

“El problema jurídico por resolver

Consiste en decidir si procede el reintegro del demandante, (P), al empleo de Profesional Universitario, Código 340, Código 01, en la Contraloría Distrital de Bogotá.

Para ello deberá decidirse sobre las solicitudes de inaplicación del Acuerdo 25 de 26 de abril de 2001, por medio del cual se suprimió la Planta Global de Personal de la Contraloría Distrital de Bogotá, y de nulidad del Oficio No. G. 1900-861 de 17 de mayo de 2001, expedido por el Contralor Distrital de Bogotá, por el cual se le informó al actor que el empleo por él desempeñando se suprimió mediante Acuerdo 25 de 2001.

Hechos probados

...

Cuestión previa

El demandante solicitó la inaplicación del Acuerdo 025 de 26 de abril de 2001 y la nulidad del oficio por medio del cual se le informó la supresión de su empleo. Sobre la naturaleza de los actos demandados y la pertinencia de su impugnación la Sala de la Sección Segunda del Consejo de Estado tuvo oportunidad de pronunciarse en sentencia de 8 de marzo de 2007, dentro del expediente radicado al No. interno 4854- 2005, Consejero ponente Alejandro Ordóñez Maldonado, oportunidad en la que expresó lo siguiente:

En estricto rigor procesal y respecto de los cargos formulados por la supresión del cargo debió solicitarse la pretensión anulatoria del Acuerdo 025 de 26 de abril de 2001, proferido por el Concejo Distrital de Bogotá, aspecto que al examinar las pretensiones fue omitido. No obstante, el escollo aludido puede considerarse superado, en aras de hacer prevalecer el derecho al acceso a la administración de justicia, con la petición de inaplicación que se formuló, porque ella surte para el caso los mismos efectos de la declaración de nulidad pues logra que, con efectos inter partes, vale decir, única y exclusivamente para el asunto particular y subjetivo que se estudia, desaparezca la presunción de legalidad de la decisión, en el evento de comprobarse la existencia de algún vicio de legalidad en su expedición.

Análisis de la Sala

Considera el actor que con la expedición del Acuerdo 025 de 26 de abril de 2001 se incurrió en desviación de poder por cuanto las funciones de Profesional Universitario, Código 340, Grado 01, que venía desarrollando en la entidad demandada, se siguen cumpliendo por empleados que no gozan de la idoneidad requerida para desempeñarlas. En el mismo sentido, el hecho de no ser incorporado a la nueva planta de personal de la entidad demandada desconoció los derechos de carrera que le asistían por encontrarse inscrito en el escalafón de carrera administrativa desde el 26 de diciembre de 1997.

Sobre estas razones expresa la Sala:

El inciso 1 del artículo 209 de la Constitución estableció el fin y los principios con apego a los cuales se debe cumplir la función administrativa.

“Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”

“(.....). “.

De acuerdo con esta norma, la función administrativa se debe ejercer consultando el bien común; esto es, persiguiendo objetivos que van más allá del interés particular del titular de la función, que se encuentran consignados en la Constitución Política y en la Ley, en especial en el artículo 2 de la Carta Política:

“Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.”

“(.....).”.

La importancia de estos fines respecto del ejercicio de la función administrativa consiste en que son criterios que deben guiar la actuación de las autoridades, de manera que el ejercicio de sus competencias se avenga con los propósitos del Estado Social de Derecho.

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

En este sentido la decisión de retirar a un empleado de la planta de cargos, como consecuencia de una supresión, ocurre porque el empleo específico fue suprimido por el acto general, lo que se debe entender cuando la cantidad de cargos desaparece, o porque en la nueva planta de personal no subsisten cargos con funciones iguales o equivalentes a los cuales pueda incorporarse el funcionario. Al respecto la Sección Segunda de esta Corporación ha señalado¹:

“Por ello la planta de personal de una entidad puede estipular cargos de igual denominación que no obstante serán diferentes empleos cuando el manual específico les asigne funciones, requisitos y/o responsabilidades distintas; y la supresión del empleo no ocurrirá cuando subsistan en la planta de la entidad igual o superior número de cargos de la misma o distinta denominación, cuando las funciones asignadas, los requisitos y la responsabilidad inherente a dichas funciones sea idéntica. Por el contrario, si el número de cargos se reduce en las mismas condiciones, habrá ocurrido una real supresión de empleos.”.

Estima el actor que con la supresión del cargo que venía desempeñando en la entidad demandada se le desconocieron sus derechos de carrera. Al respecto observa la Sala que las normas sobre carrera administrativa reconocen el derecho de los empleados inscritos en el sistema de la carrera a ser incorporados en los cargos que se mantienen en la nueva planta, bajo determinadas condiciones, o, en su defecto, podrán optar por una indemnización en los términos y condiciones que establezca el Gobierno Nacional.

En el presente caso al actor, mediante el oficio No. 1900-861 de 17 de mayo de 2001 se le informó sobre su derecho a optar entre la incorporación a un empleo equivalente al que venía desempeñando o recibir indemnización, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 39 de la Ley 443 de 1998 y 137 del Decreto 1572 del mismo año.

Bajo este supuesto se debe entender que la administración, por razones de interés general ligadas a la eficacia y eficiencia de la función pública, puede suprimir determinados cargos en la medida en que ello contribuya al cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho. Por consiguiente, cuando existan motivos de interés general que justifiquen la

¹ Sentencia de 6 de julio de 2006, Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero.

supresión de cargos en una entidad pública es legítimo que el Estado lo haga, sin que puedan oponérsele los derechos de carrera de los funcionarios ya que estos deberán ceder ante el interés general, tal como lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia T-374 de 2000, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis:

“Igualmente, no hay duda de que la pertenencia a la carrera administrativa implica para los empleados escalafonados en ella la estabilidad en el empleo, sin embargo, esa sola circunstancia no obliga al Estado a mantener los cargos que estos ocupan, por siempre y para siempre, pues pueden existir razones y situaciones que justifiquen la supresión de los mismos. La estabilidad, como tantas veces se ha dicho, "no significa que el empleado sea inamovible.”.

Considera el recurrente, en el escrito de alzada, que dentro de la nueva planta de personal de la Contraloría Distrital de Bogotá, continúan existiendo las funciones del cargo de Profesional Universitario, Código 340, Grado 01, que en la actualidad son desempeñadas por los Profesionales Universitarios, Código 340, Grados 1 y 2, razón por la cual le asiste el derecho a ser reincorporado en cualquiera de los citados empleos.

La Sala desestimaré este argumento porque el actor no aportó copia del antiguo manual de funciones con el fin de establecer si dentro de la nueva Planta de Personal de la Contraloría Distrital de Bogotá subsisten las funciones de Profesional Universitario, Código 340, Grado 01. La circunstancia de que dentro de la nueva planta de personal de la Contraloría Distrital de Bogotá, subsista un número de empleos con igual denominación al que venía desempeñando el accionante, Profesional Universitario, Código 340, Grado 01, por sí sola no le confiere al actor el derecho a ser reincorporado a la nueva planta de personal por lo que debió probar la equivalencia de las funciones de los empleos.

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

Por esta razón, si la pretensión del actor era la de ser incorporado en razón a su situación de escalafonamiento debió demostrar que tenía mejor derecho del que amparó a aquellos que fueron incorporados en los cargos que quedaron, luego de la expedición de la nueva planta de personal. En efecto, señala en el recurso de apelación, que personas con menor derecho fueron incorporadas a la nueva planta pero no indica quiénes ni acompaña los medios de prueba de los cuales se pueda derivar que tal circunstancia es cierta y que, por ello, su derecho debió prevalecer sobre el de los demás.

La Sala ha reconocido el mejor derecho como criterio para acceder a las pretensiones en casos similares al presente el cual consiste en que la persona o personas incorporadas por ejemplo, no se encontraban inscritas en carrera o no cumplían los requisitos para el empleo. Empero, en tales circunstancias le corresponde al demandante probar el supuesto de hecho aludido, es decir, que la persona o personas incorporadas en la nueva planta de personal ostentaban un derecho inferior al suyo. Con el fin de satisfacer tal exigencia el demandante debió arrimar al expediente las hojas de vida o certificaciones expedidas por la entidad en tal sentido y en relación con cada una de las personas respecto de las cuales se planteó el cargo. Obran en el expediente, en los cuadernos 4, 5 y 6, copias de las calificaciones de servicios de algunos Profesionales 340, 01, es decir, de personas que ocupaban el mismo empleo del actor y que habrían sido incorporadas en la nueva planta de personal, empero no se cuenta con los

demás elementos centrales de las hojas de vida necesarios para hacer un cotejo adecuado de los méritos del actor frente a aquellos que habrían usurpado su mejor derecho. Como se ha señalado en decisiones anteriores no basta con una afirmación genérica de que personas con inferior derecho fueron incorporadas si no se indica quiénes, en concreto, habrían vulnerado su mejor derecho y se demuestra, por los medios idóneos, que esos empleados desplazaron injustificadamente al demandante. En consecuencia, el actor no cumplió con la carga probatoria establecida y, por ello, deben desestimarse sus argumentos.

Aduce, además, el actor la vulneración del fuero sindical pues, tratándose de empleados que se encuentran amparados por fuero, es necesario que antes de la supresión de cargos se levante la respectiva protección, tal como lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia T-731 de 5 de julio de 2001.

Agrega que el empleo del actor no podía suprimirse sin que previamente se levantara el fuero que lo amparaba, como lo disponen los Códigos Sustantivo y Procesal del Trabajo. Por ello la reestructuración de la Contraloría se produjo en forma irregular, vulnerando los derechos de audiencia y de defensa del demandante y del sindicato ya que no pudieron demostrar la ausencia de necesidad para suprimir el empleo.

Estima esta Sala del Consejo de Estado, Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, que la supresión de un cargo por parte de la administración debe obedecer a razones relacionadas con el servicio. La circunstancia de que el empleado que lo desempeñe esté aforado no impide la supresión del cargo.

El artículo 39, inciso 4, de la Constitución reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión. Sin embargo el fuero sindical no es una garantía absoluta, puede restringirse en función de la existencia de otros intereses jurídicos como el de lograr la adecuada prestación del servicio. Tampoco es una garantía establecida en función del aforado sino de los intereses que representa.

El Decreto 1572 de 1998, artículo 147, dispone:

“Artículo 147.- Para el retiro del servicio de empleado de carrera con fuero sindical, por cualquiera de las causales contempladas en la ley, debe previamente obtenerse la autorización judicial correspondiente.”.

Según esta norma para que proceda el retiro del servicio de un empleado de carrera con fuero sindical, por cualquiera de las causales contempladas en la ley, debe obtenerse previamente la autorización judicial correspondiente. Esta autorización busca constatar que el retiro no haya obedecido a razones vinculadas con el desarrollo de su actividad sindical.

En el presente caso se advierte que la administración cumplió con la exigencia de ley al mantener en el empleo al actor mientras definía el asunto referente al fuero sindical, así se observa en el oficio No. 1900-861 de 17 de mayo de 2001:

“(…) teniendo en cuenta que en el momento goza de Fuero Sindical, su desvinculación de la entidad se hará efectiva cuando judicialmente sea levantado su Fuero y se obtenga la respectiva autorización o cuando termine la garantía del fuero sindical según disposición legal (…).”.

Posteriormente, mediante Oficio No. 17000-4001 de 18 de septiembre de 2001, la Contraloría Distrital de Bogotá le informó al actor que, a partir del 24 de septiembre de 2001, quedaba retirado efectivamente del servicio, así se advierte en la citada comunicación:

“(…) En cumplimiento de lo previsto en el artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 57 de la Ley 50 de 1990 y modificado por el artículo 12 de la Ley 584 de 2000, y teniendo en cuenta que la organización sindical a la que usted pertenece en calidad de fundador o adherente fue constituida el 27 de marzo de 2001, y obtuvo el Registro Sindical No. 0030 el 24 de julio de 2001, me permito comunicarle que a partir del día

veinticuatro (24) de septiembre de 2001 queda retirado efectivamente del servicio, sin perjuicio de las prerrogativas previstas en el artículo 39 de la Ley 443 de 1998, si a ello hubiere lugar, por haberse extinguido su fuero sindical por disposición de la citada norma legal, en concordancia con lo previsto en el artículo 59 del Código de Régimen Político y Municipal (...).”.

En consecuencia, la Contraloría Distrital de Bogotá cumplió con las exigencias impuestas por la Ley en cuanto al retiro del personal aforado por supresión del empleo, al dar aplicación a los literales a y b del artículo 12 de la Ley 584 de 2000.

Sostiene el recurrente que el levantamiento del fuero sindical debe ser previo a la supresión del empleo ya que la protección que deviene del mismo se predica de la organización sindical y no del particular que detenta el cargo directivo. Es el sindicato, agrega, el que, principalmente, tiene el derecho de oponerse a la medida mientras que el interés jurídico del particular es el de permanecer en su empleo, efecto secundario que guarda relación con el fuero, es decir, el fuero sindical es un amparo objetivo que se predica del sindicato y tiene a su vez una manifestación subjetiva, que se concreta en la protección del individuo.

Si bien la Sala comparte el criterio expresado por el apelante sobre la circunstancia de que el fuero ha sido concebido principalmente en función del sindicato, desestimaré el argumento expresado por cuanto el fuero de fundador o adherente del actor se respetó en la medida en que su retiro del servicio se produjo sólo luego de que cesaran los efectos del amparo al que se ha hecho referencia.

Como argumento adicional de carácter legal debe indicarse que obra en el plenario amplio y suficiente material probatorio que avala la tesis de que no hubo desviación de poder o falsa motivación en los actos de retiro pues la determinación de suprimir el empleo tuvo origen en la decisión de reestructurar la entidad y asegurarle condiciones financieras adecuadas. En efecto, obra en el expediente copia del estudio técnico para el mejoramiento en la calidad de los servicios prestados y la racionalización de los costos operativos, en el cual se señala como motivación:

“En primer término, como es bien sabido, merced a la racionalización y austeridad del gasto público, se ordenó reducir presupuestalmente los gastos de la Contraloría, D.C., de lo cual se deriva que la planta de personal habrá de tener reducciones equivalentes a la suma recortada. De suyo la organización interna no podría quedar intacta, toda vez que para que la planta de personal resulte funcional, las dependencias deben marcar las funciones trazadoras de los grupos de empleos que se requieren (...).

En segundo lugar, las funciones de la Contraloría de Bogotá, D.C., en varias de sus dependencias, deben ser armonizadas con los nuevos desarrollos legales y jurisprudenciales. Frente a los desarrollos legales vale la pena subrayar la expedición de la Ley 610 de 2000 que regula lo pertinente al proceso de responsabilidad fiscal, sin duda aspecto crucial del marco de actuación del ente fiscalizador Distrital. La sola expedición de esta norma, implica desde ya la necesidad de dar un vuelco a la organización vigente.

En tercer lugar la organización actual de la Contraloría de Bogotá es arcaica en muchos sentidos. Su jerarquización excesiva no solamente contradice los preceptos de la Administración Moderna, basada en estructuras planas y flexibles, sino que además expresa una visión del control y la vigilancia fiscal compartimentalizada. (...).”.

Obra también el concepto técnico favorable No. 014339, emitido por el Departamento Administrativo del Servicio Civil de Bogotá, que se refiere al proceso de reestructuración de la planta de personal de la Contraloría Distrital de Bogotá en los siguientes términos:

“(…)La propuesta de modificación de la Planta de personal se fundamenta en razones de modernización de la entidad y conforme a lo dispuesto por el artículo 41 de la Ley 443 de 1998, desarrollado por los Decretos 1572 y 2504 del mismo año, la Contraloría de Bogotá D.C., adelantó un estudio técnico basado en una metodología de diseño organizacional y ocupacional que contempló básicamente el análisis de los procesos técnicos misionales y de apoyo así como la evaluación de las funciones asignadas a los empleos, perfiles y cargas de trabajo.

De acuerdo con el análisis efectuado, el estudio técnico justifica debidamente la supresión y creación de cargos propuestos en la nueva planta de personal. Así mismo la planta propuesta se encuentra acorde con la estructura organizacional presentada por la entidad y se halla ajustada a las denominaciones y códigos previstos en el Decreto 1569 de 1998.”.

De acuerdo con lo señalado, la supresión del empleo del demandante obedeció a razones de índole técnica no al capricho o decisión arbitraria de la entidad. Ésta pasaba por una crisis financiera muy profunda y una de las formas de adecuar la institución a la nueva dinámica que se impone para los organismos de control consistía en introducir una reforma sustancial a la planta de personal, la que implicó suprimir empleos. Esta dinámica, a la que se vio impelida la entidad, persiguió su adaptación a las nuevas condiciones en que se desenvuelve el ejercicio del control fiscal en el país y, por lo tanto, respondió a motivos de índole institucional y de mejora del servicio, no a persecución del actor o a la promoción de actos ilegales de retiro.

El demandante señaló como causal de nulidad de los actos acusados que el Acuerdo 25 de 26 de abril de 2001, por el cual se suprime la planta de personal de la Contraloría Distrital de Bogotá, fue expedido sin que previamente se hubiera adoptado por parte de la entidad accionada el Manual de funciones y requisitos.

En estos casos la Sección Segunda de esta Corporación² ha señalado que el hecho de que el Manual de funciones se haya expedido con posterioridad a la supresión del cargo no afecta el acto de retiro por tratarse de actuación posterior que no compromete la validez del acto demandado.

La Sala desestimaré el argumento del actor según el cual dentro de la nueva planta se vinculó a empleados no inscritos en el escalafón de carrera, en razón a que la Contraloría Distrital de Bogotá estableció unos criterios de incorporación a la nueva planta de personal, entre los cuales no figuran los nombramientos provisionales. Por el contrario, se observa que la circunstancia de encontrarse vinculado con carácter provisional se encuentra enmarcada dentro de los denominados criterios de exclusión, por lo que el cargo elevado por el actor no está llamado a prosperar.

Como argumento adicional de carácter legal observa la Sala, que el perfil profesional del actor, como Licenciado en Ciencias de la Educación en la especialidad de Inglés y Francés, no se adecuaba al ejercicio de la vigilancia y control fiscal desarrollados por la Contraloría. Por ello no era pertinente ordenar la reincorporación del actor a la nueva planta de personal de la Contraloría, cuando justamente mediante el proceso de modernización del citado ente de control se buscó garantizar el adecuado ejercicio de las funciones, facultades y actividades de vigilancia y control fiscal, conferidas a la Contraloría por la Constitución Política y las Leyes.

Finalmente considera oportuno la Sala expresar que en el presente caso la entidad cumplió con su deber resarcitorio al indemnizar al actor. Ello permite concluir que la administración actuó con arreglo a las previsiones legales y con fundamento en criterios de razonabilidad,

² Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, 5 de junio de 2003, expediente con No. interno 3982–2002.

proporcionalidad y prevalencia del interés general, por lo que de los actos de retiro no surgen elementos para inferir que existieron vicios de ilegalidad.

Por las razones expresadas la Sala considera improcedente la petición de inaplicación del Acuerdo 25 de 26 de abril de 2001, expedido por el Concejo de Bogotá D.C., por lo que confirmará, en este aspecto, la decisión del Tribunal que negó las pretensiones de la demanda; empero, la revocará en cuanto negó las pretensiones respecto del oficio No. 1900-861 de 17 de mayo de 2001, por el cual se comunicó el retiro del actor, pues se trata de una mera comunicación, lo que conduce a declarar la inhibición en relación con dicho acto”.