

CARRERA ADMINISTRATIVA - Definición. Finalidad. Principio de mérito proceso de selección

La jurisprudencia de esta Corporación ha tenido la oportunidad de señalar que en los precisos términos del artículo 125 de la Constitución Nacional, la carrera administrativa es un sistema de administración de personal que tiene por finalidad escoger, en beneficio del servicio público, el aporte humano más capacitado y calificado para desempeñar la función pública. En ese sentido, el proceso de selección es la herramienta de la escogencia, y el mérito, es el pilar fundamental en la superación de las etapas que lo conforman, y solamente el sometimiento y aprobación satisfactoria de ello, es la condición necesaria para ser nombrado y para predicar los derechos que le otorga la carrera administrativa, entre otros, una mayor estabilidad en el empleo. En cuanto al retiro, está rodeado de una serie de formalidades, es decir, solamente puede hacerse mediante acto de insubsistencia motivado en una calificación insatisfactoria.

NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD - Es de naturaleza transitoria sin otorgar fuero de estabilidad. Ingreso y retiro sujeto a facultad discrecional / INSUBSISTENCIA DE NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD - No requiere motivación por estar sujeto a facultad discrecional

En este sentido el nombramiento en provisionalidad no es equiparable al del escalafonado en la carrera administrativa, y por lo mismo el retiro no puede estar revestido de las mismas formalidades. La situación del nombrado provisionalmente se asemeja a la de los designados para ocupar cargos de libre nombramiento y remoción, porque en ambos casos, el nombramiento se efectúa en ejercicio de la facultad discrecional del nominador de escoger a quien tenga las condiciones de idoneidad para desempeñar la función y el retiro, a su vez, debe ir encaminado al mejoramiento del servicio. En este orden de ideas, el nombramiento en provisionalidad es procedente para proveer de manera transitoria cargos de carrera, en eventos en que no sea posible hacerlo por el sistema de concurso, o por encargo con otro empleado de carrera. La situación en provisionalidad, no otorga fuero de estabilidad relativa alguno. Aun cuando la normatividad reguladora de esta materia prevé la designación en provisionalidad por un determinado tiempo e igualmente ésta es prorrogable en los términos que señala la ley, ello no significa que la persona designada bajo esa situación adquiera estabilidad por dicho lapso. Por estas razones, la Sala estima que si bien es cierto el nombramiento provisional se ha instituido para los cargos clasificados de carrera administrativa que no hayan sido provistos por concurso y que dicho nombramiento no es forma de provisión de los cargos de libre nombramiento y remoción, sí es pertinente predicar respecto de tal modalidad de vinculación las reglas de la facultad discrecional, dada la similitud en el ingreso y el retiro que se presenta tanto para los nombramientos provisionales como para los de libre nombramiento y remoción. En consecuencia, el retiro del servicio para los empleados provisionales puede disponerse mediante acto de insubsistencia que formalmente no requiere ser motivado, lo cual encuentra sustento en el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, que literalmente dispone: "Artículo 107.- En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados. ...". Por su parte, el artículo 7º del Decreto 1572 de 1998 señala que: " El empleado con vinculación de carácter provisional deberá ser retirado del servicio mediante declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, a través de acto administrativo expedido por el nominador", y siendo en consecuencia procedente el retiro de los provisionales a través del mismo acto que materializa el ejercicio de la facultad de

libre nombramiento y remoción, es comprensible que para proferir tal decisión sea necesario acudir a las pautas que rigen la discrecionalidad, y en ese sentido las consideraciones que el a quo estableció al respecto resultan acertadas, por cuanto el actor sí podía ser removido del empleo en uso de la facultad discrecional, sin necesidad de motivar la decisión.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1950 DE 1973 - ARTICULO 107 / DECRETO 1572 DE 1998 - ARTICULO 7

LIMITADOS FISICOS - Protección especial de estabilidad / RETEN SOCIAL - Limitados físicos

Nuestro ordenamiento jurídico protege a los limitados físicos de manera especial, pues de conformidad con el artículo 13 superior, el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan. Igualmente, conforme al canon 47 Ibídem, debe adelantar políticas de prevención, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran. En concordancia con lo anterior, el Legislador ha contemplado beneficios en favor de algunos sectores vulnerables de la población, dada su particular condición física o laboral, brindándoles una protección especial de estabilidad en sus empleos, por citar algunas: la Ley 361 de 1997, la Ley 790 de 2002, reglamentada esta última por el Decreto 190 de 2003. La Sala no puede perder de vista que el Municipio demandado fue objeto de una reestructuración, y para ello expidió los Decretos 108 y 109 de junio 1 y 2 de 2004, con los cuales modificó su estructura orgánica, estableció las funciones de sus dependencias, fijó la nueva escala salarial, y estableció su nueva planta de personal. Al actor, por esos días, se le declara insubsistente su nombramiento del cargo de conductor mecánico, mediante el Decreto 111 de 4 de junio de 2004, sin atender al hecho de que presentaba una limitación física o discapacidad, que según el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez Regional Valle del Cauca, le generó una pérdida de su capacidad laboral en un 35.40%, originada en accidente de trabajo. En este sentido, era obligación del Alcalde del municipio de Pradera, dar cabal cumplimiento, además de los preceptos Constitucionales en cita, a lo establecido en las siguientes disposiciones: Ley 790 de 2002, que señala: ARTÍCULO 12. PROTECCIÓN ESPECIAL ...". Decreto 190 de 2003, que dispone: ARTÍCULO 12. DESTINATARIOS...". Contrario a lo expuesto por la Entidad demandada, estima la Sala, que tanto la Ley 790 de 2002 como el Decreto 190 de 2003, establecieron una protección especial para un determinado grupo de personas vinculadas al sector público que pudieran resultar afectadas con los procesos de reestructuración, esto es, a las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva y a los servidores que, en el término de tres años contados a partir de la promulgación de la citada Ley, cumplieran con la totalidad de los requisitos (edad y tiempo de servicio) para disfrutar de la pensión de jubilación o de vejez, protección que cobija incluso a quienes no están inscritos en el escalafón de la carrera administrativa. Lo anterior no significa que los empleados de carrera administrativa tengan menos derechos que aquellos a quienes beneficia el retén social, pues por mandato de la Ley, en los procesos de reestructuración quienes ostentan derechos de carrera administrativa tienen derecho preferente para ser incorporados en cargos iguales o equivalentes a los que desempeñaban. Quienes se encuentran en retén social y no estén inscritos en el escalafón de la carrera administrativa, también están amparados para mantener su estabilidad laboral y continuar en la nueva planta de personal en empleos iguales o equivalentes,

aspecto que debe tenerse en cuenta al momento de realizar los estudios técnicos correspondientes. En consecuencia, el denominado "retén social" no se circunscribe en su aplicación a los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional sino, por derecho a la igualdad, a la generalidad de servidores públicos, esto es, a los miembros de las Corporaciones Públicas, a los empleados públicos de todos los órdenes y a los trabajadores oficiales.

FUENTE FORMAL: LEY 361 DE 1997 / LEY 790 DE 2002 / DECRETO 190 DE 2003

INSUBSISTENCIA DE LIMITADO FISICO POR ACCIDENTE DE TRABAJO - Nulidad por inobservancia de la protección especial prevista en los derechos consagrados en el retén social / REESTRUCTURACION ADMINISTRATIVA MUNICIPAL - Nulidad del acto que declaró insubsistente por supresión de cargo a empleado en provisionalidad con limitación física por infringir los derechos consagrados en el retén social / SUPRESION DE CARGO DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD CON LIMITACION FISICA - Aplicación del retén social / RETEN SOCIAL - Aplicación a empleados del orden territorial / IINSUBSISTENCIA DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD CON LIMITACION FISICA - Reintegro

Al quedar probado que el Municipio de Pradera adelantó un proceso de reestructuración, como se precisó en párrafos anteriores, que tuvo lugar por la época de la expedición de los actos acusados cuando el actor presentaba una discapacidad que le implicó una disminución de su capacidad laboral en un 35.40% originada en un accidente de trabajo al servicio de la entidad demandada, estaba obligado a aplicar en su integridad los artículos 12 de la Ley 790 de 2002 y Decreto 190 de 2003, como bien lo advirtió con antelación el profesional de Recursos Humanos al Alcalde Municipal. En esas condiciones, la Sala llega a la convicción incontrovertible que los actos de insubsistencia acusados, infringieron los artículos 12 de la Ley 790 de 2002 y Decreto 190 de 2003, configurándose así la causal de nulidad de los actos acusados. En conclusión, la presunción de legalidad que ampara los actos de insubsistencia fue desvirtuada en el curso del proceso, motivo por el cual la Sala comparte la decisión de primera instancia que accedió a las súplicas de la demanda, pero adicionará el numeral tercero de la parte resolutive de la decisión, ordenando el reintegro del actor a un cargo igual o de superior categoría al que desempeñaba donde pueda desempeñar funciones con su limitación física. Por último, no entiende la Sala cómo, si se había ordenado la reubicación del actor a causa de su limitación, fue retirado por supresión del cargo que ocupaba antes del accidente que le produjo la incapacidad.

FUENTE FORMAL: LEY 790 DE 2002 - ARTICULO 12 / DECRETO 190 DE 2003

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON

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

Radicación número: 76001-23-31-000-2004-03278-01(1893-08)

Actor: RODRIGO DIAZ BEDOYA

Demandado: MUNICIPIO DE PRADERA - VALLE DEL CAUCA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 2 de noviembre de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que accedió a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

RODRIGO DÍAZ BEDOYA por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, la nulidad parcial de los siguientes actos administrativos:

- a.) El Decreto 111 de 4 de junio de 2004, expedido por el Alcalde del Municipio de Pradera, por medio del cual se declaró insubsistente su nombramiento en provisionalidad del cargo de Conductor Mecánico del Municipio de Pradera.
- b.) El oficio No. ODA-249 de 14 de julio de 2004, expedido por el Alcalde del Municipio de Pradera, que dispuso que contra el Decreto citado en el literal anterior, no proceden recursos en la vía gubernativa.

Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho pretende se ordene el reintegro a un cargo acorde con su limitación física, como aquel con funciones de mensajería en el que fue reubicado por solicitud de la Administradora de Riesgos Profesionales COLMENA, sin solución de continuidad, y se condene al Municipio demandado al pago de salarios y prestaciones, con sus incrementos respectivos, debidamente indexados, así como al pago de costas y agencias en derecho y se de cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 176 y s.s. del C.C.A.

HECHOS

El Señor RODRIGO DÍAZ BEDOYA laboró para el Municipio de Pradera desde el 16 de abril de 1998 desempeñando inicialmente el empleo de conductor, posteriormente el de conductor mecánico, auxiliar administrativo, mensajero y guardián de cárcel.

Mediante el Decreto 111 de 4 junio de 2004, el Alcalde Municipal de Pradera declaró insubsistente su nombramiento provisional del empleo de conductor mecánico, fundamentado en la Ley 136 de 1994, el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973 y Decreto 053 de mayo 15 de 2000.

Relata que el 24 de septiembre de 2002 sufrió un accidente de trabajo cuando operaba un cargador de propiedad del Municipio de Pradera, y de ello tuvo conocimiento la Administradora de Riesgos Profesionales COLMENA donde se encontraba afiliado.

Fue valorado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle de Cauca, quién dictaminó la pérdida de su capacidad laboral en un 35.40%, declarándolo limitado físico de conformidad con el artículo 78 del Decreto 1572 de 1998.

La Administradora de Riesgos Profesionales COLMENA, el 21 de mayo de 2003, ordenó al Municipio Demandado reubicarlo en un empleo donde no requiera esfuerzo físico de su miembro superior izquierdo, y ante la negativa de hacerlo, mediante comunicación de 16 de abril, lo requirió para que lo reubicara en otro empleo que cumpla las recomendaciones insertas en el concepto laboral.

Mediante la Resolución 064 de 29 de mayo de 2003, el Municipio demandado lo reubicó en el archivo de la Secretaría General, donde cumplió funciones de mensajería y otras. Posteriormente, por Resolución 002 de 13 de enero de 2004, le asignó funciones como guardián de la cárcel municipal, indefinidamente, última designación que estima no acató las recomendaciones de la Administradora de Riesgos Profesionales COLMENA.

El día 1 de marzo de 2004, la profesional de rehabilitación de medicina laboral de la Administradora de Riesgos Profesionales COLMENA, remitió a la oficina de Recursos Humanos del Municipio demandado, el informe de la visita a su sitio de trabajo, así como el concepto de su reubicación, por cuanto el cargo que

desempeñaba implicaba abrir y cerrar las rejas de la cárcel que le ocasionaban fuertes y agudos dolores en su brazo lesionado.

Luego de finalizada su incapacidad en junio de 2003, fue reubicado en el empleo de mensajero –archivador, con muy buenos logros, sin embargo por decisión de la administración municipal, en el mes de enero de 2004, fue nuevamente reubicado en el cargo de guardián de la cárcel, pero por el esfuerzo manual que implicaba deslizar las puertas de la celdas, volvió a presentar fuertes dolores en su brazo lesionado, razón por la cual, nuevamente la Administradora de Riesgos Profesionales COLMENA, reitera la necesidad de su reubicación en un puesto de trabajo como el de mensajero que implica esencialmente movimiento en sus extremidades inferiores.

El Alcalde ordena al señor Julio Valverde, también funcionario de Municipio, reubicarlo, quién omitió hacerlo, y posteriormente fue desvinculado a través del acto administrativo de insubsistencia.

Reitera que desempeñando un cargo de carrera administrativa sufrió el accidente de trabajo, que implicó estar incapacitado por más de ocho meses, y fue reintegrado a cumplir funciones de mensajero el 29 de mayo de 2003.

Mediante sentencia de tutela de fecha 28 de julio de 2004, proferida por el Juez Primero Promiscuo Municipal de Pradera, se le ampararon transitoriamente sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, estabilidad en el empleo al disminuido físico en conexidad con el trabajo y el mínimo vital, ordenando, de un lado, la inaplicación del acto administrativo de insubsistencia, y de otro, su reintegro para que desempeñe funciones de mensajero, con la salvedad que no hay lugar a pago de salarios y prestaciones desde el retiro hasta el reintegro ordenado en la sentencia de tutela, mientras la jurisdicción de lo contencioso administrativo adopte la decisión que en derecho corresponda.

Normas violadas

- Constitución Política, artículos 13, 29, 47, 48, 53 y 54.
- Ley 361 de 1997.
- Decreto 295 de 1994, artículo 39.
- Decreto 1572 de 1998, artículo 78.

- Ley 790 de 2002, artículo 12.
- Decreto 01 de 1984, artículos 47, 48, 136

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Municipio de Pradera contestó la demanda y se opuso a todas y cada una de las declaraciones y condenas. Señaló como razones de su defensa, las siguientes:

El acto mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor en provisionalidad del cargo de Conductor Mecánico, fue producto de las atribuciones Constitucionales y Legales (artículo 315 Constitución Política y artículo 91 Ley 136 de 1994) que tiene el Alcalde Municipal para nombrar y remover los funcionarios bajo su dependencia.

El acto acusado fue dictado en virtud de la facultad discrecional que tienen los Alcaldes para declarar insubsistente en cualquier momento un nombramiento provisional sin motivación, por cuanto éstos empleos no tienen la garantía de estabilidad de que gozan los funcionarios de carrera administrativa.

El actor no era funcionario de carrera administrativa, y no estaba protegido por fuero sindical, por lo que concluye que era de libre nombramiento y remoción. Agrega, que tampoco estaba cobijado por las normas de retén social a que alude la Ley 790 de 2002, por considerar que los destinatarios son los servidores en las situaciones allí descritas de las entidades del orden nacional.

La pérdida de la capacidad laboral del actor es del 35.40% que no le impiden realizar otras actividades, pues no es un limitado físico o minusválido, al punto que desarrolla sin dificultad actividades de mensajero, labores de archivo, etc.

El municipio fue reestructurado y adoptó su planta de personal mediante el Decreto 109 de 2004, y en ella quedó un solo cargo de conductor, el cual fue ocupado por el señor Rubén Darío Saldarriaga, quien estaba amparado por fuero sindical. Además, los cargos con funciones de mensajero y archivista desaparecieron de la conformación de la entidad, y no existen otros similares o equivalentes en la nueva planta global de personal.

El nombramiento provisional del actor se declara insubsistente, en razón de la reestructuración del municipio que se generó por políticas de modernización del Estado, con el fin de: Hacer más eficaz la prestación del servicio público, controlar el gasto, y cumplir los compromisos cuando se firmó el acuerdo de reestructuración de sus pasivos, que conllevó reducir la planta de personal acorde con la nueva categoría de municipio, que de estar en cuarta pasó a seis, y sólo con el objetivo del mejoramiento administrativo en términos de calidad, idoneidad y eficiencia, con prevaecía del interés general sobre el particular.

No se puede afirmar que el acto acusado haya sido expedido con falsa motivación y desviación de poder, por cuanto la administración estaba facultada para adecuar su funcionamiento a las necesidades del servicio, y en ese sentido estaba legitimada para crear, modificar, organizar y suprimir los cargos de su planta de personal. Agrega que cuando las necesidades públicas y las restricciones económicas se lo impongan en cumplimiento de los fines impuestos por el artículo 209 del ordenamiento superior, puede incluso suprimir cargos de carrera administrativa.

El Decreto acusado se expidió de conformidad con la Constitución y la Ley, es decir, usando la facultad discrecional que permite remover libremente a los nombrados en provisionalidad por no ostentar derechos de carrera administrativa, caso del actor, y en ese sentido la justicia no puede proteger una limitación física que no está demostrada, por cuanto el demandante puede realizar otras funciones y desempeñarse en otras actividades.

Concluye que no se puede condenar a un Municipio que está en crisis económica y financiera desde hace muchos años, que se acogió a la Ley 550 de 1999, y que para cumplir con sus pasivos debe someterse a otra reforma administrativa reduciendo aún más su planta de personal. Considera que no es justo ordenar el reintegro del actor para asignarle funciones en un empleo que no existe.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca mediante la sentencia objeto del recurso de apelación, accedió a las súplicas de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos:

El actor era un funcionario nombrado en provisionalidad que desempeñaba un cargo de carrera administrativa, sin encontrarse inscrito en el escalafón, lo que le permitía a la administración dentro de su facultad discrecional removerlo del cargo por cuanto no gozaba de fuero de estabilidad, pues al ser nombrado sin realizar la debida motivación, su desvinculación debe seguir esos mismos lineamientos, y en ese sentido el acto de insubsistencia no carece de ilegalidad, razones por las cuales, daría lugar en principio, a que las pretensiones de la demanda fueran negadas.

Sin embargo, al considerar que el actor es un disminuido físico por culpa de un accidente de trabajo que sufrió en ejercicio de sus funciones, conocido por el municipio demandado, impone su protección especial, como lo ordenan entre otros, los artículos 47 y 13 de nuestro ordenamiento Superior, pues de un lado, la primera norma exige al Estado adelantar políticas de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos, y de otro, la segunda disposición obliga a la institucionalidad que proteja a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en debilidad manifiesta. Protección que se extiende a otros campos de la vida social, entre otros el trabajo que a la luz de los artículos 25, 48, 53 y 54 de la Constitución Nacional reivindica un tratamiento tuitivo por parte del Estado hacia los trabajadores, y por ello la Ley 100 de 1993 estableció un sistema de riesgos profesionales en el que se dan las pautas precisas para la atención del trabajador accidentado.

En ese orden de ideas, y luego de evocar apartes que considera relevantes de la sentencia C-531 de la Honorable Corte Constitucional, señala que conforme al panorama legal y jurisprudencial, los trabajadores disminuidos físicamente gozan de una estabilidad reforzada sin importar la forma de provisión de los cargos, en razón a la protección especial que el Estado debe ofrecer a sus ciudadanos cuando estos se encuentren en una situación de debilidad manifiesta.

La estabilidad laboral reforzada de los trabajadores disminuidos físicamente opera de la misma manera que en el caso de los aforados sindicales o de las mujeres embarazadas, invirtiendo de esta forma la carga de la prueba para sustentar el despido, pues quien tiene que alegarla es el empleador y además para su retiro debe solicitar autorización expresa al Ministerio de la Protección Social.

Los actos contentivos de la declaratoria de insubsistencia del actor, adolecen de nulidad manifiesta, toda vez que la demandada obró sin la autorización expresa del Ministerio de la Protección Social para su despido, obviando la estabilidad laboral reforzada de que gozan aquellos trabajadores que como en su caso sufren un accidente de trabajo.

En esas condiciones, es evidente que la facultad contenida en el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973 fundada en el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, fue transgredida, pues los fines de la norma que autorizaban la declaratoria de insubsistencia del actor, no fueron proporcionales a los hechos que le sirvieron de causa, pues el despido no tuvo en cuenta la estabilidad laboral reforzada que deviene de un trabajador disminuido por un accidente laboral.

LA APELACION

El recurso tiene como finalidad que la providencia recurrida sea revocada y en su lugar se nieguen las súplicas de la demanda, y para ello invoca las siguientes razones:

La Administración no desvinculó al actor por tener una limitación física, como erradamente lo pretendió evidenciar el a quo al acceder a las súplicas de la demanda, argumentado en que el Municipio de Pradera obró sin la autorización expresa del Ministerio de la Protección Social para su despido, a sabiendas de la discapacidad laboral que padece.

Las razones que tuvo el señor Alcalde para retirar del servicio al señor Díaz Bedoya, fue la supresión del cargo de conductor mecánico que desempeñaba, todo lo cual se llevó a cabo por virtud del Decreto 109 de 2 de junio de 2004, arrimado como prueba al proceso.

Reseña que el Municipio de Pradera, durante la última década atravesó por una difícil situación financiera y económica que la llevó a suscribir el 2 de abril de 2003, un acuerdo de reestructuración de pasivos con sus acreedores conforme a lo dispuesto en la Ley 550 de 1999.

Con motivo de la expedición de la Ley 617 de 2000, de saneamiento fiscal, el Municipio se vio avocado a realizar un proceso de reestructuración administrativa que le permitiera cumplir con las obligaciones establecidas en el acuerdo de reestructuración.

Con las facultades que le fueron concedidas por acuerdo No. 002 de marzo de 2004 del Concejo Municipal, el Alcalde realizó el estudio técnico con acompañamiento de la Escuela Superior de Administración Pública, concretándose el proceso de reestructuración mediante los siguientes actos administrativos:

- Decreto 108 de 1 junio de 2004, por medio del cual se modifica la estructura orgánica de la administración central del Municipio de Pradera, la organización interna, se establecen las funciones de sus dependencias y se fija la nueva escala salarial.

- Decreto 109 de 2 de junio de 2004, por medio del cual se establece la planta de personal de la administración central del Municipio de Pradera.

En el artículo primero de éste último Decreto se suprime el cargo de conductor mecánico Código 601, grado 03 que ocupaba el demandante, siendo entonces esta la causa (supresión del cargo) por la cual se le retiró del servicio.

Si bien la administración erróneamente expidió el Decreto 111 de junio 4 de 2004, por medio del cual se declara insubsistente el nombramiento del actor cuando ya se había suprimido el empleo, además de ser posterior, no era necesario, toda vez que la supresión del empleo es una causal de retiro del servicio a términos de la Ley 443 de 1998, vigente para la época de los hechos.

Por las consideraciones expuestas, el retiro del servicio del actor se encuentra justificado en la racionalización del gasto que se consolidó con la supresión de varios empleos, entre ellos, el ocupado por el demandante, y no como lo señaló el a quo, al afirmar que el retiro obedeció a la discapacidad del demandante.

El acto acusado se expidió con base en la facultad discrecional de la administración, teniendo en cuenta que el actor se encontraba vinculado en provisionalidad, y que para ese entonces, no requería de motivación, se encuentra adecuado a la norma que lo autorizó y es proporcional a los hechos que le dieron origen a su aplicación, que no son otros que la racionalización del gasto y el acuerdo de reestructuración, mencionados en párrafos anteriores.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

La parte demandante intervino para defender su postura conforme los argumentos que expuso en el transcurso del proceso. La parte demandada guardó silencio.

Para resolver, se

CONSIDERA

Se pretende en el sub iudice que se declare la nulidad del Decreto 111 de 4 de junio de 2004, mediante el cual el Alcalde Municipal de Pradera declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad hecho al actor en el cargo de Conductor Mecánico, así como del oficio ODA-249 de 14 de junio de 2004, que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el citado Decreto.

De acuerdo con lo expuesto en los antecedentes de esta providencia, el problema jurídico se centra en determinar, de un lado, si el nominador al ejercer la facultad discrecional incurrió en violación de las disposiciones que regulan lo referente a los nombramientos provisionales, y de otro, si al demandante lo ampara la protección que cubre a los limitados físicos, por presentar discapacidad en sus funciones motrices.

Para la Sala no hay duda de que el empleo de Conductor Mecánico que desempeñaba el actor (fl. 283 c.p.), es un cargo de carrera administrativa, al que llegó no a través de un concurso de méritos, sino por nombramiento provisional, pues a estas diligencias no se allegó prueba que indique su inscripción en el escalafón de la carrera administrativa.

Sobre este particular, la jurisprudencia de esta Corporación ha tenido la oportunidad de señalar que en los precisos términos del artículo 125 de la Constitución Nacional, la carrera administrativa es un sistema de administración de personal que tiene por finalidad escoger, en beneficio del servicio público, el aporte humano más capacitado y calificado para desempeñar la función pública. En ese sentido, el proceso de selección es la herramienta de la escogencia, y el mérito, es el pilar fundamental en la superación de las etapas que lo conforman, y solamente el sometimiento y aprobación satisfactoria de ello, es la condición necesaria para ser nombrado y para predicar los derechos que le otorga la carrera

administrativa, entre otros, una mayor estabilidad en el empleo. En cuanto al retiro, está rodeado de una serie de formalidades, es decir, solamente puede hacerse mediante acto de insubsistencia motivado en una calificación insatisfactoria.

A su turno, no es lo mismo el nombramiento del servidor que ingresa al servicio sin preceder al concurso de méritos al de aquél que se somete a las etapas del proceso selectivo. En este sentido el nombramiento en provisionalidad no es equiparable al del escalafonado en la carrera administrativa, y por lo mismo el retiro no puede estar revestido de las mismas formalidades.

La situación del nombrado provisionalmente se asemeja a la de los designados para ocupar cargos de libre nombramiento y remoción, porque en ambos casos, el nombramiento se efectúa en ejercicio de la facultad discrecional del nominador de escoger a quien tenga las condiciones de idoneidad para desempeñar la función y el retiro, a su vez, debe ir encaminado al mejoramiento del servicio.

En este orden de ideas, el nombramiento en provisionalidad es procedente para proveer de manera transitoria cargos de carrera, en eventos en que no sea posible hacerlo por el sistema de concurso, o por encargo con otro empleado de carrera.

La situación en provisionalidad, no otorga fuero de estabilidad relativa alguno. Aun cuando la normatividad reguladora de esta materia prevé la designación en provisionalidad por un determinado tiempo e igualmente ésta es prorrogable en los términos que señala la ley, ello no significa que la persona designada bajo esa situación adquiera estabilidad por dicho lapso.

Por estas razones, la Sala estima que si bien es cierto el nombramiento provisional se ha instituido para los cargos clasificados de carrera administrativa que no hayan sido provistos por concurso y que dicho nombramiento no es forma de provisión de los cargos de libre nombramiento y remoción, sí es pertinente predicar respecto de tal modalidad de vinculación las reglas de la facultad discrecional, dada la similitud en el ingreso y el retiro que se presenta tanto para los nombramientos provisionales como para los de libre nombramiento y remoción.

En consecuencia, el retiro del servicio para los empleados provisionales puede disponerse mediante acto de insubsistencia que formalmente no requiere ser

motivado, lo cual encuentra sustento en el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, que literalmente dispone:

“Artículo 107.- En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados.

...

Por su parte, el artículo 7º del Decreto 1572 de 1998 señala que: “ El empleado con vinculación de carácter provisional deberá ser retirado del servicio mediante declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, a través de acto administrativo expedido por el nominador”, y siendo en consecuencia procedente el retiro de los provisionales a través del mismo acto que materializa el ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción, es comprensible que para proferir tal decisión sea necesario acudir a las pautas que rigen la discrecionalidad, y en ese sentido las consideraciones que el a quo estableció al respecto resultan acertadas, por cuanto el actor sí podía ser removido del empleo en uso de la facultad discrecional, sin necesidad de motivar la decisión.

No obstante, el asunto en estudio, merece particular atención en consideración, a que al actor le asiste el derecho a la estabilidad y permanencia en el empleo por presentar discapacidad física de su miembro superior izquierdo generado en accidente de trabajo, ocurrido el 24 de septiembre de 2002, cuando operaba un cargador de propiedad del Municipio demandado, que conllevó la pérdida de su capacidad laboral en un porcentaje de 35.40%, es decir, se encuentra limitado físicamente, situación que lo hace merecedor de la protección especial ordenada por la Constitución.

A su turno, la entidad demandada sostiene que el retiro del servicio del actor estuvo motivado, no en su limitación física o discapacidad como lo señaló el a quo en la sentencia materia de inconformidad, sino en la supresión del empleo de conductor mecánico que desempeñaba y como consecuencia de la modificación de la estructura orgánica de la entidad, que se puso en marcha con la expedición del Decreto 108 de 1 de junio de 2004, utilizando para el efecto la facultad discrecional, habida consideración que el demandante fue nombrado para desempeñar el empleo en provisionalidad.

Al no estar motivado el retiro del actor en su disminución física, no se requería para su desvinculación la autorización previa por parte del Ministerio de la Protección Social y tampoco le son aplicables las normas sobre “retén social”, por cuanto la Ley 790 de 2002 circunscribió su aplicación a los empleados del orden nacional.

Sobre este tópico las pruebas arrimadas al proceso, dan cuenta de las siguientes situaciones:

- Por Decreto 167 de 16 de abril de 1998 (fl.138 c.p.), el actor fue nombrado en provisionalidad para desempeñar el empleo de “Motorista” del cual tomó posesión el 20 de abril de ese año (fl.142 c.p.).

- Mediante el Decreto 067 de 1 de julio de 1998 (fls. 178 a 194 c.p.) el demandante fue incorporado en la nueva planta de personal para desempeñar el empleo de “Motorista”.

- Según Decreto 072 de 5 de junio de 2002 (fl. 283 c.p.), el actor fue nombrado en provisionalidad para desempeñar el cargo de “Conductor Mecánico, Grado 3”.

- Informe Individual de Accidentes de Trabajo (fls.300 a 302 c.p.), de fecha 24 de septiembre de 2002, donde el Señor Alcalde del municipio de Pradera reporta a la Administradora de Riesgos Profesional “COLMENA” el accidente de trabajo ocurrido al actor al realizar actividades de mantenimiento a un cargador de propiedad del Municipio.

- Copia de la historia clínica del paciente Rodrigo Díaz Bedoya (fls.357 a 434 c.p.), expedida por la Fundación Clínica Valle de Lili, que da cuenta de las lesiones sufridas, donde se destacan los procedimientos adelantados desde su ingreso el día 24 de septiembre de 2002. Allí se hace mención al accidente de trabajo, así: “Paciente que estando hoy remontando una llanta se le suelta el aro contenedor recibiendo trauma en miembros y cara”. Respecto de las lesiones sufridas señala: “Luxfractura de galeacia antebrazo izquierdo, fractura de estiloides radial y ulnar de la muñeca derecha, fractura del cóndilo de la rama derecha del maxilar”

- Comunicación 004175 de 16 de abril de 2003 (fl. 313 a 321 c.p.), donde la Administradora de Riesgos Profesionales Colmena, remite al Alcalde Municipal de

Pradera, el informe de análisis del puesto de trabajo del actor y donde plasma recomendaciones para su reubicación.

- Resolución No. 064 de 29 de mayo de 2003 (fl. 324 c.p.), mediante la cual dispuso que el actor conformara el grupo interno en el archivo general, atendiendo las sugerencias de la Administradora de Riesgos Profesionales “Colmena”.

- Certificado de fecha 9 de octubre de 2003 (fl. 2 c.p.), de la Junta de Calificación de Invalidez Regional Valle del Cauca, que establece la pérdida de la capacidad laboral del actor en un porcentaje de 35.40% originada en accidente de trabajo.

- Resolución No. 153 de octubre 24 de 2003 (fl. 336 c.p.), mediante la cual asigna funciones al actor como Coordinador de Archivo y Correspondencia.

- Resolución No. 002 de enero 13 de 2004 (fl. 350 c.p.), por la cual le asigna funciones al actor como guardián de la cárcel municipal.

- Comunicación 02567 de 1 de marzo de 2004 (fls. 85 a 93 c.p.), donde la Administradora de Riesgos Profesionales Colmena, remite al Departamento de Recursos Humanos el informe de la visita al puesto de trabajo del actor “cárcel” y solicita su reubicación.

- Decreto 111 de 4 de junio de 2004 (fls. 4 y 5 c.p.), expedido por el Alcalde Municipal de Pradera, por el cual se declara insubsistente el nombramiento del actor del cargo de conductor mecánico.

- Oficio No. ODA – 249 de 14 de julio de 2004 (fl. 6 c.p.), mediante el cual el Alcalde Municipal de Pradera, manifiesta al actor que contra la Resolución de insubsistencia no proceden recursos.

- Copia del Decreto 108 de junio 1 de 2004 (fls. 532 y s.s. c.p.), por el cual se modifica la estructura orgánica de la Administración Central del Municipio de Pradera, la organización interna, se establecen las funciones de sus dependencias y se fija la nueva escala salarial.

- Copia del Decreto 109 de junio 2 de 2004 (fls. 568 y s.s. c.p.), por el cual se establece la planta de personal de la administración Central del Municipio de Pradera.

- Comunicación de fecha 31 de diciembre de 2003 (fl. 347 c.p.), donde el Profesional Universitario de Recursos Humanos le pone en conocimiento al Señor Alcalde Municipal de Pradera, los casos específicos de la señora Elizabeth Romo Ortega y señor Rodrigo Díaz Bedoya, a efecto de que sean tenidos en cuenta con motivo de la reforma administrativa que se implemente, y debido a la situación particular que afrontan por su discapacidad y que les cobija por ese hecho un tratamiento distinto de conformidad con la Ley 790 de 2002.

- Copia de la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Pradera (fls. 435 y s.s. c.p.), que amparó los derechos del actor transitoriamente, y dispuso su reintegro para desempeñar funciones de mensajero.

Establecido lo anterior, es decir, que el actor tiene una limitación física y que su cargo fue suprimido, se tiene lo siguiente:

Nuestro ordenamiento jurídico protege a los limitados físicos de manera especial, pues de conformidad con el artículo 13 superior, el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Igualmente, conforme al canon 47 *Ibidem*, debe adelantar políticas de prevención, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.

En concordancia con lo anterior, el Legislador ha contemplado beneficios en favor de algunos sectores vulnerables de la población, dada su particular condición física o laboral, brindándoles una protección especial de estabilidad en sus empleos, por citar algunas: la Ley 361 de 1997, la Ley 790 de 2002, reglamentada esta última por el Decreto 190 de 2003.

La Sala no puede perder de vista que el Municipio demandado fue objeto de una reestructuración, y para ello expidió los Decretos 108 y 109 de junio 1 y 2 de 2004 (fls. 532 y s.s. c.p.), con los cuales modificó su estructura orgánica, estableció las funciones de sus dependencias, fijó la nueva escala salarial, y estableció su nueva planta de personal.

Al actor, por esos días, se le declara insubsistente su nombramiento del cargo de conductor mecánico, mediante el Decreto 111 de 4 de junio de 2004 (fls. 4 y 5 c.p.), sin atender al hecho de que presentaba una limitación física o discapacidad, que según el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez Regional Valle del Cauca (fl. 2 c.p.), le generó una pérdida de su capacidad laboral en un 35.40%, originada en accidente de trabajo.

En este sentido, era obligación del Alcalde del municipio de Pradera, dar cabal cumplimiento, además de los preceptos Constitucionales en cita, a lo establecido en las siguientes disposiciones:

Ley 790 de 2002, que señala:

ARTÍCULO 12. PROTECCIÓN ESPECIAL. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley.

Decreto 190 de 2003, que dispone:

ARTÍCULO 12. DESTINATARIOS. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública no podrán ser retirados del servicio las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental,

visual o auditiva, y los servidores que cumplan la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez, en el término de tres (3) años, según las definiciones establecidas en el artículo 1º del presente decreto.

Las anteriores normas, afirma la entidad demandada, resultan inaplicables al sub iudice, simplemente porque fueron concebidas como protección especial para los empleados vinculados a las entidades pertenecientes a la rama ejecutiva del orden nacional.

Contrario a lo expuesto por la Entidad demandada, estima la Sala, que tanto la Ley 790 de 2002 como el Decreto 190 de 2003, establecieron una protección especial para un determinado grupo de personas vinculadas al sector público que pudieran resultar afectadas con los procesos de reestructuración, esto es, a las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva y a los servidores que, en el término de tres años contados a partir de la promulgación de la citada Ley, cumplieran con la totalidad de los requisitos (edad y tiempo de servicio) para disfrutar de la pensión de jubilación o de vejez, protección que cubre incluso a quienes no están inscritos en el escalafón de la carrera administrativa.

Lo anterior no significa que los empleados de carrera administrativa tengan menos derechos que aquellos a quienes beneficia el retén social, pues por mandato de la Ley, en los procesos de reestructuración quienes ostentan derechos de carrera administrativa tienen derecho preferente para ser incorporados en cargos iguales o equivalentes a los que desempeñaban. Quienes se encuentran en retén social y no estén inscritos en el escalafón de la carrera administrativa, también están amparados para mantener su estabilidad laboral y continuar en la nueva planta de personal en empleos iguales o equivalentes, aspecto que debe tenerse en cuenta al momento de realizar los estudios técnicos correspondientes.

En consecuencia, el denominado “retén social” no se circunscribe en su aplicación a los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional sino, por derecho a la igualdad, a la generalidad de servidores públicos,

esto es, a los miembros de las Corporaciones Públicas, a los empleados públicos de todos los órdenes y a los trabajadores oficiales.¹

Así lo ha definido la Corte Constitucional, al expresar:

“3.2 Es necesario aclarar el alcance de la expresión servidor público que utiliza la norma anteriormente reseñada. Así pues, debe señalarse que, tal y como lo expuso esta Corporación en la sentencia C-484 de 1995, la Constitución de 1991, recogiendo los antecedentes legislativos y no de modo exhaustivo, clasificó a los servidores públicos del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios en (i) miembros de las corporaciones públicas; (ii) empleados públicos; y (iii) trabajadores oficiales, asignándole a cada una de estas categorías ciertas características como la vinculación legal y reglamentaria y el régimen de carrera en el caso de los empleados públicos y la posibilidad de establecer un régimen de prestaciones sociales mínimas en el caso de los trabajadores oficiales (artículos 122, 123, 125 y 150, numeral 19, literal f). Así pues, es necesario concluir que la expresión servidor público utilizada en el artículo 13 de la Ley 790 de 2002 cobija por igual a los miembros de las corporaciones públicas; a empleados públicos y a los trabajadores oficiales.”

Al quedar probado que el Municipio de Pradera adelantó un proceso de reestructuración, como se precisó en párrafos anteriores, que tuvo lugar por la época de la expedición de los actos acusados cuando el actor presentaba una discapacidad que le implicó una disminución de su capacidad laboral en un 35.40% originada en un accidente de trabajo al servicio de la entidad demandada, estaba obligado a aplicar en su integridad los artículos 12 de la Ley 790 de 2002 y Decreto 190 de 2003, como bien lo advirtió con antelación el profesional de Recursos Humanos al Alcalde Municipal (fl. 347 c.p.).

En esas condiciones, la Sala llega a la convicción incontrovertible que los actos de insubsistencia acusados, infringieron los artículos 12 de la Ley 790 de 2002 y

¹ Ver Sentencias T-232 de 2006 y T-768 de 2005.

Decreto 190 de 2003, configurándose así la causal de nulidad de los actos acusados.

En conclusión, la presunción de legalidad que ampara los actos de insubsistencia fue desvirtuada en el curso del proceso, motivo por el cual la Sala comparte la decisión de primera instancia que accedió a las súplicas de la demanda, pero adicionará el numeral tercero de la parte resolutive de la decisión, ordenando el reintegro del actor a un cargo igual o de superior categoría al que desempeñaba donde pueda desempeñar funciones con su limitación física.

Por último, no entiende la Sala cómo, si se había ordenado la reubicación del actor a causa de su limitación, fue retirado por supresión del cargo que ocupaba antes del accidente que le produjo la incapacidad.

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

PRIMERO.- CONFÍRMANSE los numerales 1, 2, 4 y 5 de la parte resolutive de la sentencia proferida el 2 de noviembre de 2007 por el Tribunal Administrativo del Valle de Cauca, dentro del proceso promovido por RODRIGO DÍAZ BEDOYA que accedió a las súplicas de la demanda.

SEGUNDO.- ADICIÓNASE el numeral 3 de la parte resolutive de la sentencia, el cual quedará de la siguiente forma:

3. Ordenar como consecuencia al Municipio de Pradera – Valle del Cauca a reintegrar al señor RODRIGO DÍAZ BEDOYA a un cargo igual o de superior categoría al que desempeñaba y en el que de acuerdo con los conceptos reiterados de la Administradora de Riesgos Profesionales pueda desempeñar funciones con su limitación física, y a reconocerle y pagarle los salarios y prestaciones dejados de percibir desde su desvinculación hasta cuando se haga efectivo el reintegro, sin solución de continuidad, ajustando su valor en los términos del artículo 178 del CCA, hasta la ejecutoria de esta providencia según la siguiente formula:

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

Donde el valor (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), 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.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLIQUESE y ejecutoriada, DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen.

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

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO