código 1020 grado 17, dos asesores código 1020 grado 16, un asesor 1020 grado 14 y dos profesionales código 2028 grado 22, lo que totaliza seis asesores y dos profesionales. Estos cargos se encuentran provistos actualmente y la administración pretende, dadas sus competencias, la continuidad de su vinculación en la nueva estructura. Sin embargo, la nueva planta distribuye en el despacho solo dos expertos G3-8, lo que conlleva a que en la incorporación a la nueva planta de los funcionarios hoy adscritos al despacho, tres de estos presentarían desmejora de sus condiciones salariales al perder el derecho a la prima técnica.»

En cuanto al análisis de costos, sostuvo:

«El análisis de costos que sirvió de sustento para la nueva planta de la ANH arrojó un valor de \$19.634 mll. El certificado de viabilidad presupuesta(sic) dado por la Dirección General de Presupuesto Público ascendió en su momento a \$19.632mll con salarios de 2011 que, actualizada con salarios de 2012, ascendería a la suma de 20.616mll. La planta aprobada según Decreto 0766 alcanza un valor de \$18.945 mll, pero con la modificación propuesta en este documento ascendería a \$19.634mll, lo que estaría por debajo de la propuesta que inicialmente se había planteado, actualizada con salarios de 2012 (\$20.616).

Bajo estas consideraciones se solicita respetuosamente ajustar la estructura de la planta de personal contenida en el Decreto 0766 de 2012 dado que la ubicación de los cargos mencionados no corresponde a los planteamientos del estudio técnico ni a las necesidades actuales de la ANH».

Luego, mediante Oficio 20124000078211 del 24 de mayo de 2012⁴⁶, la directora del Departamento Administrativo de la Función Pública, remitió el proyecto de modificación de la planta de la ANH establecida por el Decreto 766 de 2012 al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y manifestó que por cumplir con lo dispuesto por el artículo 46 de la Ley 909 de 2004 «merecen concepto favorable de este Departamento Administrativo para continuar con su trámite aprobatorio ante el Gobierno Nacional, sujeto a viabilidad presupuestal de la Dirección General de Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público».

Por medio del Decreto 1128 del 30 de mayo de 2012 el Gobierno Nacional, a través del presidente de la República, el ministro de Minas y Energía, el ministro

⁴⁶ Folio 27 anexo de pruebas.

de Hacienda y Crédito Público y la directora del Departamento Administrativo de la Función Pública, adoptaron la siguiente decisión:

«Suprímense de la planta de personal de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, ANH, los siguientes cargos:

N° DE EMPLEO	DENOMINACIÓN DEL EMPLEO	CÓDIGO	GRADO
PLANTA GLOBAL			
Diez (10)	Gerente de Proyectos o Funcional	G2	10
Uno (1)	Experto	G3	08
Diez (10)	Experto	G3	07
Quince (15)	Experto	G3	06

Artículo 2°. Créanse en la planta de personal de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, ANH, los siguientes cargos:

N° DE EMPLEOS	DENOMINACIÓN DEL EMPLEO	CÓDIGO	GRADO
DESPACHO DEL PRESIDENTE DE LA AGENCIA			
Diez (10)	Gerente de Proyectos o Funcional	G2	10
Uno (1)	Experto	G3	08
Diez (10)	Experto	G3	07
Quince (15)	Experto	G3	06

A través de la Resolución 257 del 13 de julio de 2012, el presidente de la Agencia Nacional de Hidrocarburos distribuyó en las diferentes dependencias los cargos de la planta de personal adoptada por el Decreto 766 de 2012 modificada por el Decreto 1128 de 2012, para lo cual asignó un total de 42 empleos al Despacho de la Presidencia de la entidad, así:

Número de cargos	Denominación del cargo	Código	Grado	Carácter del empleo
1	Presidente de la Agencia	E1	08	Libre nombramiento y remoción
10	Gerente de Proyectos o Funcional	G2	10	Libre nombramiento y remoción
3	Experto	G3	08	Libre nombramiento y remoción
10	Experto	G3	07	Libre nombramiento y remoción
15	Experto	G3	06	Libre nombramiento y

				remoción
1	Técnico asistencial	O1	12	Libre nombramiento y remoción
1	Técnico asistencial	O1	10	Libre nombramiento y remoción
1	Técnico asistencial	O1	05	Libre nombramiento y remoción
42	Total			

3.1. Análisis del Decreto 1128 de 2012

3.1.1. De la justificación o estudio técnico que sustentó el Decreto 1128 de 2012

De los documentos allegados al plenario se observa que la modificación de la planta de personal de la Agencia Nacional de Hidrocarburos efectuada a través del Decreto 0766 del 17 de abril de 2012, estuvo sustentada en el estudio técnico de fecha 19 de diciembre de 2011, que propuso una estructura que contaba con un total de 6 empleos asignados al despacho de la Presidencia de la entidad, de lo cual se infiere que este documento de manera alguna pudo haber sustentado una modificación que incluyera un mayor número de plazas asignadas a dicha dependencia.

Ahora, las justificaciones técnicas que sustentaron la expedición del Decreto 1128 de 2012, están contenidas en los Oficios 2012025128 del 8 de mayo de 2012 y 20121100047911 del 23 de mayo de 2012, emanados de la Secretaría General del Ministerio de Minas y Energía y de la Presidencia de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, respectivamente, de manera que son estos documentos los que deben evaluarse con el fin de verificar si se avienen a las normas que regulan lo referido a los estudios o justificaciones técnicas previamente anunciadas.

Del contenido de ambos oficios, el cual se expuso en líneas anteriores, se observa que el identificado con número 2012025128 del 8 de mayo de 2012, de la Secretaría General del Ministerio de Minas y Energía se limitó a informarle al Departamento Administrativo de la Función Pública sobre la necesidad de modificar el Decreto 0766 del 17 de abril de 2012, por cuanto los 10 cargos de gerente de proyectos o funcional, 1 de experto G3-8, 10 expertos G3-7 y 4 expertos G3-6 tienen el propósito de «asistir, aconsejar y asesorar directamente al Presidente de la ANH, por lo que les corresponde estar ubicados en el Despacho del Presidente de la Agencia y no en la planta global».

A su vez, en el Oficio 20121100047911 del 23 de mayo de 2012⁴⁷, el presidente de la Agencia Nacional de Hidrocarburos hizo consistir la necesidad de modificación de la planta en dos puntos esenciales:

⁴⁷ Folio 35 del anexo de pruebas.

1. El hecho de que los cargos de gerente de proyectos o funcional, experto G3-8, experto G3-7 y experto G3-6 tienen funciones de trascendencia con un nivel de responsabilidad de importancia y de especial confianza del presidente de la ANH.
2. La desmejora salarial que conlleva el hecho de estar sometidos al régimen de carrera administrativa, pues ello impide que continúen devengando la prima técnica de que trata el artículo 1⁴⁸ del Decreto 1336 de 2003⁴⁹.

Sobre el punto, se advierte que tales aspectos no se encuadran en los ítems que señala el artículo 96 del Decreto 1227 de 2005⁵⁰, para que se pueda entender que la modificación estuvo fundada en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración:

Decreto 1227 de 2005 art. 96	Oficio 20121100047911 del 23 de mayo de 2012
Fusión, supresión o escisión de entidades.	NO
Cambios en la misión u objeto social o en las funciones generales de la entidad.	NO
Traslado de funciones o competencias de un organismo a otro.	NO
Supresión, fusión o creación de dependencias o modificación de sus funciones.	NO
Mejoramiento o introducción de procesos, producción, de bienes o prestación de servicios.	NO
Redistribución de funciones y cargas de trabajo.	NO
Introducción de cambios tecnológicos.	NO
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.	De manera insuficiente pues no se analizan los perfiles de los cargos.
Racionalización del gasto público.	NO
Mejoramiento de los niveles de eficacia, eficiencia, economía y celeridad de las entidades públicas.	NO

⁴⁸ «La prima técnica establecida en las disposiciones legales vigentes, solo podrá asignarse por cualquiera de los criterios existentes, a quienes estén nombrados con carácter permanente en los cargos del nivel Directivo, Jefes de Oficina Asesora y a los de Asesor cuyo empleo se encuentre adscrito a los despachos de los siguientes funcionarios: Ministro, Viceministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente y Director de Unidad Administrativa especial o sus equivalentes en los diferentes órganos y Ramas del Poder Público.»

⁴⁹ «Por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica para los empleados públicos del Estado.»

⁵⁰ «Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998.»

De otra parte, en cuanto al contenido de la justificación técnica, se observa que no contienen los aspectos indicados por el artículo 97 *ejusdem*, pues la evaluación de la prestación de los servicios y la de las funciones, perfiles y cargas de trabajo resulta insuficiente para demostrar la necesidad de la medida, pues se hace una descripción general de las labores asignadas a los empleos creados en el despacho de Presidencia, pero ni siquiera se precisan de manera específica cuáles son o por lo menos cuáles son sus cargas de trabajo y su incidencia en el desarrollo de la misión de la entidad.

Ahora, el que no se hubiera presentado una supresión efectiva de cargos, por haberse previsto el mismo número pero en distinta dependencia, no exonera a la entidad del cumplimiento de los requisitos legales para adelantar la actuación, habida cuenta de que el artículo 88⁵¹ del Decreto 1227 de 2005, en cuanto a ello prevé que en ese caso los titulares de derechos de carrera deberán ser incorporados en la situación en la que venían, sin que se les puedan exigir requisitos mayores para su desempeño, pero exonera de los requisitos legales previos a la actuación.

Tampoco se puede admitir que no fuera necesario un estudio o justificación técnica para el traslado de las plazas, porque la Ley 909 de 2004 no contiene excepciones que eximan de la aplicación del artículo 46 cuando se trate de modificaciones de las plantas de personal, máxime si se tiene en cuenta que una modificación en la naturaleza de los cargos tiene implicaciones en cuanto al acceso al empleo, la expectativa de permanencia, los derechos y prerrogativas que surgen para los servidores que ingresan por el sistema de concurso o incluso aquellos nombrados en provisionalidad y en la remuneración, razón suficiente para admitir que una decisión como la adoptada debe estar sustentada suficientemente, teniendo en cuenta que existió supresión definitiva de empleos de carrera administrativa, lo cual implica un cambio sustancial para sus titulares.

De lo expuesto en precedencia se encuentra probado el desconocimiento del artículo 46 de la Ley 909 de 2004, en lo relativo a la existencia de un estudio técnico que justifique la supresión de cargos de carrera administrativa y la creación de empleos de libre nombramiento y remoción, razón suficiente para declarar la nulidad del Decreto 1128 de 2012.

3.1.2. Concepto del Departamento Administrativo de la Función Pública

Como se vio anteriormente, el requisito previo de contar con el concepto favorable del Departamento Administrativo de la Función Pública está señalado por el

⁵¹ «ARTÍCULO 88. Cuando se reforme total o parcialmente la planta de empleos de una entidad y los cargos de carrera de la nueva planta sean iguales o se distingan de los que conformaban la planta anterior solamente en su denominación, los titulares con derechos de carrera de los anteriores empleos deberán ser incorporados en la situación en que venían, por considerarse que no hubo supresión efectiva de estos, sin que se les exija requisitos superiores para su desempeño.»

artículo 46 de la Ley 909 de 2004 y está reiterado en el artículo 95⁵², parágrafo, del Decreto 1227 de 2005, vigente para la época, y que dispone:

«ARTÍCULO 95. Las reformas de las plantas de empleos de las entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial deberán motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren.

PARÁGRAFO. Toda modificación a las plantas de empleos, de las estructuras y de los estatutos de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del poder público del orden nacional deberán contar con el concepto técnico favorable del Departamento Administrativo de la Función Pública.»

En el particular se constató que mediante Oficio 20124000078211 del 24 de mayo de 2012, la directora del Departamento Administrativo de la Función Pública remitió el proyecto de modificación de la planta de la ANH establecida por el Decreto 766 de 2012 al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, documento cuyo contenido quedó previamente expuesto, en el que aquel emitió concepto favorable para la modificación propuesta.

Así las cosas, en lo formal, se encuentra satisfecha esta exigencia legal y reglamentaria. Sin embargo, debe decirse que el hecho de que el Departamento Administrativo de la Función Pública haya expedido el concepto técnico favorable no convalida la falencia anotada en cuanto a la carencia de un estudio técnico que justifique la adopción de la medida de modificación de la planta, pues se trata de un requisito autónomo para la expedición del acto de modificación de la planta de personal.

3.1.3. El certificado de viabilidad presupuestal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público

En relación con este punto, debe tenerse presente que el demandante se refiere al *certificado de viabilidad presupuestal*, mientras que el artículo 44 de la referida Ley 909 de 2004, en el parágrafo 3.º señala que no podrá efectuarse la supresión de empleos de carrera que conlleve el pago de indemnización, sin la existencia previa de la «**disponibilidad** presupuestal suficiente» para cubrirlas, lo cual hace oportuno precisar si ambos conceptos guardan identidad.

Para lo anterior, la Sala estima importante anotar que el artículo 71 del Decreto 111 del 15 de enero de 1996⁵³ prevé que todos los actos administrativos que

⁵² «ARTÍCULO 95. Las reformas de las plantas de empleos de las entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial deberán motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren.

PARÁGRAFO. Toda modificación a las plantas de empleos, de las estructuras y de los estatutos de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del poder público del orden nacional deberán contar con el concepto técnico favorable del Departamento Administrativo de la Función Pública.»

⁵³ «Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto.»

afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para tender los gastos que ellos generen, y tratándose de modificaciones a las plantas de personal de los órganos que se sufragan con el Presupuesto General de la Nación, que conlleven incremento en sus costos «será requisito esencial y previo la obtención de un certificado de **viabilidad presupuestal**, expedido por la Dirección General del Presupuesto Nacional en que se garantice la posibilidad de atender estas modificaciones.».

Es de anotar, que el hecho de que la modificación de plantas de personal de la administración exija un certificado de viabilidad presupuesta y no de disponibilidad fue objeto de análisis por parte de la Sala de Consulta Civil⁵⁴

«[...] A juicio de la Sala, el referido tratamiento especial que la ley otorga a estos actos administrativos parece estar justificado por las siguientes razones:

- (i) El acto que modifica la planta de personal de una entidad u organismo no es, en forma exclusiva ni suficiente, el título que permite efectuar el respectivo gasto (para pagar, por ejemplo, los salarios y prestaciones sociales de los nuevos empleados), ya que para ello hacen falta el acto individual de nombramiento y la posesión de la persona nombrada o designada, en el caso de los empleados públicos, o la suscripción del respectivo contrato de trabajo, en el caso de los trabajadores oficiales. En esa medida, si se aumenta la planta de personal de una entidad, pero no se nombran o se contratan efectivamente las personas que van a ocupar los respectivos cargos, no se genera un gasto.
- (ii) Si la ley exigiera, para los actos administrativos generales que modifican las plantas de personal, los mismos requisitos del certificado de disponibilidad presupuestal y el registro presupuestal, que para los demás actos administrativos que generen o impliquen un gasto, se podría generar, entonces, un círculo vicioso en relación con el “título presupuestal” y la respectiva apropiación en el presupuesto, para aquella clase de actos. En efecto, podría argumentarse que no pueden incorporarse las partidas respectivas en la “Ley de Apropiaciones”, que forma parte del presupuesto general de la Nación, mientras no se expida el decreto que ordene la modificación de la planta de personal, pues este fungiría como “título presupuestal” para incluir las respectivas apropiaciones en el presupuesto, junto con las leyes que hayan creado, autorizado la creación o reorganizado la correspondiente entidad; pero, al mismo tiempo, se tendría que sostener que dicho decreto no puede dictarse mientras no se cuente con el “certificado de disponibilidad presupuestal”, el cual, a su vez, no podría otorgarse, porque no se contaría todavía con los montos requeridas dentro del presupuesto de gastos. Debe tenerse en cuenta que cuando la modificación en la planta de personal implique un “incremento en los costos actuales”, como sucede en el supuesto de hecho previsto en el artículo 87 del estatuto presupuestal, lo más probable es que los recursos para cubrir

⁵⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 6 de junio de 2017, radicación: 110010306000201700082 00(2341), actor: Ministerio de Justicia y del Derecho.

los gastos de los nuevos empleados que deban ingresar a la entidad, o que deben ser reclasificados, como consecuencia de dicha modificación, no estén previamente apropiados en la partida de gastos de funcionamiento correspondiente a la entidad u organismo respectivo.

Para solucionar estos inconvenientes, la ley orgánica diseñó un mecanismo diferente y más flexible, como es el del “certificado de viabilidad presupuestal” (se resalta), con el cual no se busca garantizar la existencia de recursos o disponibilidades suficientes en el presupuesto que se encuentre en ejecución, sino establecer “la posibilidad (presupuestal) de atender estas modificaciones”. De esta forma, una vez obtenido el referido certificado, el Gobierno Nacional puede dictar el decreto que modifique la planta de personal de una entidad u organismo de la administración pública en el nivel nacional, y dicho decreto, en conjunto con la ley que ha creado, autorizado o reorganizado a la entidad y las disposiciones pertinentes de la Ley 489 de 1998, servirían como “título presupuestal” para incluir las apropiaciones respectivas en el presupuesto general de la Nación del año siguiente o, dado el caso, para efectuar un traslado o una adición en el presupuesto que se encuentre en curso.

En esta medida, solo después de obtenerse el “certificado de viabilidad presupuestal” (cuando se incrementen los costos actuales), de expedirse el decreto que modifique la planta de personal en la entidad o el organismo público de que se trate, y de incorporarse las partidas necesarias en el presupuesto general de la Nación (del año siguiente o del año en curso, según sea el caso), podría el respectivo nominador (usualmente el jefe o director de la entidad) proceder a nombrar y posesionar, o a contratar, según lo que corresponda, los servidores públicos que han de ocupar los nuevos cargos que se hayan creado.[...]»

Ahora bien, esta Corporación de tiempo atrás ha sostenido que el *certificado de disponibilidad presupuestal* no es un requisito de formación, de perfeccionamiento o de validez⁵⁵ del acto administrativo, por lo que la ausencia de aquel no compromete la presunción de legalidad del acto administrativo⁵⁶, sin embargo, en cuanto al *certificado de viabilidad presupuestal* debe precisarse en esta oportunidad que este se constituye en una exigencia en la formación del acto cuando se incrementen los costos que se generen con la decisión de modificación de la planta de personal para las entidades del orden nacional, en los términos del último inciso del artículo 46 de la Ley 909 de 2004 modificado por el artículo 228

⁵⁵ La validez del acto puede identificarse como el cumplimiento de los presupuestos que el ordenamiento jurídico le impone. Este concepto es entendible a partir del planteamiento que la doctrina expone en sentido estricto para referirse a la validez jurídica de una norma, esto es, que cumpla con los requisitos de i) haber sido expedida por el órgano competente, ii) de acuerdo con el procedimiento previsto para ello y ii) que no lesione un derecho de rango superior, exigencias que en materia de actos administrativos son objeto de presunción de legalidad, pero que es susceptible de ser desvirtuada a través de los medios de control dispuestos por el legislador para el efecto, ellos son: la acción de nulidad y la de nulidad y restablecimiento del derecho.

⁵⁶ Sobre este tema se puede consultar: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 19 de enero de 2017, radicación: 250002324000200700203 02(3756-2015), actor: Rafael Humberto Jiménez Martínez, entre otras.

del Decreto 019 de 2012.

De esta manera, en lo relevante al caso particular, dado que de conformidad con Oficio 20121100047911 del 23 de mayo de 2012 el ajuste de la estructura de la planta de personal efectuada por el Decreto 1128 de 2012, no implicaba mayores costos respecto de los que ya se había emitido certificado de viabilidad presupuestal, sin que se haya allegado prueba de lo contrario, no podría reprocharse la inexistencia de otro documento de esta naturaleza.

3.1.4. La aprobación del Consejo Directivo de la ANH

En la demanda se señala como vicio que compromete la legalidad del Decreto 1128 de 2012, el hecho de que no fue sometida a consideración del Consejo Directivo de la entidad en los términos del artículo 7-11 del Decreto 714 del 10 de abril de 2012⁵⁷, el cual le asigna a ese órgano de dirección la función de «someter a consideración del Gobierno Nacional las modificaciones a la estructura orgánica y a la planta de personal que consideren pertinentes».

Es de anotar que la norma lleva implícito un importante grado de discrecionalidad por parte de la Junta Directiva, respecto de la determinación de someter a consideración las decisiones que comprometan la estructura de la entidad y la planta de personal, pues así se desprende de la expresión *que consideren pertinentes*. Ello quiere decir, que dicho órgano tiene la posibilidad de abstenerse de hacerlo, sin que por ello se vicie de nulidad el acto administrativo expedido con ausencia de aquel trámite, máxime si como en el presente asunto, se trata de una medida que no implicaba costos superiores a los proyectados y discutidos previamente.

En ese orden, si bien es cierto que no se demostró que la Junta Directiva hubiera sometido a consideración las modificaciones a la planta efectuadas con el Decreto 1128 de 2012, ello tampoco se impone como causal de nulidad de este acto administrativo.

En conclusión: El Decreto 1128 del 30 de mayo de 2012 expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se modifica la planta de personal de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, ANH establecida por el Decreto 0766 de 2012, fue expedido con desconocimiento del artículo 46 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 228 del Decreto 019 de 2012, pues no estuvo sustentado en un estudio o justificación técnica elaborada con el cumplimiento de las exigencias del Decreto 1227 de 2005, artículos 96 y 97.

⁵⁷ «Por el cual se establece la estructura de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, ANH, y se dictan otras disposiciones.»

3.2. De la Resolución 257 del 13 de julio de 2012

En relación con la Resolución 267 del 13 de julio de 2012, por medio de la cual se distribuyeron los cargos de la planta Global de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, debe decirse que dado que la creación de cargos de libre nombramiento y remoción en el despacho de Presidencia, a través del Decreto 1128 de 2012, fue ilegal, y que tal declaratoria de nulidad tiene efectos *ex tunc*, ello conllevaría a que también debe declararse la nulidad del acto en mención, en cuanto asignó los cargos creados por el Decreto 1128 de 2012 al despacho de Presidencia.

Al respecto, conviene tener presente que esta corporación ha enfatizado sobre la regla general de retroactividad de los efectos de la declaración de la nulidad de actos administrativos, esto es, desde su nacimiento a la vida jurídica, y en el mismo sentido lo ha sostenido la Corte Constitucional, entre otros pronunciamientos, en la sentencia T-121 de 2016⁵⁸. Este criterio se ha decantado a través de la jurisprudencia de esta corporación ante el hecho irrefutable de que no existe un referente normativo especial para esta jurisdicción que así lo defina⁵⁹, y que se formula a partir de que tal declaración tiene lugar cuando se ha comprobado la existencia de algún vicio que afecta la validez del acto desde su expedición.

Por otra parte, también se ha admitido que se otorguen efectos *ex nunc* o hacia el futuro a la declaratoria de nulidad, con el fin de preservar mandatos y principios superiores, en atención a las consecuencias que se deriven de la decisión judicial⁶⁰, por la naturaleza y contenido del acto anulado, por el vicio que se

⁵⁸ En dicha providencia la Corte Constitucional sostuvo: «los fallos de nulidad proferidos por el Consejo de Estado tienen efectos *ex tunc*, es decir, retrotraen la situación a como se encontraba antes de haberse proferido el acto anulado, sin afectar las situaciones jurídicas que se consolidaron».

⁵⁹ Sobre los efectos de las sentencias de nulidad y la posibilidad de modularlos se puede consultar: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 27 de abril de 2017, radicación: 11001032500020130108700 (2512-2013), actor: José Gerardo Estupiñán Ramírez.

⁶⁰ En esta línea se pueden consultar: Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 21 de agosto de 2008, radicación: 11001032500020070005800(1185-07). En esta providencia se resolvió una demanda de nulidad de los actos administrativos de contenido general de convocatoria al concurso de méritos para la provisión de cargos en la rama judicial expedidos en el año 2003. En esta oportunidad se modularon los efectos de la decisión, de la siguiente manera: «En lo que concierne con el tercer aspecto, en cuanto a cómo se modula en este caso la decisión de nulidad, precisamos, que la declaratoria de nulidad del inciso acusado, habrá de modularse en sus efectos, tomando en cuenta el precedente normativo de la propia acción de la Administración, de manera que sirva como referencia racional para purgar la ilegalidad, a fin de que la purga reemplace el efecto tradicional *ex tunc* de las decisiones de nulidad, por el precedente administrativo. En consecuencia se declarará la nulidad de la norma demandada, pero atando los efectos de esa declaratoria de nulidad a una consecuencia reparatoria del orden jurídico, que consiste en habilitar el 30% estipulado sobre la base del número de vacantes por proveer, lo cual consecuencializa que la Administración sumará al 30% de aspirantes que convocó, el número de vacantes por proveer». Para ello, la providencia en cita argumentó: «En lo que tiene que ver con el segundo punto, en el sentido de por qué se debe modular la nulidad evidenciada, se advierte que, la modulación se hace necesaria en este caso, porque de no producirse dicha modulación; de una parte, podrían verse afectadas las situaciones jurídicas consolidadas de carácter individual y de otra parte, se podrían afectar intereses de la Administración, que están ligados íntimamente al interés general, en cuanto que implicaría la creación de una carga onerosa, inútil e irracional.»

encontró demostrado o por la existencia de situaciones particulares y concretas consolidadas⁶¹.

Precisado lo anterior, en el asunto concreto, aplicar la regla general de retroactividad de la declaratoria de nulidad a la Resolución 257 del 13 de julio de 2012, implicaría que las plazas afectadas por el vicio de ilegalidad no estarían asignadas a ninguna dependencia dentro de la estructura de la entidad, lo cual conllevaría a una situación de indefinición que traería inconvenientes mayores en la organización y a su funcionamiento, aspecto que claramente atañe al interés general, de manera que, en esta oportunidad, se considera necesario diferir los efectos de la decisión anulatoria de esta resolución, otorgando un término razonable de seis meses, dentro de los cuales el presidente de la Agencia Nacional de Hidrocarburos deberá expedir un acto en el que se regule nuevamente esta materia.

Conclusión: Como consecuencia de la anulación del Decreto 1128 de 2012, la Resolución 257 del 13 de julio de 2012 es parcialmente nula, en cuanto asignó los cargos creados por el Decreto 1128 de 2012 al despacho de Presidencia. Sin embargo, es necesario diferir los efectos de la decisión anulatoria de esta resolución, para lo cual se otorgará un término razonable de seis meses, dentro de los cuales el presidente de la Agencia Nacional de Hidrocarburos deberá expedir un acto en el que se regule nuevamente esta materia.

Decisión de segunda instancia

Por lo anterior, la Subsección A declarará la nulidad del Decreto 1128 del 30 de mayo de 2012 «por el cual se modifica la Planta de Personal de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, ANH de que trata el Decreto 0766 de 2012». Igualmente, se declarará la nulidad parcial de la Resolución 257 del 13 de julio de 2012 «por la cual se distribuyen los cargos de la planta de personal de la Agencia Nacional de Hidrocarburos», en cuanto asignó los cargos creados por el Decreto 1128 de 2012 al despacho de Presidencia de la entidad, con la salvedad de que dicha declaración de nulidad tendrá efectos solo a partir de los seis meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia, término dentro del cual el presidente de la Agencia Nacional de Hidrocarburos deberá expedir un nuevo acto

⁶¹ Algunas de las sentencias en este sentido son las siguientes: Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 24 de marzo de 2000, radicación: 9551: «Sobre los efectos de los fallos de nulidad ha sido abundante la jurisprudencia de la Sala en el sentido de que, en relación con las situaciones jurídicas no consolidadas, son ex tunc, es decir, desde entonces, y se retrotraen al momento en que nació el acto, y como consecuencia de ello, las cosas se retrotraen al estado en que se encontraban antes de la expedición del mismo, por lo que las situaciones no consolidadas entre el momento de la expedición del acto y la sentencia anulatoria del mismo, son afectadas por la decisión que en esta última se tome (expediente No 4614 del 21 de enero de 1994» y la sentencia del 13 de diciembre de 2011, que sostuvo: «En estas circunstancias se hacen extensivos los efectos ex nunc, es decir, hacía el futuro de la sentencia (...) mencionada, toda vez que (...) las situaciones producidas al amparo del acto declarado nulo no estaban consolidadas, porque estaban pendiente de decisión en la jurisdicción contenciosa».

administrativo en el que distribuya en la planta global los empleos que el Decreto 1128 de 2012 había asignado a dicha dependencia.

Igualmente, se ordenará la desvinculación del presente asunto del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, por las razones anotadas como cuestión previa en esta providencia.

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

FALLA

Primero: Desvincúlese del presente asunto al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, por las razones expuestas *ut supra*.

Segundo: Declárese la nulidad del Decreto 1128 del 30 de mayo de 2012 «por el cual se modifica la Planta de Personal de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, ANH de que trata el Decreto 0766 de 2012» expedido por el Gobierno Nacional.

Tercero: Declárese la nulidad parcial de la Resolución 257 del 13 de julio de 2012 «por la cual se distribuyen los cargos de la planta de personal de la Agencia Nacional de Hidrocarburos» dictada por el presidente de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, en cuanto asignó los cargos creados por el Decreto 1128 de 2012 al despacho de Presidencia de la entidad, con la salvedad de que dicha declaración de nulidad tendrá efectos solo a partir de los seis meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia, término dentro del cual el presidente de la Agencia Nacional de Hidrocarburos deberá expedir un nuevo acto administrativo en el que distribuya en la planta global los empleos que el Decreto 1128 de 2012 había asignado a dicha dependencia.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático «Justicia Siglo XXI».

Notifíquese y cúmplase

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ