

DERECHOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA - Procedencia / COMUNICACION SOBRE SUPRESION DE DEL CARGO - No dio opción de manifestar el derecho que le asistía / PRESUNCION DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO - Desvirtuada

De acuerdo con las pruebas es claro que a la actora le asistían derechos de carrera administrativa sobre el cargo que se encontraba desempeñando, y que el mismo fue suprimido, caso en el cual en atención a lo dispuesto por el artículo 39 de la Ley 443 de 1998 la entidad ha debido permitirle manifestar su voluntad de ser incorporada o recibir la indemnización por supresión del cargo. No obstante, al informarle sobre la determinación de que su cargo desapareció de la nueva planta no sólo no le manifestaron las opciones que legalmente le asistían, sino que tampoco le concedieron el término para que diera a conocer su elección, pues le indicaron mediante una "COMUNICACIÓN DE DESEMPLEO" que debía proceder a someterse a un examen médico pos-ocupacional dentro de los cinco días siguientes al desempleo, lo cual se reitera en la fecha de notificación, al señalar que contaba con cinco días "a partir de la fecha" para tal fin y posteriormente le fue reconocida y liquidada la indemnización y las prestaciones a que tenía derecho hasta aquel momento. Lleva a la Sala a la conclusión de que la presunción de legalidad del acto acusado fue desvirtuada puesto que con su expedición se vulneraron las normas en que han debido fundarse, con desconocimiento de los derechos que como empleada de carrera tenía la actora, razón por la cual procede la declaratoria de nulidad y el consecuente restablecimiento del derecho, como se hará en la parte resolutive de la sentencia.

FUENTE FORMAL: LEY 443 DE 1998 - ARTICULO 37 / LEY 443 DE 1998 - ARTICULO 39 / LEY 443 DE 1998 - ARTICULO 41 / LEY 443 DE 1998 - ARTICULO 46

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de agosto de dos mil diez (2010).

Radicación número: 05001-23-31-000-2001-03140-01(1979-09)

Actor: MARTHA CECILIA RODRIGUEZ VASQUEZ

Demandado: MUNICIPIO DE SAN JERONIMO - ANTIOQUIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 17 de junio de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

ANTECEDENTES

MARTHA CECILIA RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demandó del Tribunal Administrativo de Antioquia, se declare la nulidad del Decreto No. 036 de 2 de mayo de 2001 expedido por el Alcalde de San Jerónimo (Antioquia), por el cual modifica la planta de personal del Municipio, para lo cual suprimió el cargo que venía desempeñando la actora en la Secretaría de Planeación y Obras Públicas.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho solicitó el reintegro en el cargo que ocupaba o en otro de igual o superior categoría, y el pago de los sueldos y demás emolumentos dejados de percibir hasta su reintegro, y que no ha existido solución de continuidad para todos los efectos legales salariales y prestacionales a que haya lugar.

Que las cesantías y la indemnización pagadas por su desvinculación sean tomadas como un anticipo de las cesantías sin necesidad de reintegro de dichos valores.

Que se de cumplimiento en los términos de los artículos 176 a 178 del C.C.A.

Como hechos en que fundamenta sus pretensiones, señala:

La Señora MARTHA CECILIA RODRÍGUEZ prestó sus servicios al Municipio de San Jerónimo (Antioquia), desde el 6 de febrero de 1991 como aseadora en la Casa de la Cultura.

Posteriormente el cargo cambió de denominación a de Auxiliar de Servicios Generales, código 605, grado 091, nivel operativo, en el cual la demandante se encuentra inscrita en el escalafón de carrera administrativa.

El 12 de mayo de 2001 le fue notificado su retiro por supresión del cargo.

Aunque la liquidación de la indemnización por supresión del cargo así como de sus cesantías ya se hizo, para el momento de presentación de la demanda no se

han pagado dichos valores, con el argumento de que el Municipio no cuenta con la suficiente disponibilidad presupuestal.

Las funciones que desempeñaba la actora no desaparecieron de la entidad.

Normas violadas y concepto de la violación.-

Como vulnerados invocó el artículo 2° de la Constitución Política; artículo 59 del Decreto 150 de 1973, artículo 84 del Código Contencioso Administrativo; artículos 37, 39, 41 y 64 de la Ley 443 de 1998; artículo 46 del Decreto 1568 de 1998; y los artículos 12 y 16 del Decreto 1223 de 1993.

Como concepto de violación de las normas invocadas expresó lo siguiente:

Señala que la entidad desconoció sus derechos pues la forma en la que fue retirada no corresponde a ninguna de las descritas en el artículo 37 de la Ley 443 de 1998, además de que no ha recibido el pago de los valores que le corresponden por concepto de indemnización, la cual fue reconocida con posterioridad al término de 10 días establecido por el artículo 46 del Decreto 1568 de 1998, bajo el argumento de que no hay disponibilidad presupuestal.

Agrega que la supresión del cargo no se sustentó en un estudio técnico sino que se dio por “capricho” del Alcalde, con desconocimiento del artículo 41 de la misma Ley 443 de 1998.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Antioquia negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

En relación con el cargo de expedición irregular, por la ausencia de un estudio técnico que justificara la supresión del cargo que desempeñaba la demandante, indicó que teniendo en cuenta que el estudio técnico que sirvió de fundamento para la modificación de la planta de personal del Municipio de San Jerónimo,

concluyó que era necesario reducir los gastos de funcionamiento en razón a que aquellos ascendían al 108%.

Consideró además que dicho documento se encuentra ajustado a lo dispuesto por el artículo 154 del Decreto 1572 de 1998.

Respecto de la falta de disponibilidad presupuestal alegada en la demanda estimó que la parte actora no cumplió con la carga probatoria para demostrar este cargo.

Finalmente en lo relacionado con el pago de la indemnización a que tenía derecho la demandante advirtió que si bien su reconocimiento se dio por fuera del término concedido por la norma, lo cierto es que tal situación no vicia de nulidad el acto de supresión.

EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia por lo siguiente:

Las funciones que desarrollaba la actora fueron asignadas a otra dependencia, posteriormente la dependencia continuó funcionando con un nombre distinto, con el fin de disimular el despido para luego restablecer tanto el cargo como la dependencia.

El pago de la indemnización y de las cesantías definitivas se surtió por fuera del término legal, con incumplimiento de las normas que regulan la materia.

Insistió en los argumentos según los cuales la actora fue retirada del servicio cuando el Municipio no contaba con los recursos necesarios para sufragar las indemnizaciones y prestaciones, circunstancia que no fue desvirtuada durante el proceso; la forma de desvinculación no corresponde a ninguna de las descritas por el artículo 37 de la Ley 443 de 1998; no existió un estudio técnico que sustentara la supresión de cargos.

Para resolver, se

CONSIDERA

El presente asunto se contrae a establecer la legalidad del Decreto No. 036 de 2 de mayo de 2001 expedido por el Alcalde de San Jerónimo (Antioquia) por el cual se modifica la planta de personal del municipio, suprimiendo entre otros el cargo de Auxiliar de Servicios Generales código 605 grado 01 de la Secretaría de Planeación y Obras Públicas.

Argumenta la actora que se vulneraron sus derechos emanados de la carrera administrativa por desconocimiento de los artículos 37, 39, 41 y 64 de la Ley 443 de 1998.

Asimismo afirma que la reestructuración del municipio de San Jerónimo se encuentra viciada por desconocimiento del artículo 41 de la misma Ley 443 de 1998.

De los derechos de carrera de la actora

El artículo 39 de la Ley 443 de 1998 establece los derechos que asisten a los empleados de carrera administrativa en caso de supresión del cargo de cual son titulares, así:

Artículo 39º.- Derechos del empleado de carrera administrativa en caso de supresión del cargo. Los empleados públicos de carrera a quienes se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, como consecuencia de la supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o de modificación de planta, podrán optar por ser incorporados a empleos equivalentes o a recibir indemnización en los términos y condiciones que establezca el Gobierno Nacional.

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

1. La incorporación se efectuará, dentro de los seis meses siguientes a la supresión de los cargos, en empleos de carrera

equivalentes que estén vacantes o que de acuerdo con las necesidades del servicio se creen en las plantas de personal, en el siguiente orden:

- 1. En las entidades en las cuales venían prestando sus servicios, si no hubieren sido suprimidas.*
- 1.2. En las entidades que asuman las funciones de los empleos suprimidos.*
- 1.3. En las entidades del sector administrativo al cual pertenecían las entidades, las dependencias, los empleos o las funciones suprimidas.*
- 1.4. En cualquier entidad de la Rama Ejecutiva del orden nacional o territorial, según el caso.*

2. La incorporación procederá siempre y cuando se acrediten los requisitos mínimos para el desempeño de los respectivos empleos exigidos en la entidad obligada a efectuarla.

3. La persona así incorporada continuará con los derechos de carrera que ostentaba al momento de la supresión de su empleo y le será actualizada su inscripción en la carrera.

4. De no ser posible la incorporación dentro del término señalado, el ex empleado tendrá derecho al reconocimiento y pago de la indemnización.

Parágrafo 1º.- *Cuando se reforme total o parcialmente la planta de personal de un organismo o entidad y los empleos de carrera de la nueva planta, sin cambiar sus funciones, se distingan de los que conformaban la planta anterior por haber variado solamente la denominación y el grado de remuneración, aquellos cargos no podrán tener requisitos superiores para su desempeño y los titulares con derechos de carrera de los anteriores empleos, deberán ser incorporados por considerarse que no hubo supresión efectiva de éstos.*

Parágrafo 2º.- *En el evento de que el empleado opte por la indemnización o la reciba, el acto administrativo en que ésta conste prestará mérito ejecutivo y tendrá los mismos efectos jurídicos de una conciliación. Los términos de caducidad establecidos en el Código Contencioso Administrativo para*

instaurar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se contarán a partir de la declaratoria de nulidad del acto administrativo que originó la supresión del empleo.

Sobre el particular observa la Sala que en el plenario se acreditó que mediante Resolución 751 de 12 de diciembre de 1994 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, MARTHA CECILIA RODRÍGUEZ VÁSQUEZ fue inscrita en carrera administrativa en el cargo de Aseadora (Fl. 8 Cd. Ppal).

Mediante Acuerdo 001 de 22 de enero de 2001 el Concejo Municipal concedió facultades al Alcalde de San Jerónimo por un término de 120 días para ajustar la estructura del Municipio a las disposiciones de la Ley 617 de 2000. Para el efecto dicho funcionario podría adoptar la nueva estructura organizacional de la administración municipal.

Por Decreto 036 de 2 de mayo de 2001 el Alcalde de San Jerónimo (Antioquia) suprimió, entre otros, 3 cargos de Auxiliar de Servicios Generales, código 605, grado 01 del nivel operativo de la Secretaría de Planeación y Obras Públicas Municipales.

La actora fue informada de la supresión de su cargo mediante oficio de 12 de mayo de 2001 suscrito por el Secretario General y de Gobierno de la Entidad, en el cual le comunica textualmente:

“Me permito comunicarle que por medio del Decreto 036 del 02 de mayo de 2001 se suprime el cargo de auxiliar de Servicios Generales, código 605, grado 01 nivel Operativo, adscrita a la Secretaría de Planeación y Obras Públicas.

Las prestaciones sociales a que tenga derecho le serán liquidadas de oficio por el Jefe de Personal.

Debe hacerse examen médico pos-ocupacional, para el cual deberá presentarse a su I.P.S dentro de los cinco días siguientes a la fecha de desempleo.” (fls. 6 Cd. Ppal)

A folio 7 del cuaderno principal, en el cual se verifica la notificación a la demandante el 15 de mayo de 2001, el mismo funcionario señala:

“en la fecha se notifica a la señora MARTHA CECILIA RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, comunicación del Decreto 036 del 02 de mayo de 2001 por medio del cual ha sido suprimido del(sic) cargo de Auxiliar de Servicios Generales, código 605, grado 01, nivel Operativo, adscrito a la Secretaría de Planeación y Obras Públicas.

Al mismo tiempo debe hacerse examen médico de egreso con la advertencia de que para este(sic) cuenta con un plazo de cinco (5) días hábiles contados a partir de la fecha”

A folio 14 obra la Resolución 131 de 29 de junio de 2001 *“Por medio de la cual se ordena el reconocimiento y pago de una indemnización a un empleado de carrera administrativa por supresión de empleo”*, por un total de \$5'081.675.00, notificada a la demandante el 30 de los mismos mes y año.

Obra a folio 10 la Resolución 132 de 29 de junio de 2001 por la cual se liquidó el auxilio de cesantías y otros conceptos prestacionales y se ordenó su pago a favor de la actora en cuantía de \$4.004.034.00, acto que fue notificado el 30 de junio de 2001.

De acuerdo con las pruebas relacionadas es claro que a la actora le asistían derechos de carrera administrativa sobre el cargo que se encontraba desempeñando, y que el mismo fue suprimido, caso en el cual en atención a lo dispuesto por el artículo 39 de la Ley 443 de 1998 la entidad ha debido permitirle manifestar su voluntad de ser incorporada o recibir la indemnización por supresión del cargo.

No obstante, al informarle sobre la determinación de que su cargo desapareció de la nueva planta no sólo no le manifestaron las opciones que legalmente le asistían, sino que tampoco le concedieron el término para que diera a conocer su elección, pues le indicaron mediante una *“COMUNICACIÓN DE DESEMPLEO”* que debía proceder a someterse a un examen médico pos-ocupacional dentro de los cinco días siguientes al desempleo, lo cual se reitera en la fecha de notificación, al

señalar que contaba con cinco días “a partir de la fecha” para tal fin y posteriormente le fue reconocida y liquidada la indemnización y las prestaciones a que tenía derecho hasta aquel momento.

Lo anteriormente expuesto, lleva a la Sala a la conclusión de que la presunción de legalidad del acto acusado fue desvirtuada puesto que con su expedición se vulneraron las normas en que han debido fundarse, con desconocimiento de los derechos que como empleada de carrera tenía la actora, razón por la cual procede la declaratoria de nulidad y el consecuente restablecimiento del derecho, como se hará en la parte resolutive de la sentencia.

Las sumas que resulten a favor de la actora, se actualizarán en su valor, de conformidad con la fórmula y términos que se señalarán en la parte resolutive de la presente providencia.

De las sumas que resulten a favor de la demandante se descontará el valor de lo que le fue pagado por concepto de indemnización, como consecuencia de la supresión de su cargo, pues desapareciendo la causa, desaparece la justificación del pago realizado.

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 y por autoridad de la ley,

FALLA

REVÓCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 17 de junio de 2009, que negó las pretensiones de la demanda.

En su lugar, se dispone:

Primero.- DECLÁRASE LA NULIDAD del Decreto 036 de 2 de mayo de 2001 proferido por el Alcalde del Municipio de San Jerónimo (Antioquia), en cuanto suprimió el cargo de Auxiliar de Servicios Generales Código 605 Grado 01.

Segundo.- Como consecuencia de la anterior nulidad y a manera de restablecimiento del derecho, el Municipio de San Jerónimo (Antioquia) reintegrará a la señora MARTHA CECILIA RODRÍGUEZ VÁSQUEZ al cargo de Auxiliar de Servicios Generales Código 605 Grado 01, o a otro empleo de igual o superior categoría y remuneración.

Cuarto.- El Municipio de San Jerónimo (Antioquia) reconocerá y pagará a la señora MARTHA CECILIA RIDRÍGUEZ VÁSQUEZ los sueldos y prestaciones dejados de devengar desde cuando fue retirada del servicio y hasta cuando se produzca su reintegro efectivo, entendiéndose que no hay solución de continuidad.

Quinto.- El Municipio de San Jerónimo (Antioquia) actualizará la condena, como lo ordena el artículo 178 del C.C.A., aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R = Rh. \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico, que es lo dejado de percibir por concepto de salarios y prestaciones sociales, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE, vigente a la fecha en que se debió hacer el pago por el vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada salarial y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Sexto.- El Municipio de San Jerónimo (Antioquia) dará cumplimiento a esta sentencia dentro del término previsto en el artículo 176 del C.C.A. y observará lo dispuesto en el artículo 177 y 178 ibídem.

Séptimo.- De las sumas que resulten a favor de la parte actora, no se descontará lo que haya percibido por el ejercicio de otro empleo público, durante el lapso que abarca la condena.

Octavo.- De las sumas que resulten a favor de la demandante se descontará el valor de lo que le fue pagado por concepto de indemnización, como consecuencia de la supresión de su cargo.

Niéganse las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Discutida y aprobada en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO