



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

**PRINCIPIO DE ESTABILIDAD LABORAL EN LA IMPLEMENTACIÓN DE
CARRERA ADMINISTRATIVA EN COLOMBIA: Punto de inflexión, la supresión de
cargos.**

CLAUDIA MILENA CASTELLANOS AVENDAÑO

Universidad Nacional de Colombia

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

Bogotá D.C., Colombia

2013

**PRINCIPIO DE ESTABILIDAD LABORAL EN LA IMPLEMENTACIÓN DE
CARRERA ADMINISTRATIVA EN COLOMBIA: Punto de inflexión, la supresión de
cargos.**

CLAUDIA MILENA CASTELLANOS AVENDAÑO

**Tesis presentada como requisito parcial para optar por el título de Magíster en
Derecho**

Directora: Doctora DIANA DEL PILAR COLORADO ACEVEDO

**Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá D.C., Colombia**

2013

DEDICATORIA

A Dios por su fortaleza en la realización de este trabajo, a mi madre Inés, a Vlado el amor de mi vida, mi amigo y gran colega, sin su apoyo y comprensión, nada de esto sería posible.

AGRADECIMIENTOS

El pretender realizar un trabajo de grado implica dos retos fundamentales: El primero de ellos es el aportar un insumo a la academia, y el segundo es, adquirir y desarrollar fortalezas que permitan un mejor desempeño profesional, pues la excelencia deberá ser la búsqueda permanente. Auscultar en ello, permite reelaborar conceptos y no multiplicar las estructuras. Aspiraciones que se han cumplido satisfactoriamente, resultado nada fácil, pues en ocasiones se desvanecen por la desesperanza de no lograr probar lo que se delimito desde un comienzo, este avance y lo que permitió el cumplimiento de la meta, solo ha sido plausible gracias a mis profesores de la Maestría, especialmente al Doctor Marcel Silva Romero quien gracias a su invitación a DERSOCIAL para exponer mi trabajo, me permitió analizar la validez de mis planteamientos y por ende la corrección de los mismos; a la Doctora Diana Colorado por su apoyo; al Doctor Francisco Ricaurte Gómez por su guía permanente. También agradezco a mis estudiantes de pregrado, quienes con sus inquietudes me han ayudado a realizar una relectura del Derecho Laboral y Seguridad Social. De manera significativa, quiero resaltar la opinión y permanente apoyo de Lorena Ladino, Administradora pública de la ESAP.

Todos los derechos fundamentales dan forma y contenido a la “soberanía popular” y a la “voluntad popular”, la cual no puede manifestarse de manera auténtica si no puede expresarse libremente, y no puede expresarse libremente si no dispone de garantías no sólo para los derechos políticos sino también para los derechos de libertad y para los derechos sociales. En este segundo sentido, la fórmula “la soberanía popular” pertenece al pueblo” quiere decir, por tanto, que pertenece al conjunto de sus ciudadanos, es decir, a todas y cada una de las personas que componen el pueblo. Esto significa que la soberanía popular no es otra cosa que la suma de poderes y contrapoderes de todos- los derechos políticos, civiles, sociales y de libertad- que la constitución estipula como derechos fundamentales. (...)¹

¹ FERRAJOLI, Luigi. Democracia Constitucional y Derechos Fundamentales. La rigidez de la Constitución y sus garantías, en La Teoría del Derecho en el paradigma constitucional. FERRAJOLI Luigi y otros. Madrid. Editorial Fundación Coloquio Europeo. Pág. 88.

CONTENIDO

TÍTULO	Página
INTRODUCCIÓN	9
1 OBJETIVOS	10
1.1 Objetivo General	10
1.2 Objetivos Específicos	10
2 PROBLEMA	12
2.1 Justificación	12
2.2 Planteamiento del Problema	14
3 HIPÓTESIS	17
ANTECEDENTES DE TIPO DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL -	
4 ESTADO DE LA DISCUSIÓN	18
5 LA FUNCIÓN PÚBLICA	21
5.1 La metamorfosis del Estado y el cambio del interés general. Los derechos fundamentales como nuevo paradigma dentro del Estado	23
5.2 Social de Derecho. Carrera administrativa en Colombia: Principios Constitucionales y	27
6 desarrollo.	37
6.1 Libertad de configuración del legislador	43
7 PRINCIPIO DE ESTABILIDAD	46
Irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas	
7.1 laborales	53
Autonomía de la Voluntad en la Celebración de los Contratos de Trabajo	
7.2 – El Plazo Como Garantía de la Estabilidad Laboral	56
8. SUPRESIÓN DE CARGOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	61
8.1 Fundamentos teóricos	61
8.2 Marco sustantivo	67
8.3 Aspectos de procedimiento administrativo para la supresión de cargos.	76
8.3.1 Estudio técnico	76
8.3.1.1 Supresión de empleos sin observancia previa de un estudio técnico	79
8.3.1.2 Varios estudios técnicos que sostienen la necesidad de supresión	88
8.3.1.2 La Propuesta de la Entidad.	95

8.3.3	Concepto Técnico	95
8.3.4	Concepto de viabilidad presupuestal	96
8.3.5	Proceso de readaptación laboral	96
8.4	¿Qué sucede con las personas en condiciones de especial protección?	98
8.5	Falta de competencia para suprimir cargos	100
8.6	Prelación de reubicación para quien tiene derechos de carrera	103
8.7	Derecho de opción	111
9	PAPEL DEL JUEZ FRENTE A CASOS DE SUPRESIÓN	113
9.1	Papel activo del Juez	124
9.2	¿Otras jurisdicciones?	127
9.3	El juez y la discrecionalidad de la Administración	132
9.4	Aplicación del principio de estabilidad laboral en sede jurisdiccional	138
9.5	Primacía de los derechos adquiridos en carrera administrativa	154
9.6	Eficacia y eficiencia en la administración como razones justificativas para suprimir el empleo	160
9.7	El debido proceso	168
10	CONCLUSION	179
11	BIBLIOGRAFÍA	189
12	JURISPRUDENCIA	193

Resumen

La estabilidad, entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo, tiene asidero constitucional y se constituye en el principal derecho laboral de los empleados públicos de carrera, encontrando sustento en el mérito, factor determinante para el acceso al cargo. Dicho principio se contrapone con la facultad de la Administración Pública de suprimir empleos de las plantas de personal la cual, a su vez tiene su fundamento en la necesidad permanente de modernización para el cumplimiento eficiente de sus fines. En medio de esa contraposición, el Juez que analice un caso particular se encuentra facultado para intervenir disponiendo el restablecimiento del ordenamiento jurídico, cuando haya lugar, para lo cual debe tener en cuenta, los principios generales del derecho del trabajo, el análisis de cada proceso de supresión a fin de evaluar la objetividad del mismo, la competencia de los funcionarios que toman la decisión, las situaciones de especial protección, la opción por la reincorporación cuando es procedente, la realización de cada una de las exigencias legales y la carga de la prueba.

Abstract

Stability, defined as the certainty that should assist to any employee in the sense that, while his party's compliance with the conditions set by the law in relation to their performance, it can't be removed from the job, has a constitutional foothold and becomes the main labor law career public employees, finding support on merit factor in access to each charge. This principle is at odds with the power of the Public Administration to remove jobs of personal plants which, power founded on the continuing need for the efficient modernization in order to comply his purposes. In the midst of this opposition, the judge to analyze a particular case is entitled to intervene by arranging the restoration of law in appropriate cases, for which it must take into account the general principles of labor law, the analysis of each process suppression to evaluate the objectivity of the same, the competence of the officials who make the decision, special protection situations, the option for reinstatement when appropriate, the performance of each of the legal requirements and the burden of proof.

INTRODUCCIÓN

La carta política de nuestro país consagra la estabilidad como uno de aquellos principios mínimos que deben integrar los derechos irrenunciables de los trabajadores. Por encima de esa jerarquía normativa se encuentra el trabajo como un valor fundante del Estado, como el sustrato de la existencia misma de las instituciones, como parte del preámbulo mismo de la carta política asumiendo la doble acepción de valor y principio².

La protección al trabajo, resulta anodina si deja de lado el trabajo asalariado o si, considerándolo, omite establecer reglas que efectivicen una estabilidad mínima a favor de aquellos que eligen o les corresponde vender su fuerza de trabajo de manera subordinada.

En este escrito se limita el estudio de la estabilidad y de las reglas mínimas que la preservan, a aquella que beneficia a los empleados públicos que acceden a su cargo a través del sistema de mérito, situándonos en el evento específico de la supresión de cargos.

Para esos efectos se planteará de manera inicial el problema que suscita la presente investigación con unas hipótesis de trabajo y objetivos. Se hará un recorrido acerca del estado de la discusión en la materia a fin de establecer los alcances de los pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales con miras a dar respuesta al problema propuesto.

Se abordará el estudio teórico a través del análisis del concepto de función pública y fines del Estado con énfasis en la estructura orgánica del Estado colombiano, se definirá así mismo la estabilidad como principio, la forma en que se da la supresión de cargos y la posibilidad de aplicación de principios constitucionales en sede jurisdiccional.

² Ver distinción valores – principios entre otros textos constitucionales: SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ALFREDO BELTRAN SIERRA A LA SENTENCIA C-370 DE 18 DE MAYO DE 2006. (Expediente D-6032)

1. OBJETIVOS

1.1 Objetivo General

Demostrar, la contradicción existente entre las facultades conferidas por la Constitución al ejecutivo para terminar empleos de la administración pública a través de supresión de cargos con el principio de estabilidad, también de consagración constitucional, señalando que el papel del Juez a través del análisis de cada caso concreto en que la facultad sea empleada, resulta fundamental para definir las condiciones en las que procede la protección de del derecho o la afirmación de la potestad constitucional, a petición de la parte interesada a través de un proceso judicial.

1.2. Objetivos Específicos

La tesis se dedica a demostrar la contradicción antes señalada y a proponer alternativas para lo cual deberá:

- A. Elaborar un análisis de la función pública a través de las normas vigentes en Colombia a efectos de ilustrar aquellos parámetros que dan lugar a la existencia de la carrera administrativa y el propósito del principio de estabilidad.
- B. Definir la carrera administrativa, a partir de las consagraciones normativas existentes en el ordenamiento nacional y el Derecho Comparado, haciendo énfasis en la importancia para el funcionamiento del Estado y el cumplimiento de sus fines.
- C. Abordar la aplicabilidad del principio de estabilidad, delimitando su textura abierta al campo específico de las relaciones de los empleados con los entes de la administración nacional para concluir en su relevancia y condición de orden público.
- D. Describir la facultad de supresión de cargos adscrita por el constituyente al poder ejecutivo, y establecida como una de las causales posibles de desvinculación de los servidores públicos, a fin de explicar en detalle los requisitos que, de acuerdo a la regulación especial, se tienen para llevar a cabo dicho tipo de procesos y las falencias en que cada reestructuración, marco de las supresiones puede llegar a tener.
- E. Señalar criterios relevantes de carácter legal, doctrinal y jurisprudencial que, armonizados con el principio de estabilidad y sin dejar de lado la jerarquía constitucional de la facultad de supresión de cargos radicada en el ejecutivo, puedan ser utilizados por el Juez que conoce de cada caso particular para definir

la controversia a través de una decisión suficientemente motivada y que, lo más importante, consulte los postulados de la justicia.

- F. Exponer los criterios que se extraen de la interpretación constitucional que permiten romper la presunción de legalidad de los actos administrativos, en éste caso los que dan por terminada una vinculación con el Estado a partir de un proceso de supresión administrativa.

2. PROBLEMA

2.1 Justificación

Con el presente trabajo de grado se realiza un estudio minucioso del principio de estabilidad en el empleo del que, por mandato constitucional, son beneficiarios todos los empleados y trabajadores con vínculo dependiente. Para efectos de esta investigación se referirá a aquellos que han accedido a un cargo de la administración pública a través del sistema de carrera, este trabajador está en dos dimensiones, la primera, que apunta a una persona que merece toda la protección del Estado de conformidad con el Artículo 25 de la Carta Política, y la segunda, la protección de una persona que accede a un cargo público mediante el mérito, ostentando a partir del mismo proceso un legítimo derecho adquirido susceptible de toda la protección de las instituciones creadas a partir de la Constitución.

También se hace mención a la ausencia total y absoluta de participación por parte de los trabajadores del Estado en estos procesos de supresión o modernización del Estado, situación que desconoce los postulados y preceptos de la OIT que determinan una conducta activa en estas situaciones, e incluso el diálogo social, desde mucho antes, esto es, en el planteamiento de parámetros de eficiencia y mejora de los servicios públicos lo cual revela un serio inconveniente, pues el trabajador no conoce los criterios que tuvo la administración para adoptar esa decisión de suprimir su cargo, este vacío o mejor, está falta de participación por parte de los interesados, a la postre influye en las estadísticas de la congestión judicial en temas como los que concitan la atención, en cuanto ni siquiera ellos tienen el conocimiento de lo que realmente influyó en el Estado empleador para adoptar las decisiones de las que se predica la vulneración del principio de estabilidad laboral, convirtiéndose el proceso judicial en el primer escenario de interacción.

La función pública en general, es decir el conjunto de actividades realizadas por los diferentes entes y personas que integran la estructura del Estado, ha tomado diferentes matices. Desde épocas primigenias del surgimiento del Estado, el ejercicio de un cargo público ha significado una posición privilegiada en la sociedad, hasta el punto de destacarse momentos de la historia en que, los cargos públicos, han sido objeto de intercambio a través de compraventa del derecho a ejercerlos³.

De cualquier manera, persiste la tendencia de los gobernantes de rodearse de personas cercanas que garanticen un ejercicio del poder con el menor riesgo de roce a su interior, “gobernar con los amigos”, ya sea como forma de pagar algún tipo de favores políticos

³CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (2001). *El empleo público: entre estatuto funcionarial y contrato laboral*. Michigan: Marcial Pons, p 44.

relacionados con el acceso al cargo mismo o como estrategia para la realización de los propósitos de todo orden.

Luego de las revoluciones burguesas de finales del siglo XVIII se trató de eliminar al máximo el sistema de privilegios de una clase determinada y, con la difusión del principio universal de la igualdad, se llegó a la conclusión que ningún factor, distinto al del mérito personal, debería impedir que cualquier persona pudiera ejercer los cargos de la administración pública y del gobierno⁴.

El mismo Estado democrático creado a partir de los postulados de los ilustrados de la época permitió la reelaboración de la estructura del Estado a partir de la división de poderes lo cual, de alguna manera, significaba una distribución de cargas de la administración pública y una división del trabajo estatal⁵.

En la actualidad, considera la autora el derecho administrativo laboral, debe plantearse nuevos retos, que atiendan las tendencias del derecho del trabajo que se están gestando, por citar solo algunas: celebración de contratos de prestación de servicios como regla general, no como excepción para desempeñar funciones públicas, la contratación mediante cooperativas de trabajo asociado en casos no permitidos, trabajos por tiempo parcial según lo indica la Ley 909 de 2004, e incluso modalidades como el teletrabajo regulado en la Ley 1221 de 2008, reglamentado mediante el Decreto 884 de 2012. De lo anterior se concluye que para analizar la supresión de empleos, es imperioso enmarcar el siguiente panorama en dos aspectos fundamentales: por un lado vinculaciones laborales que se estén desarrollando en el momento de adoptar dicha decisión, es decir los funcionarios activos de la entidad encartada, situaciones en las que puede presentarse un dilema mayor cuando son sujetos de especial protección como por ejemplo estar ad portas de pensionarse, y por el otro, la creación de cargos sin las mínimas garantías ilustrado en las nuevas formas de contratación para desempeñar funciones públicas que ignoran las reales circunstancias de desarrollo de la actividad personal, subordinación y remunerada y por ende evaden el principio realidad sobre las formas contemplado en el Artículo 53 Constitucional, que en poco contribuyen en la mejora del servicio público, fuente sine qua non de fortalecimiento y desarrollo nacional.

En la misma fórmula política, que implicaba la instauración de un Estado de Derecho con vigencia del principio de legalidad, se fue forjando la idea que los cargos de la administración deberían ser parte de una organización, previamente señalada y reglada a través de leyes o normas generales e impersonales. De igual manera el acceso a esos cargos cobró una forma legal y aparecieron los llamados manuales de funciones, pues con base en el Principio de Legalidad, a los ciudadanos les estaba permitido todo aquello

⁴ OECD, "Employment in government as a percent of the labour force (2005)", *Employment in government in the perspective of the production costs of goods and services in the public domain*, OECD, 28-Jan-2008, p. 20.

⁵ *Ibidem*.

que no se prohibía de manera expresa en la ley, en tanto que al Gobierno y al Estado solo le era dable realizar actos de aquellos señalados en las leyes.

Con el avance de las sociedades democráticas se fueron perfeccionando los sistemas de carrera administrativa o similar, que tenían como puerta de ingreso a la administración un previo proceso de selección que implicaba la escogencia con base en atributos y aptitudes personales de los aspirantes⁶.

El acceso a los cargos públicos en esas condiciones daba lugar al respectivo funcionario a tener una remuneración preestablecida, posibilidades de ascenso y estabilidad.

Las reglas de acceso a los cargos públicos a través de concursos, se han dispuesto como mecanismos dirigidos a frenar las vinculaciones guiadas por el interés particular de cada nominador y procuran la restricción de prácticas inadecuadas y clientelistas al interior de las entidades buscando el ingreso de los ciudadanos más sobresalientes e impidiendo el nombramiento de personas sin las competencias y exigencias académicas o profesionales requeridas, sin la debida motivación para la realización de las tareas propias de su cargo, sin un sentido ético suficiente y sin una plena convicción sobre el adecuado manejo de los recursos públicos.

No obstante lo anterior, y la vigencia plena de las normas que establecen como obligatorio el que los empleos de la administración pública sean de carrera, salvo las excepciones legales, el esquema burocrático de muchas entidades públicas, no logra quitarse la etiqueta ante la opinión pública que lo tilda de ineficiente, amañado, arrogante y corrupto.

Por su parte, desde la perspectiva de las administraciones, tampoco se logra erradicar las costumbres clientelistas que conllevan a que las entidades estén inundadas de personas solamente hábiles en el cabildeo o el elogio a los superiores y nominadores.

2.2 Planteamiento del Problema

Paralelo a la realidad antes esbozada que la autora no pretende desconocer, rigen y cobran vigencia las reglas, constitucionales y legales, que establecen el sistema de carrera administrativa en Colombia que en esta tesis se entra a analizar.

De acuerdo a dichas reglas generales, el sistema de carrera administrativa de acuerdo con la ley, es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de

⁶ Contrastar con: ROZENBERG, Enrique M., "[Nuevas perspectivas del empleo público](http://www.legalmania.com.ar/derecho/nuevas_perspectivas_Empleo_publico.htm)", tomada de Errepar, 07/01, (2001). Se encuentra en el sitio web www.legalmania.com, consulta realizada el 16 de abril de 2012. URL: http://www.legalmania.com.ar/derecho/nuevas_perspectivas_Empleo_publico.htm

oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se realiza exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.

La carrera administrativa, en esas condiciones, garantiza la pulcritud, confianza y eficiencia por parte de los empleados al servicio del Estado.

A su vez les garantiza a dichos empleados expectativas ciertas de ascenso y estabilidad.

La estabilidad, tal como se estudiará a fondo en el desarrollo en el presente trabajo, constituye la piedra angular del conjunto de garantías con que cuenta el funcionario público de carrera y se torna en el estímulo más sobresaliente para el buen desempeño de sus tareas propias del cargo.

No obstante, y ese es el problema que plantea la investigación, la estabilidad de los empleados de carrera se ve notablemente conculcada con la facultad que tiene la administración pública de reestructurar entidades para suprimir cargos y, por lo tanto dar por terminada de manera indiscriminada la vinculación de los empleados motivada en la supresión de un cargo.

En esas condiciones el ejecutivo, a través de sus autoridades, cumpliendo un procedimiento puede, en aras de un supuesto mejoramiento o modernización, sin la existencia de un procedimiento administrativo para debatir esa situación, suprimir un conjunto de cargos públicos dejando a los empleados la remota posibilidad de una reubicación en un cargo semejante o la recurrida opción de una pírrica indemnización de acuerdo con la asignación básica mensual devengada y el tiempo de servicios prestado a la entidad, razón por la cual toma importancia el control que realice el Juez administrativo en sede judicial, actuación que no debe alejarse de los postulados de los Artículos 228 Constitucional que contempla la prevalencia del derecho sustancial, el artículo 25 que destaca el trabajo como un derecho fundamental, el 53 sobre la primacía de la realidad, y la irrenunciabilidad a los mínimos fundamentales, así como el 125 sobre la preminencia del mérito en el acceso al empleo público.

Como quiera que la facultad del ejecutivo de suprimir cargos de la administración pública es de origen Constitucional y como tal se encuentra establecida en la Carta Política y, al mismo tiempo, la estabilidad en el empleo es un principio que se deriva de la interpretación sistemática de las normas constitucionales, se encuentra un choque o una contraposición de principios en la que establecer plenamente cual de los dos derechos o normas cobra mayor relevancia en casos concretos, es una dificultad significativa, cuando no hay claridad suficiente para dicha supresión, o se configura una de las causales para impulsar el correspondiente proceso contencioso, y este el escenario en el cual se realiza la presente investigación.

El problema que sirve de punto de partida de la presente investigación puede ser resumido en la siguiente pregunta: ¿Tomando en consideración que el principio de

estabilidad en el empleo beneficia a los empleados de carrera de una manera especial y dado que dicho principio guarda estrecha conexidad con el derecho fundamental al trabajo, el derecho a la igualdad en el acceso a los cargos públicos, el mínimo vital y el salario o remuneración mínima vital y móvil, todos ellos de consagración constitucional; la potestad consagrada a favor de la administración pública, exactamente en el ejecutivo, consistente en la posibilidad de suprimir empleos de las respectivas plantas de personal a través de procesos de reestructuración administrativa y supresión de organismos y entidades, podría ser calificada como una contradicción al significar, en la práctica, la quiebra de dicha estabilidad y teniendo presente la forma reiterada que se hace uso de dicha facultad en Colombia? ¿En caso de ser afirmativa la pregunta, Cómo podría superarse dicha contradicción en casos concretos?.

3. HIPÓTESIS

Como hipótesis de trabajo se tiene que la estabilidad en el empleo es un principio constitucional con la suficiente fuerza vinculante para dejar sin efecto cualquier acto que lo conculque que no tenga relación con faltas al deber funcional, retiro por calificación insatisfactoria, el evento de alcanzar la edad de retiro forzoso o cualquier otra de las señaladas en la ley. Por esa misma vía argumentativa, la supresión de cargos resulta en una facultad exorbitante y podría contrariar los principios de división y control entre los poderes públicos, sin dejar de lado que la misma potestad desconoce los méritos de la persona que han dado lugar justamente al ingreso y ocupación de un cargo del cual se le excluye en virtud de un acto gubernamental como el que aquí se cuestiona. Sería entonces, competencia de los Jueces el declarar la invalidez de los actos correspondientes a la luz de los principios supralegales vigentes en el ordenamiento nacional u optar por la vigencia plena de las normas de rango constitucional que facilitan al poder ejecutivo para reestructurar las plantas de personal de las respectivas entidades y de esa manera suprimir los cargos que en un momento dado dejen de contribuir a la realización de los fines u objeto de la respectiva entidad o las funciones respectivas hayan sido asumidas por otra entidad o dependencia. En el evento que el Juez se vea inclinado por la segunda posibilidad fundamentaría la decisión en la necesidad constante de mejoramiento, modernización y ampliación en cuanto a su cobertura de las entidades públicas a fin de hacerse competitivas y adaptarse a los retos que plantea la economía globalizada de la que los Estados no se excluyen so pena de ver amenazada su existencia y legitimidad y en dicho entendimiento el derecho particular a la estabilidad de unos cuantos empleados cedería ante cualquier proceso que tienda a incrementar el nivel de eficiencia en la administración pública lo cual a su vez redundaría en el interés general.

En otras palabras la tensión entre estabilidad a favor de los empleados y supresión de cargos como potestad de la administración se reflejaría en el escenario judicial donde le corresponderá al funcionario decidir por uno u otro derecho estableciendo en cada caso cuál de los derechos cobra una dimensión de peso preponderante hasta el punto de hacer que el contrario ceda en su aplicación.

El presente trabajo se dedica entonces a la elaboración de los insumos argumentativos necesarios que pueden resultar útiles al Juez para llegar a la decisión que más se acerque a los postulados de la justicia y mejor se conjugue con el ordenamiento jurídico y su contexto teleológico.

4. ANTECEDENTES DE TIPO DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL - ESTADO DE LA DISCUSIÓN

Se hace un recuento en éste capítulo sobre lo que se tiene dicho a propósito de la supresión de empleos de la administración pública y el derecho a la estabilidad tanto en la doctrina como en los pronunciamientos judiciales con énfasis especial en el órgano de cierre de este tipo de conflictos, la sección segunda del Consejo de Estado de Colombia.

Uno de los tópicos abordados por la jurisprudencia, que ha dado lugar incluso a anulación de las respectivas decisiones tiene que ver con la motivación de los Actos Administrativos. La necesidad de motivación de los actos administrativos, como criterio de validez de los mismos ha tenido amplia discusión en las altas corporaciones judiciales⁷ dando lugar a un fundamento fuerte para la tesis.

Otro tipo de pronunciamientos judiciales son de tipo inhibitorio, tomando como fundamento el planteamiento de la demanda inicial que no comprende un ataque contra un acto determinado en particular, al no haber constancia cierta de la existencia del mismo o al materializarse el hecho de la desvinculación en un simple oficio de comunicación. Se hace un análisis de la obligación constitucional del Juez y el deber de pronunciamiento de fondo⁸.

En materia de supresión de empleos, la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado la importancia coyuntural que tiene la realización en debida forma, análisis y acogimiento de un estudio técnico teniendo en cuenta que las razones que motivan la supresión de cargos, se deben colegir de un documento mediante el cual, se acredite la necesidad del servicio, que sirve de causa a la decisión de la Administración de reducir los cargos de la planta de personal o modificar la estructura orgánica de la entidad. La

⁷ Se analizan entre otras: Sentencia C-371/99. MP: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO Referencia: Expediente D-2250. Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los veintiséis (26) días de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999); Sentencia T-752/03. Magistrada Ponente: Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ Referencia: expediente T-727626 Magistrada Ponente: Bogotá, D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil tres (2003); Sentencia T-111/09 Magistrada ponente (E): Dra. CLARA ELENA REALES GUTIÉRREZ Bogotá D.C., veinte (20) de febrero de dos mil nueve (2009); Sentencia C-179 de 2006, MP: Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA;

⁸ Entre otras providencias analizadas: SENTENCIA Corte Constitucional C-037 de 2000 Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa; SENTENCIA Corte Constitucional C-069 DE 1995 MAGISTRADO PONENTE: DR. HERNANDO HERRERA VERGARA; Sentencia de la Corte Constitucional, SU-250/98 MP: Dr. Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO; Sentencia del Consejo de Estado, Marzo 17 de 2011. Exp. 1591-10, Consejero Ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón; Sentencia Corte Constitucional. C-666/96. MP: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

finalidad del estudio técnico, según las normas, es acreditar la necesidad de suprimir cargos y modernizar la Administración⁹.

Por su parte, los procesos de supresión de cargos han decaído como consecuencia de fallos contencioso administrativos que declaran su nulidad a partir de la no observancia de las reglas de competencia orgánica para la toma de las decisiones correspondientes¹⁰.

En aplicación de las leyes que regulan la carrera administrativa en Colombia, se ha llegado a la conclusión por el Consejo de Estado que, los empleados de carrera objeto de una supresión, tienen un derecho preferencial derivado de la estabilidad misma de que son acreedores. Tal derecho preferencial consiste en su reincorporación a cargos ocupados en provisionalidad que se mantienen en pie con posterioridad a una reestructuración¹¹.

Es importante también la tesis del Consejo de Estado, referente a la primacía de la estabilidad cuando se trata de un cambio en la naturaleza jurídica de la entidad. Los eventos concretos guardan relación con el cambio de categoriación de una entidad que da

⁹ La Sección Segunda del Consejo de Estado se ha pronunciado en ésta dirección en: Sentencia Consejo de Estado SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA. CONSEJERA PONENTE: DOCTORA BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Bogotá D.C., trece (13) de diciembre de dos mil siete (2007).- Radicación: No. 500012331000200100418 01; Sala de lo contencioso administrativo sección segunda sentencia de marzo 25 de 2004 consejera ponente Ana Margarita Olaya Forero expediente 1686-01; CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "B". Consejera ponente: BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ Bogotá D.C., ocho (8) de abril de dos mil diez (2010). Radicación número: 05001-23-31-000-2000-02667-01(0263-08; CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "B". Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Bogotá D.C., diez (10) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 68001-23-31-000-2002-01342-01 (401-10; Sentencia Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "B"; Consejero Ponente: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Bogotá D.C., tres (3) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 05001 23 31 000 2003 00481 01 (1189-2010)

¹⁰ Entre otras: CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN "A" CONSEJERO PONENTE: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO Bogotá D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil once (2011) Radicación No.: 68001-23-15-000-2000-01288-02; Sentencia Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "A" Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON. Bogotá D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil once (2011)

¹¹ Se encuentra al respecto: CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A" Consejera ponente: ANA MARGARITA OLAYA FORERO Bogotá, D.C., seis (6) de julio de dos mil seis (2006). Radicación número: 25000-23-25-000-2001-07600-01(2268-05); CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "B". Consejera ponente: BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PAZ Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil once (2011) Radicación número: 25000-23-25-000-2004-05423-01(1263-10); CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN "A" Consejera ponente: ANA MARGARITA OLAYA FORERO Bogotá, D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil cinco (2005). Radicación número: 08001-23-31-000-1998-02397-01 (2460 -04); CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN "A". Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil once (2011) Radicación número: 25000-23-25-000-2004-04050-02(1591-10)

lugar a que los servidores públicos adscritos a la misma cambien de trabajadores oficiales a empleados públicos o viceversa. Lo que se concluye por la alta corporación es que dicho cambio en la denominación no implica desmejoramiento ni mucho menos terminación del vínculo del servidor¹².

Por su parte la doctrina nacional¹³ también ha desarrollado el tema supresión de cargos, en función de la descripción de la figura, la competencia orgánica, los pasos que han de adelantarse, y algunas consecuencias de orden contencioso.

Es de tener en cuenta la investigación de Carlos Eduardo Espinosa Martínez denominada “Supresión de empleo público. Debido proceso y control judicial”; dado que aborda un escenario tan controversial como el de la supresión de cargos en la administración pública desde el punto de vista sustancial y procesal; y proporciona pautas para superar los vacíos hasta ahora encontrados, y es el colofón de la investigación que aquí se desarrolla.

Sea del caso aclarar que la hipótesis de Eduardo Espinosa es *“demostrar que la conceptualización administrativa laboral se presenta, en términos generales, aislada del contexto constitucional del debido proceso y del acceso a la administración de justicia en dos sentidos: i) al omitir considerar el debido proceso administrativo en el proceso de gestación de la voluntad administrativa de supresión y ii) bajo el expediente procesal del fallo inhibitorio, por no precisar los demandantes, al ejercitar el derecho público al acción, cuál es en últimas el acto que debe ser objeto de tacha judicial, cosa que a su vez el legislador ha omitido regular”*¹⁴

El principio de estabilidad consagrado en la Constitución Política a favor de los trabajadores subordinados, cubre de manera especial a los empleados públicos de planta que podrían ser objeto de una supresión del cargo que ocupan. La doctrina lo ha clasificado como un verdadero eje del derecho al trabajo y, por la categoría e impacto que tiene sobre las personas que beneficia, se le otorga una estatura constitucional y

¹² SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION “B” Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ Bogotá, D.C., cuatro (4) de septiembre de dos mil ocho (2008). Radicación número: 25000-23-25-000-1999-05049-01(4169-04); SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION “B” Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ Bogotá, D.C., cuatro (4) de septiembre de dos mil ocho (2008). Radicación número: 25000-23-25-000-1999-05049-01(4169-04) Radicación número: 50001-23-31-000-1998-0260-01 (3440 -02); Consejera ponente: ANA MARGARITA OLAYA FORERO Bogotá, D.C., veinticinco (25) de marzo de dos mil cuatro (2004). Radicación número: 05001-23-31-000-1998-1686-01 (1646 -03); CONSEJERO PONENTE: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO Bogotá D.C., siete (7) de abril de dos mil once (2011) Radicación: 47001-23-31-000-2009-00332-01;

¹³ TRUJILLO CABRERA, Juan Carlos, Supresión de Cargos en la Administración Pública, Librería Ediciones del Profesional, Bogotá D.C., 2005

¹⁴ ESPINOSA MARTÍNEZ, Carlos Eduardo. “Supresión de empleo público. Debido proceso y control judicial” Bogotá, Colombia, 2012. p. 19. Grupo Editorial IBAÑEZ. Colección Derecho Administrativo Laboral.

fundamental. Se adiciona el impacto social y macroeconómico que crea la protección de la estabilidad de los trabajadores¹⁵.

5. LA FUNCIÓN PÚBLICA

En el presente trabajo de grado es necesario abordar la cuestión de cómo el ser humano ha creado instituciones que permiten la convivencia social y el bienestar general, hecho que debe analizarse desde la teoría política, y como un primer estadio se describirá brevemente lo expuesto por autores clásicos como Platón, quien expuso que la justicia significa la composición o la organización de la vida en común de los ciudadanos y la finalidad de la ley es encontrar a cada hombre su lugar, su posición, su función en la vida total de la polis. El ciudadano tiene derechos, pero no son atributos de una personalidad privada que corresponden a su posición. Una tesis por destacar de este autor es la que enseña que el gobierno debe ser un arte basado en un conocimiento exacto, y segunda, que la sociedad es una mutua satisfacción de necesidades por personas cuyas capacidades se complementan entre sí.

La tesis de la obra de Platón a la que no es posible renunciar es la que compete a las necesidades recíprocas y la división del trabajo, en el sentido que las sociedades surgen como consecuencia de las necesidades de los hombres que solo pueden ser satisfechas en cuanto aquéllas se complementan. Los hombres tienen muchas necesidades y ninguno de ellos se basta a sí mismo. En consecuencia se ayudan y hacen cambios entre sí. Para Platón entonces la premisa mayor es que donde quiera que exista una sociedad, hay alguna forma de satisfacción de necesidades y algún cambio de servicios encaminado a este fin. Este postulado es uno de los más importantes aportes de la filosofía social de Platón, en el entendido que la sociedad debe concebirse como un sistema de servicios en el que todo hombre aporta algo y recibe algo. Lo que compete al Estado es regular este cambio mutuo, y lo que trata de arreglar es la satisfacción más adecuada de las necesidades y el intercambio más armónico de servicios. Los hombres figuran en tal sistema como realizadores de una tarea necesaria y su importancia social depende del valor del trabajo que realizan. Este planteamiento también lo expuso Aristóteles en La Política cuando señaló que la sociedad tiene como fundamento

¹⁵ Algunas de las fuentes consultadas al respecto: VILLEGAS ARBELAÉZ, Jairo, Derecho Administrativo Laboral. Tomo I. Principios, estructura y relaciones individuales. Ed. Legis; GONZÁLEZ CHARRY Guillermo. Los orígenes de la estabilidad laboral en Colombia; LAFONT Francisco, Tratado de derecho laboral. Tomo I individual. Ediciones Ciencia y Derecho; CAPÓN Filas Rodolfo. Estabilidad laboral. Aportes. Revista Científica Equipo Federal del Trabajo.

estructural el conjunto de necesidades mutuas manifestadas cada una de ellas en trozos de realidad¹⁶.

Ahora bien esos puntos de conexión, es decir los trozos de realidad en que se verifica el nexo, no sólo participan de las diversas calidades de las realidades históricas que se vinculan a través de ellos, sino que en su esencia radica precisamente en ser una conjugación de esas varias realidades. Por consiguiente, las diferentes dimensiones que presentan estos conceptos no son elementos separables como los de la naturaleza, sino momentos integrantes, que sólo pueden ser captables en su referencia mutua.

El Estado entonces sólo tiene existencia en cuanto que es actual, y esta actualidad la alcanza únicamente en cuanto actúa, es decir que en cuanto modo permanente e ininterrumpido realiza una serie de actos, la unidad del Estado no es, pues una unidad estática, sino una unidad que existe en cuanto constantemente deviene; su ser, por consiguiente no consiste en la permanencia parménica, sino en el devenir heraclitiano; sus constantes, su status, no son más que momentos de una renovación permanente¹⁷.

Estas actividades en virtud de las cuales el Estado, no sólo manifiesta su existencia, sino por las que cobra su existencia, son las funciones inherentes a dicha organización. Tales funciones pueden ser de muy diversa índole en cuanto al contenido, y capaces de diferentes particiones según los diversos puntos de vista que se adopten para su clasificación (por ejemplo económicas, militares, culturales). Pero en cualquier caso cabe distinguir entre aquellas que son comunes al Estado por y en virtud del poder que le es peculiar, es decir, las llamadas funciones soberanas o ejercidas en virtud de la soberanía. Dentro de la muchedumbre de actos empíricos en los que se despliega tal poder, es posible establecer unos tipos diferenciados a los que de modo más preciso se designan como funciones fundamentales del Estado. Tales funciones son la legislativa, la judicial y la ejecutiva, dividida a su vez en gubernamental y administrativa, clasificación que si bien con esta precisión carece de valor universal, es, desde luego, adecuada al Estado moderno, aunque no acoja en su seno todas las posibles funciones con expresión jurídico política.

Es decir que la unidad, es el criterio para que el Estado actúe, y está dada por el marco constitucional, pues por una parte debe cumplir sus postulados a través de los mismos asociados, pero ellos no se encuentran en esta calidad, sino que ellos fungen como representantes de esta misma unidad, realizando actos volitivos e intelectivos en nombre

¹⁶ ARISTÓTELES. La Política. Ediciones Universales. Bogotá D.C. 2004.

¹⁷ ARNAIS AMIGO, Aurora, *Ética y Estado*, Universidad Autónoma de México, 2004, p. 52

o representación de una institución o de un poder, pero no dejan de pertenecer al conglomerado social, y en esta dialéctica, es el mismo marco de unidad que los protege frente a una falta del estado empleador, e incluso protege aquellos que pretenden hacer parte de su conformación orgánica, situación que se integra con la igualdad que se tratará en los próximos capítulos como derecho que prima en el acceso a la administración a través del sistema de mérito.

Las líneas anteriores delimitan el campo de estudio en lo que toca al Estado como ente y manifestación del poder dando lugar a que el escrito se dirija a explicar, desde la perspectiva política, el fenómeno de la supresión de cargos en carrera administrativa.

5.1 La Metamorfosis del Estado y el Cambio del Interés General

El Estado moderno ha sufrido una metamorfosis, a raíz de ello, una serie de consecuencias sociales, políticas y jurídicas de primer orden están apareciendo, algunas de forma intermitente, otras de manera permanente, y ello ha dado lugar a nuevos escenarios de configuración de las instituciones políticas y su entramado jurídico con repercusión directa en el ámbito laboral.

Así pues, existe una nueva configuración, desintegración y fragmentación del Estado y el Derecho que va desde la formación del Estado Nación¹⁸, pasando por un Estado Liberal de Derecho¹⁹, posteriormente un Estado de Bienestar²⁰, que hace crisis y desemboca en

¹⁸ Bloque de Formación de General: Relación Estado-Sociedad. Eje N° 1 Transformaciones del Estado Moderno. Unidad 5. "La idea de Estado-Nación emerge como parte de esa construcción histórico-política que representa el Estado moderno, en la medida que éste va adquiriendo simultáneamente soberanía irrestricta sobre su territorio, autonomía e independencia decisional, y capacidad de integración social articulando la configuración de identidades y solidaridades amplias, en tanto emerge como depositario del interés nacional. Ese alcance nacional de los estados se organiza alrededor de un centro único simbólico de poder, en referencia al cual las sociedades particulares habían articulado sus lazos sociales: el Estado moderno, constituido como espacio de unificación de las particularidades existentes.

<http://repositorio.educacion.gov.ar/dspace/bitstream/handle/123456789/96993/Algunas%20conceptualizaciones%20sobre%20Edo.pdf?sequence=1>

¹⁹ *Ibíd.* A lo largo de los siglos XVII y XVIII se irán gestando las bases para la configuración del nuevo Estado liberal. La racionalización técnica de la concentración del poder político se producirá en un contexto en el cual el Estado comenzará a encargarse de una serie de funciones que hasta ese momento corrían a cargo de la familia, de la Iglesia o de las instituciones locales, o que respondían a nuevas necesidades. Es decir, que en el proceso de conformación de las estructuras políticas modernas, el Estado-nación se instituirá a partir de la concentración de su poder en un único centro simbólico –el Estado–, a la vez que fomentará la unificación del mercado interno

²⁰ *Ibíd.* Esta forma de Estado implicó el desplazamiento de ciertas áreas del conflicto social a la esfera de la acción pública, en la medida que se transformó en el espacio institucional público donde se dirimían intereses y se resolvían las necesidades colectivas a través de un conjunto de políticas sociales específicas. En sentido estricto, el campo de las políticas sociales se extendió a las intervenciones públicas sobre el plano laboral, es decir, sobre las pautas de inserción y exclusión de las personas en los mercados de trabajo; pero también sobre el conflicto distributivo, en torno a las tensiones

políticas neoliberales²¹ y neoconservadoras²² cuyo resultado no fue otro que el debilitamiento del Estado para convertirse éste, en un Estado mínimo, cuya capacidad para legitimar políticas es cada vez más difícil, y cuyas nuevas formas de gestión estatal propugnan por una mayor flexibilidad, descentralización y velocidad de tiempos en similitud a los utilizados por administración privada.

En este sentido, el nuevo rol del Estado, consecuencia de factores exógenos como revoluciones tecnológicas, entre otros, ha derivado en una nueva configuración de la relación entre este y la sociedad, donde su intervención y capacidad reguladora se ven reducidos frente a nuevos actores como el mercado y otras instituciones sociales (Oszlak, 1984)²³.

Pues bien, en este contexto, también es evidente que existe una transformación en el derecho laboral, la globalización de la economía mundial obligó a que se adoptará un nuevo modelo económico que se caracteriza por la apertura al comercio internacional y por la escasa intervención del Estado en la economía, y es así como surgen nuevas tendencias en el derecho laboral que propugnan por la disminución de garantías y derechos de los trabajadores con el objeto de volver más flexible el sistema que regula las relaciones laborales, flexibilidad que se supone fomentará el empleo y dinamizará la economía.

Transformación del derecho laboral que no excluye el derecho laboral administrativo, pues la situación es la misma, precarización y flexibilización de las relaciones laborales justificadas de manera legal, un estado de cosas actual en el empleo público que pide a gritos un cambio, para que éste último, se adapte de manera lógica y sensata a los argumentos propios de la ciencia administrativa y su conjugación con los principios constitucionales que rigen el obrar administrativo para identificar y desarrollar temáticas

por la asignación de todo tipo de valores, recursos y oportunidades entre grupos y colectivos sociales. En esa línea, la misión básica del Estado de Bienestar fue garantizar legalmente la seguridad social (o el "bienestar") mediante transferencias monetarias, servicios, infraestructura física, políticas reguladoras y prestaciones en las áreas de salud, educación, vivienda, seguridad social, protección laboral y asistencia a las familias. La política social universalista que lo caracterizó, emergió allí donde estaba en juego la forma en que las sociedades intentaban garantizar su propia integración, mientras que el progreso social era identificado con la simple reducción de las desigualdades económicas.

²¹ *Ibíd.* El neoliberalismo es una doctrina económica que propugna el libre mercado y la limitación del intervencionismo estatal en la economía.

²² *Ibíd.* En la práctica, constituyó el regreso a una concepción autoritaria de la política donde los mecanismos de control del Estado tenían que usarse tanto para revertir las conquistas alcanzadas en lo social y en lo económico en los regímenes democráticos, como para mediar las demandas de las distintas organizaciones sociales.

La expresión neoliberal en el terreno político se manifestó en propuestas ideológicas que buscaban desandar los avances previos hacia la construcción de una articulación más estrecha entre las tareas públicas y las relaciones de la esfera social-privada

²³ OSZLAK, Oscar, *Teoría de la burocracia estatal : enfoques críticos*, Buenos Aires : Paidós, 1984

de sumo interés como: *“el concepto de carrera administrativa, el alcance del derecho a la estabilidad en el empleo, los supuestos de movilidad funcional y geográfica y las limitaciones impuestas a los derechos subjetivos de los funcionarios mediante la denominada potestad de autoorganización”*²⁴.

Donde dichos temas se corresponden con el principio de imparcialidad, necesario en un sistema democrático, para que el aparato administrativo garantice la primacía de los intereses generales y sociales sobre los partidistas, delimitando así su alcance y contenido (Rincón, 2009).

Intereses generales que dicho sea de paso, durante mucho tiempo han constituido tradicionalmente un lugar taumatúrgico, una referencia inevitable para justificar decisiones públicas que servían a los intereses de determinados grupos económicos y sociales, pero que tal como lo sostiene Alain Supiot a raíz de las prácticas neocorporativistas:

“la definición de interés general ya no es privativa del Estado, sino que se convierte en el producto de las relaciones de fuerza entre intereses particulares. El Estado ya no es entonces, un Tercero, sino una parte interesada en el diálogo social.

*Neocorporativismo y Neoliberalismo se combinan en la práctica para convertir el Estado en un mero instrumento sometido a fuerzas que lo superan, ya sean las de los mercados financieros en el plano internacional o las de los intereses sectoriales en el plano interno”*²⁵.

Intereses generales que responden más bien a esfuerzos individuales por lograr los objetivos del Estado en una entidad particular, a través de indicadores que miden cuantitativamente los resultados obtenidos normalizando comportamientos, al respecto Supiot sostiene que la subordinación tiende actualmente a tomar una forma nueva, puesto que muchos asalariados gozan hoy de cierta libertad, pero una libertad dirigida, sujeta a objetivos suscritos de acuerdo con el jefe empresario, como sustento de sus planteamientos se refirió al sentido feudal del contrato por sus vínculos de fidelidad de un nuevo tipo, sometiendo a los hombres a criterios de evaluación objetivos que permitan dictar su comportamiento sin tener que darles órdenes. Dichos vínculos no sólo afectan a quienes trabajan dentro de las empresas o para ellas, sino también a quienes se encuentran excluidos de ellas e incluso a quienes las dirigen.

²⁴RINCÓN Córdoba, Jorge Iván. “Derecho administrativo laboral. Empleo público, sistema de carrera administrativa y derecho a la estabilidad laboral”. Universidad Externado de Colombia. 2009.

²⁵ SUPIOT, Alain. “Homo Juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho” Siglo XXI editores Argentina. S.A, 2007. p.. 220

Es decir, la relación laboral, ya no se refiere tanto a la manera de efectuar una tarea determinada, sino más bien al resultado de esa tarea. En lugar de estar sometidos a las órdenes de un jefe en la ejecución de su trabajo, los asalariados suscriben objetivos en principio transparentes, verificables y conocidos por todos, y cuya puesta en práctica da lugar a un procedimiento de seguimiento. Dicho procedimiento sirve para evaluar a la vez las capacidades y actuaciones del asalariado y la pertinencia de los objetivos que se le han asignado, adaptándolos a la lecciones de la experiencia²⁶.

Obviamente ya no se trata de que el asalariado brinde una parte limitada de su tiempo y obedezca mecánicamente órdenes a cambio de un salario, sino que se trata de *dar lo mejor de sí* para maximizar sus ingresos. Vale decir, se trata de comportarse *como si* fuera independiente, se ha instaurado así la ficción de un asalariado por cuenta propia.

Como se ve, *“hoy se trata menos de fijar reglas que de crear lazos que condicionen el comportamiento de cada sujeto de derecho. Dentro de ese sistema ya no existe un sujeto absolutamente soberano, y cada uno debe volverse el agente de una regulación conjunta que ya no se delibera verdaderamente en ninguna parte, y que no le otorga lugar alguno a los conflictos y a la acción colectiva de los hombres en la marcha de las sociedades”*²⁷.

Recapitulando, el derecho administrativo clásico, propio del Estado intervencionista y articulado alrededor del concepto del servicio público ha dejado de existir. En efecto: *“la reformulación contemporánea de los contenidos del régimen jurídico aplicable a la estructura y actividad de la administración y sus relaciones con los administrados/ciudadanos, para adaptarse al nuevo modelo de Estado, ha dejado de lado las características originarias de la disciplina.*

*Así, su definición ya no corresponde al Estado nación, sino que se ha trasladado, en buena medida, a instancias supra e infraestatales, en razón de la internacionalización y regionalización de respuesta a la globalización, y, en muchas ocasiones, su creación ni siquiera corresponde a órganos con legitimidad democrática”*²⁸.

No es un secreto, que la administración ha venido perdiendo su posición de privilegio y prerrogativa, en función de la adopción como régimen propio del derecho privado, el cual se basa en la posición de equilibrio entre las partes en las relaciones jurídicas, cuya regulación cada vez más se basa en un derecho de composición y menos en uno de imposición.

²⁶ *Ibid.*, p. 238-240.

²⁷ *Ibid.*, p. 255-256

²⁸ RESTREPO Medina, Manuel Alberto. “El derecho administrativo en los albores del siglo XXI. Universidad del Rosario, facultad de Jurisprudencia. Editorial Universidad el Rosario, 2007.

Además, y en parte por ese cambio en el sistema jurídico de regulación de las relaciones entre la administración y los administrado: *“la especialidad para el juzgamiento de los conflictos ha venido desapareciendo, en la medida en que para resolverlos se recurre cada vez más a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos y a la justicia arbitral y cada vez menos a la jurisdicción especializada.*

El nuevo rumbo que ha tomado el derecho administrativo contemporáneo debe considerar los riesgos que entraña el repliegue del Estado y de la administración como respuesta a los imperativos del mercado en una sociedad globalizada, abandonando las categorías propias y refugiándose en el derecho privado²⁹.

Sin embargo, a pesar de que los cambios generalizados por la globalización han roto el paradigma clásico del derecho administrativo, ésta ha producido, en el campo jurídico, una aproximación de los derechos nacionales que se ha hecho evidente con la constitucionalización de principios generales que se relacionan con la democratización de la administración y la garantía de los derechos de los administrados frente a ésta.

5.2 Los Derechos Fundamentales Como Nuevo Paradigma dentro del Estado Social de Derecho

“Los derechos fundamentales irrigan la actuación del Estado en todos sus niveles y, por tanto, éste debe actuar como garante, protector y materializador de los mismos; función que igualmente debe cumplirse en el interior del proceso contencioso administrativo, lo que ha dado la constitucionalización del derecho en general y del Derecho procesal en particular³⁰

Pues sí, Colombia decidió modificar su paradigma constitucional de Estado de Derecho, a un Estado Social de Derecho. Luego lo que se precisa es que la Carta Política, definió al Estado como Social de Derecho, implicando ello, que las instituciones políticas, y el Estado en general, enmarcan su actuación no sólo bajo la égida del principio de legalidad sino que lo adjetiva con el principio social, es decir, se supera la visión clásica del Estado y, su intervención y acción, se enfocan a la materialización de los derechos

²⁹ *Ibíd.* P 52

³⁰ ALZATE Ríos, Luis Carlos. “Temas de Derecho Procesal Administrativo Contemporáneo. El proceso contenciosos administrativo y otros trámites procesales desde una perspectiva garantista”. Universidad la Gran Colombia, Seccional Armenia, 2011. p. 85

fundamentales de la persona, los cuales dan forma y contenido a la “soberanía popular” y a la “voluntad popular”, como expresó Luigi Ferrajoli³¹.

En ese contexto recobra mayor valor *“El principio de prevalencia del derecho sustancial, de vieja data resulta ser que las normas procesales tienen como fin la materialización de los derechos consagrados en normas sustanciales, por tanto, en su interpretación, debe tenerse en cuenta que la forma no debe sacrificar el derecho material”*³².

Así pues la naturaleza de las cosas se constituye en una importante fuente o herramienta de interpretación (al igual que poner el Derecho en relación con la vida social) para obtener el conocimiento y una visión clara de las nuevas necesidades, todo con el fin de lograr una tutela efectiva de los derechos, puesto que la interpretación progresiva, es una necesidad lógica (y práctica) para la interpretación de las normas procesales como forma de aplicación del derecho material.³³

Los anteriores parámetros se consignan en el artículo 4 del Código de Procedimiento Civil, disposición aplicable por remisión expresa del artículo 103 del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, al proceso contencioso administrativo, que en su tenor literal preceptúa: *“Los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico.*

En la aplicación e interpretación de las normas de este Código deberán observarse los principios constitucionales y los del derecho procesal.

En virtud del principio de igualdad, todo cambio de la jurisprudencia sobre el alcance y contenido de la norma, debe ser expresa y suficientemente explicado y motivado en la providencia que lo contenga. (...).”

Pero sin lugar a dudas, la médula dorsal de los anteriores principios rectores, es el artículo 228 de la Constitución Política. Lo dicho no se traduce en una ausencia de formalidad al interior del proceso, en tanto que el cumplimiento de los pasos del procedimiento hace parte integral del debido proceso, como bien enseña la parte final

³¹ FERRAJOLI, Luigi. Democracia Constitucional y Derechos Fundamentales. La rigidez de la Constitución y sus garantías, en La Teoría del Derecho en el paradigma constitucional. FERRAJOLI Luigi y otros. Madrid. Editorial Fundación Coloquio Europeo. 2010, p. 88.

³² *Ibid.* P 93

³³ ROCCO, Alfredo. La interpretación de las leyes procesales. Bogotá. Editorial Leyer, 2008, p. 27-30

del mismo artículo 103 de la Ley 1437 de 2011, así: quien actúe ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, debe cumplir el deber constitucional de colaboración para el buen funcionamiento de la administración de justicia, y por ende es su obligación cumplir con las cargas procesales y probatorias previstas en el ordenamiento adjetivo.

Este recuento constitucional y legal, para reforzar la tesis que los principios constitucionales que se desprenden del análisis del derecho al trabajo, y demostrar que los mismos no pertenecen a una u otra jurisdicción, sino que irradian todo el universo procesal independientemente del ámbito en que resulten necesarios.

Como se ha enunciado, la Ley 1437 de 2011 consagra en el artículo 103 el objeto y los principios de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, norma que de manera expresa indica que los procesos que se adelanten al interior de la misma deben propender por la efectividad de los derechos reconocidos en la constitución y la ley y la preservación del orden jurídico, por lo que esta norma se suma para justificar que no puede hablarse de una verdadera efectividad de los derechos y una conservación del orden jurídico, si el juez contencioso no atiende a debatir la presunción de legalidad de un acto administrativo que afecta los derechos fundamentales de los trabajadores.

Como puede verse, se trata de una constitucionalización, que si se desplaza al ámbito laboral, se convierte en el estandarte y respaldo de las decisiones que en materia laboral busquen garantizar los derechos fundamentales de los trabajadores.

De ahí que, “aunque el balance de las transformaciones recientes del derecho administrativo para adaptarse a los cambios contemporáneos del Estado social de derecho podría presentarse como sombrío, pues, en muchos casos, evidencian un retroceso a las conquistas del Estado social y democrático, o, al menos las ponen en riesgo, vistas con una mayor perspectiva pueden observarse como propias del proceso de cambio de modelo, sin olvidar que, en todo caso, en palabras de Schmidt- Assmann, pese a las transformaciones de los instrumentos y las formas de regulación estatal, el Estado sigue siendo titular de una responsabilidad general de garantía, y, por tanto, el derecho administrativo continuará teniendo una posición central en el sistema jurídico”³⁴.

De esa manera, y manteniendo la misma línea argumentativa, hay que reconocer, que producto de dicha transformación, también es cierto, tal como lo afirma Guerrón Ayala, que “(...) el Derecho laboral ha venido evolucionando, generando nuevas respuestas a los cambiantes procesos sociales, alcanzando su cúspide mediante la incorporación de sus

³⁴ RESTREPO Medina, Manuel Alberto. “El derecho administrativo en los albores del siglo XXI. Universidad del Rosario, facultad de Jurisprudencia. Editorial Universidad el Rosario, 2007. p.53

*axiomas fundamentales o principios en las constituciones de los estados, dentro del periodo denominado constitucionalismo social, dotándolos de la mayor firmeza y estabilidad y proyectándolos al más alto abolengo jurídico*³⁵.

Es este escenario, el del Estado Social de Derecho, el protagonista es el ser humano el que debe resurgir, para que los postulados de la Constitución tengan plena eficacia, validez y vigencia en los procesos contencioso administrativos de carácter laboral, pues es obvio que los principios constitucionales son superiores y vinculantes sin importar la jurisdicción en los que los mismos se prediquen.

De ahí que, Juan Carlos Trujillo Cabrera sostenga que *“los principios constitucionales constituyen la columna vertebral del ordenamiento jurídico, de manera que se encuentran ubicados en el nivel más alto del edificio normativo y sobre ello se apoya el proyecto político del conglomerado social. En lo atinente en específico a la actividad puramente administrativa, pueden destacarse como los principios de fuente constitucional con mayor relevancia, los denominados principios de legalidad, división de poderes, debido proceso, eficiencia, solidaridad social, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, unicidad de las actuaciones, equidad, y control de la actividad pública. Así como principios que no están positivizados como la racionalidad, la diferencia y la ponderación del fin legítimo por citar sólo algunos”*³⁶

Así mismo Trujillo Cabrera apoya su argumentación en el trabajo de Dworkin, (remisión con la que no difiere la autora), con respecto a la importancia de los principios constitucionales ya que éste último señala que los supra principios corresponden a aquellos estándares que deben ser observados indefectiblemente en el estado social de derecho, dado que provienen de exigencias de justicia, de equidad o de moralidad.

Dentro de los supra principios se encuentran los principios de la democracia participativa, de la soberanía popular, del pluralismo, de la primacía del interés general sobre el particular, de la libertad y de la dignidad humana; los cuales confluyen formando la cúspide y esencia jurídico moral de todo político, como lo es, el estado social de derecho.

Pero además, frente al derecho al trabajo y los principios que de allí se derivan, la Constitución Política no hace distinción entre jurisdicciones, ni pone límites constitucionales a los jueces administrativos o laborales; es decir, no se estipularon para una u otra jurisdicción, en ese sentido se afirma: *“se reconoce el derecho al trabajo como*

³⁵ GUERRÓN Ayala, Santiago. Flexibilidad Laboral en el Ecuador. Universidad Andina Simón Bolívar. Corporación Editorial Nacional. p. 9 -10

³⁶ TRUJILLO Cabrera, Juan Carlos. “Supresión de cargos en la administración pública. Doctrina jurisprudencial legislación y comentarios”. Librería ediciones del profesional Ltda. 2005

*uno de los pilares del Estado Social de Derecho. En ese marco normativo, el derecho al trabajo es reconocido como un elemento básico estructural del nuevo orden estatal programático, en el mismo nivel jerárquico del derecho a la vida, la justicia, la igualdad, la libertad, la convivencia pacífica, el estado de derecho y el régimen democrático y participativo*³⁷.

El derecho al trabajo además de ser derecho fundamental³⁸ es un derecho y una obligación social y goza de especial protección del Estado. Sumado a ello, la Corte Constitucional ha reconocido que los principios mínimos fundamentales inmanentes al derecho al trabajo dentro de los cuales se señala la igualdad de oportunidades, la estabilidad en el empleo, la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, la situación más favorable al trabajador en caso de duda y la primacía de la libertad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, son de aplicación inmediata, encontrándose del Estado obligado a velar por su observancia y tutela.

*Por tanto, "es el pilar del nuevo Estado Social de Derecho y el trabajo el que a su vez tiene la naturaleza de derecho fundamental y obligación social, un referente y límite de actuación de la administración al momento de llevar a cabo sus procesos de restructuración y reformas de plantas de personal, no pudiendo arrasarse con aquél y debiendo sujetarse con el mayor cuidado a los parámetros que la ley ha establecido en materia de restructuración y reformas de plantas de personal"*³⁹.

³⁷ *Ibíd.* p.75

³⁸ Para algunas corrientes, el derecho al trabajo no goza de dicho carácter como lo plantea PECES BARBA, Gregorio en Reflexiones sobre los derechos sociales en Derechos sociales y ponderación, texto en el cual plantea que: "por distintas razones, ni el derecho de propiedad ni el derecho al trabajo pueden ser incluidos entre los derechos fundamentales ya que estamos entre dos pretensiones afectadas por la escasez, que impide su generalización y, por consiguiente su consideración como derecho fundamental. (...) El titular del presunto derecho subjetivo al trabajo no se podría dirigir a los poderes públicos para exigirles el deber de proporcionar trabajo y menos podría solicitar que se obligase a los empleadores privados a proporcionar el empleo, porque estaríamos fuera de la sociedad de libre mercado. El derecho al trabajo es un desiderátum, un gran principio moral que difícilmente en la cultura histórica de nuestro tiempo se puede construir desde la categoría de los derechos fundamentales. Son razones técnicas y la imposibilidad de construirlo como derecho subjetivo, que tiene como opuesto un deber sin titular posible (...)". PECES BARBA, Gregorio. Reflexiones sobre los derechos sociales en Derechos sociales y ponderación; en ALEXY, Robert y otros. México: Editorial Fontamara. Pág. 85-87.

³⁹ *Ibíd.* p. 76-77

Se insiste, los principios constitucionales e internacionales acogidos por Colombia en materia laboral no son exclusivos de una u otra jurisdicción, más sí del trabajador que independientemente de su forma de vinculación tiene derecho a que se le garanticen las condiciones y prerrogativas propias de su relación laboral.

En últimas, como sostiene Manuel Alberto Restrepo, *“la Constitución, entonces, no es un texto neutro que permita aplicar cualquier modelo económico, pues las instancias de decisión política y jurídica deben, por una parte, respetar los límites impuestos por el estatuto de derechos y, por otra, operar conforme a los valores y principios rectores que consagra la Carta, así como procurar la realización de los derechos fundamentales. En otros términos, es imperativo que el Estado, por medio de sus órganos, propenda porque las autoridades cumplan funciones esencialmente inherentes a la idea de justicia y de equidad social”*⁴⁰

E independientemente de si se trata de una oleada neoliberal o neocorporativista y globalizadora, se trata de trabajadores a los que en todo caso habrá que respetarle ciertos derechos, como la estabilidad y permanencia en la carrera administrativa de los empleados públicos.

En ese sentido, Supiot afirma, el hombre de los Derechos Humanos es además un sujeto soberano: *“(…) como el homo juridicus, es dueño de una dignidad propia, nace libre, dotado de razón y poseedor de derechos. Es un sujeto en los dos sentidos del término: está sujeto al respeto de la ley y es protegido por ella, pero también es un “yo” activo, capaz de fijarse sus propias leyes y que como tal debe responder por sus actos. El hombre de los derechos humanos es una persona con derecho al trabajo, la protección social, la educación, la cultura*⁴¹*”*. Y frente a la globalización de la economía de mercado: *“igualmente necesitamos hoy mecanismos que permitan una hermenéutica humana y social del derecho económico. La diferencia con la experiencia del movimiento obrero consiste en que dicha hermenéutica ya no puede realizarse bajo la égida de un estado nación. Es preciso, pues, otorgarle un lugar en el seno de los procedimientos de regulación internacional de los intercambios”*⁴²

Pues bien, en contraste con la anterior posición, es posible que los derechos de los trabajadores que debe proteger el Juez administrativo, puedan garantizarse desde la esfera nacional y constitucional, y desde aquella jurisdicción especializada que conoce a

⁴⁰ RESTREPO Medina, Manuel Alberto. “El derecho administrativo en los albores del siglo XXI. Universidad del Rosario, facultad de Jurisprudencia. Editorial Universidad el Rosario, 2007.

⁴¹ SUPIOT, Alain. “Homo Juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho” Siglo XXI editores Argentina. S.A, 2007. P.. 263

⁴² Ibid. p. 293-294

profundidad las dinámicas propias del empleo público, sus problemas, sus causas y consecuencias, entonces el interrogante es por qué acudir a otras jurisdicciones nacionales e internacionales, para resolver lo que de entrada es propio de su materia; por temor a prevaricar? por temor a desbordar su competencia? por temor a entrar en conflicto con el ejecutivo?, si es evidente que el del Juez en todas sus especialidades debe enmarcarse en lo que establece la Constitución, rechazando de manera rampante una aplicación mecánica y un ejercicio sencillo de subsunción, su labor es plantear la secuencia argumentativa del caso a resolver.

Por qué el temor de interpretar la Constitución y como resultado sentencias carentes de contenido y fuente de los cuestionamientos que aquí se hacen, si en últimas se trata de la defensa de la parte débil de la relación laboral, y su defensa encuentra total respaldo en los principios universales del trabajo acogidos plenamente por Colombia, así como insistentemente se reitera, los que se desprenden de la propia Constitución; no se requieren reglas específicas, para aplicar dichos principios, no se debe perder de vista que en últimas de lo que se trata es de un conflicto laboral que tiene implícitos y en juego, si se quiere, derechos fundamentales de los trabajadores.

No hacer nada, dada una tradición en la gestión judicial de esos casos, o contemplar la posibilidad de que como se trata de conflictos laborales que en últimas tienen un carácter social, deben ser atendidos por la jurisdicción laboral ordinaria, no es la única solución.

La función pública se erige como el conjunto de atribuciones conferidas de manera sistemática por la ley o reglamentos a las personas que hacen parte de cada uno de los órganos que a su vez integran la estructura política con el fin de lograr los cometidos estatales y la prestación de los servicios públicos.

En ese entendido la función pública se dirige a la satisfacción del interés general a través de la realización de políticas enmarcadas en un conjunto de reglas como condicionamiento.

Dicho condicionamiento equivale al principio de legalidad que rige todas las actuaciones de los funcionarios y autoridades públicas y desemboca en la máxima según la cual a los particulares les está permitido todo aquello que no esté prohibido en la ley y a los servidores públicos les está prohibido todo aquello que no les haya sido conferido como mandato en la ley⁴³.

Necesario es que se exponga a grandes rasgos la estructura de la administración pública que determina el ejercicio de la carrera administrativa en los distintos niveles jerárquicos

⁴³Confrontar con: REPÚBLICA DE COLOMBIA, ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE *“Constitución Política 1991*, Artículo 121

de la organización estatal. En esa medida, la metodología que más apropiada se encuentra es deductiva buscando partir de unas ideas generales a manera de foto satelital para finalmente aterrizar en la descripción de la función pública desde el punto de vista orgánico.

Como quiera que el estudio de la función pública comprende el estudio del conjunto de actividades que realizan los servidores del Estado para el cabal funcionamiento de éste y las mismas actividades no se erigen como actos independientes o descontextualizados entre sí⁴⁴, debe hacerse una mención así sea somera de los fines del Estado ya que son éstos los que demarcan cada una de las tareas individualmente consideradas, y la estructura de las plantas de personal.

- **Fines del Estado.**

En lo que hace a los fines del Estado vale tener en cuenta que para Hegel *“el Estado, como la realidad de la voluntad sustancial que posee en la conciencia de sí, individualmente elevada a su universalidad, es lo racional en sí y por sí, es fin último, tiene el más alto derecho frente a los individuos”*⁴⁵.

El Estado moderno dio un giro hasta el punto de llegar a la concepción de Estado actual dotado de personalidad jurídica con todos sus atributos y ya no como fin sino constituido en pro de unos fines entre los que se cuenta el reconocimiento ante la comunidad internacional, la protección de los derechos fundamentales de los individuos, el fomento de la prosperidad, el trabajo y el desarrollo, la búsqueda de la paz, el orden y la convivencia además de aquellos expresamente consagrados en cada constitución⁴⁶.

Para el cumplimiento de dichos fines se ha dispuesto de una estructura orgánica jerarquizada y funcionalmente distribuida a través de ramas y niveles totalmente regulados en cuanto a su naturaleza, atribuciones, y regímenes atinentes al personal que los integra.

- **Estructura de las plantas de personal al interior del Estado**

Revisando la estructura del personal que ocupa los diferentes estamentos del Estado, se tiene que, en el aspecto de la organización administrativa y funcional desde el punto de vista constitucional, es en primer lugar al Congreso de Colombia a quien le corresponde hacer las leyes a través de las cuales ejerce funciones tales como: *“Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras*

⁴⁴ Cfr. PÉREZ ESCOBAR, Jacobo, *Derecho Constitucional Colombiano*, Editorial Temis, Bogotá, 2003, p. 347

⁴⁵ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Filosofía del Derecho*, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1968, p. 212

⁴⁶ Ver a propósito, preámbulo, artículo 1º y 2º de la Constitución Política vigente para la República de Colombia.

*entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regionales dentro de un régimen de autonomía; así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta.*⁴⁷

A nivel territorial existen Corporaciones administrativas que, en consonancia con lo establecido para el orden nacional, también imponen normas acerca de la organización administrativa, como es el caso de las Asambleas Departamentales que por medio de ordenanzas pueden: *“Determinar la estructura de la Administración Departamental, las funciones de sus dependencias, las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo; crear los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del departamento y autorizar la formación de sociedades de economía mixta”*⁴⁸ y los Concejos Municipales a quienes por disposición constitucional les corresponde: *“Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta”* (Artículo 313, numeral 6º).

A su turno los jefes de gobierno de los distintos niveles disponen de atribuciones en materia de regulación y determinación de la función pública desde el Presidente de la República, como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Primera Autoridad Administrativa a quien le compete: *“Crear, fusionar o suprimir, conforme a la ley, los empleos que demande la administración central, señalar sus funciones especiales y fijar sus dotaciones y emolumentos. El Gobierno no podrá crear, con cargo al Tesoro, obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales”*⁴⁹ además de *“Modificar la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley”*⁵⁰

A nivel territorial, al Gobernador le corresponde *“Crear, suprimir y fusionar los empleos de sus dependencias, señalar sus funciones especiales y fijar sus emolumentos con sujeción a la ley y a las ordenanzas respectivas. Con cargo al tesoro departamental no podrá crear obligaciones que excedan al monto global fijado para el respectivo servicio en el presupuesto inicialmente aprobado; Suprimir o fusionar las entidades departamentales de*

⁴⁷ REPÚBLICA DE COLOMBIA, ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE *“Constitución Política 1991, artículo 150 de la Constitución, Numeral 7º*

⁴⁸ REPÚBLICA DE COLOMBIA, ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE *“Constitución Política 1991, Artículo 300, Numeral 7º*

⁴⁹ REPÚBLICA DE COLOMBIA, ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE *“Constitución Política 1991, artículo 189 numeral 7*

⁵⁰ REPÚBLICA DE COLOMBIA, ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE *“Constitución Política 1991, artículo 189 numeral 14*

*conformidad con las ordenanzas*⁵¹ y al Alcalde en su Municipio o Distrito *“Suprimir o fusionar entidades y dependencias municipales, de conformidad con los acuerdos respectivos; Crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias, señalarles funciones especiales y fijar sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes. No podrá crear obligaciones que excedan el monto global fijado para gastos de personal en el presupuesto inicialmente aprobado”*⁵².

En otras palabras⁵³, corresponde al Congreso, Asamblea y Concejo, determinar la estructura de la administración, esto es, de los órganos o elementos que la integran: en la administración central, los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, y unidades administrativas especiales, sin personería jurídica, a nivel territorial los diferentes departamentos administrativos o secretarías de despacho. En la administración descentralizada por servicios, atendiendo los criterios de la ley 489 de 1998, se fijan los criterios, desde el Congreso de la República para la creación y determinación de funciones de los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado, superintendencias y unidades administrativas especiales con personería jurídica, Empresas Sociales del Estado, empresas oficiales de servicios públicos, institutos científicos y tecnológicos, sociedades de economía mixta y sociedades públicas.

Las atribuciones del ejecutivo referentes a la modificación de la estructura de la administración no son atribuciones autónomas sino derivadas, en la medida que se sujetan a la respectiva ley expedida para el efecto o si es el caso, a la ordenanza o acuerdo.

En lo que tiene que ver con las funciones, se sigue la misma lógica antes expuesta, desde el orden nacional hasta el territorial en los distintos niveles. Corresponde entonces al Congreso, Asamblea o Concejo señalar los objetivos y estructura orgánica y funcional de cada uno de los entes que desarrollan la función pública según el caso.

En sentido general, la estructura y funcionamiento de la administración comprende no sólo la identificación de los organismos que la integran sino la regulación de los elementos activos que intervienen en su composición y funcionamiento, como los relativos al manejo y vinculación de los recursos humanos al servicio de tales organismos, su régimen salarial y disciplinario, el sistema de prestaciones a que tienen derecho los empleados públicos y los trabajadores oficiales, así como los medios materiales (recursos económicos y físicos), requeridos para el desarrollo de su acción.

⁵¹ REPÚBLICA DE COLOMBIA, ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE *“Constitución Política 1991*, Artículo 305, numeral 7º y 8º

⁵² REPÚBLICA DE COLOMBIA, ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE *“Constitución Política 1991*, Artículo 315, numerales 4º y 7º

⁵³ VILLEGAS ARBELÁEZ, Jairo, *Derecho Administrativo Laboral*, Tomo I, Sexta Edición, Editorial Legis, Bogotá 2010, p. 79

Como es fácil observarlo, la Constitución establece pautas para la construcción, integración y regulación de la estructura y actividad de la Administración Nacional a partir de una colaboración armónica entre los órganos legislativo y ejecutivo, lo cual responde a la filosofía que inspira el artículo 113 de la Carta.

Al legislador, como se ha visto, le atribuye la Carta la función de determinar la estructura de la administración nacional, que según se ha podido establecer del artículo 150, no se agota con la creación, supresión o fusión de los organismos que la integran, sino que comprende proyecciones mucho más comprensivas que tienen que ver con el señalamiento de la estructura orgánica de cada uno de ellos, la precisión de sus objetivos, sus funciones generales y la vinculación con otros organismos para fines del control.⁵⁴

Al ejecutivo, a su vez, la Constitución le asigna facultades para hacer efectiva la ley modificando la estructura orgánica de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás organismos administrativos nacionales, para crear, fusionar o suprimir los empleos que demande la actividad de la administración central, señalar de manera específica sus funciones, fijar sus emolumentos, fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos y designar los funcionarios jefes de los diferentes conjuntos administrativos del orden nacional y demás funcionarios del orden nacional, cuya provisión no deba cumplirse mediante la utilización de otros mecanismos.⁵⁵

6. CARRERA ADMINISTRATIVA EN COLOMBIA: PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y DESARROLLO

Es evidente cómo el dinamismo de la realidad le presenta al ordenamiento jurídico situaciones en las que derechos diferentes se encuentran simultáneamente en juego. Ello no es sorprendente porque el derecho es un sistema en movimiento, en el que una misma situación de hecho puede llegar a involucrar varios derechos. En otras palabras, los derechos no suelen presentarse en la realidad en forma pura e individual, sino anudados a situaciones fácticas caracterizadas por una imbricación de ellos, es frecuente entonces que un derecho se encuentre articulado a otros, de suerte que presentándose el uno, necesariamente se presenta el otro, y esta correlación impide que el análisis se realice desde una arista.

Los derechos relacionados con el ingreso a la carrera administrativa, se fundamentan en los principios materiales y en los valores de la Constitución, puesto que aquéllos desarrollan a éstos.

⁵⁴ Cfr. Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C – 299 de 1994, Magistrado Ponente: ANTONIO BARRERA CARBONELL

⁵⁵Cfr. Ibídem

En este sentido, se precisará que el problema de investigación planteado procede de una situación que involucra por los menos cuatro derechos individuales, como el derecho a la igualdad, al trabajo, al acceso a los cargos públicos, a la estabilidad laboral que confluyen adicionalmente a desarrollar el preámbulo de la constitución que establece *“con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana (...)*⁵⁶”.

Atendiendo los principios atrás expuestos en armonía con los valores señalados en el preámbulo constitucional transcrito, el Estado como ente se analiza desde el contexto histórico, y no forma una suma inconexa de partes o un conjunto de compartimentos, estancos absolutamente aislados, sino una totalidad ordenada, una estructura general, en la que las partes integrantes, es decir las estructuras particulares, se conectan en un todo y están unidas por un condicionamiento recíproco.

La carrera administrativa puede ser definida como el conjunto de principios, normas y procesos que regulan el ingreso, los derechos y los deberes que corresponden a los servidores públicos que con carácter estable prestan servicios de naturaleza permanente en la Administración Pública.

Como base de la misma se encuentra el acceso a través del concurso de méritos que se ha establecido como un instrumento dirigido a garantizar la selección objetiva del funcionario que ha de ejercer la función pública, fundado en la evaluación y determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para asumir las funciones propias del cargo a desempeñar, de manera que se impida la subjetividad o arbitrariedad del nominador que, en lugar del mérito, en algunos casos favorece criterios disímiles como la reciprocidad política, el origen regional, el sexo, entre otros, que resultan abiertamente discriminatorios y contrarios a los principios y valores constitucionales. Cabe destacar, que la implementación y el desarrollo de los concursos públicos, es una labor encomendada a la Comisión Nacional del Servicio Civil, órgano que por disposición expresa del artículo 130 de la Constitución Política, es el *“responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial”*⁵⁷.

Establece el artículo 25 de la Constitución Política: El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

⁵⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Preámbulo. 1991.

⁵⁷ *Ibíd.* Artículo 130.

Entre los principios mínimos fundamentales del estatuto del trabajo se encuentra *"la igualdad de oportunidades para los trabajadores... y la remuneración... proporcional a la cantidad y calidad del trabajo"*, de conformidad con el artículo 53 superior.

Del derecho político a acceder al desempeño de cargos públicos, dice así el artículo 40 de la Constitución Política en su numeral séptimo: *"Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: (...) 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La Ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse (...)"*

Se ha adoptado el mérito como criterio que debe guiar el acceso a los cargos públicos. En tal sentido, en la Sentencia T-948 de 2009, se prescribió que la Constitución Política de 1991 reconoció al mérito como criterio determinante en la selección y ascenso de quienes han de ocupar los cargos al servicio del Estado; criterio que rige para todos los órganos y entidades que realicen funciones públicas y que es una regla de observancia general cuyo desconocimiento implica la vulneración de preceptos constitucionales. El acceso a tales empleos bajo la égida del mérito, debe realizarse entonces por medio de un concurso público que por definición debe ser objetivo y reglado-siendo el legislador quien debe fijar los requisitos y condiciones para establecer las exigencias en cuanto a las calidades de los aspirantes y las causales de permanencia y retiro de la carrera. Los cargos de carrera administrativa han sido creados entonces para el servicio del Estado y de la comunidad (Art. 2, 123 y 125 C.P.), de forma tal que sólo razones de interés general pueden justificar la desvinculación de una persona de un empleo de estas características. Así, todos los empleos de los órganos y entidades del Estado son de carrera, con excepción de los cargos de elección popular, libre nombramiento y remoción y los de trabajadores oficiales vinculados a la administración pública mediante contrato laboral.

Corolario del principio de legalidad es el conjunto de reglas y principios que orientan la aplicación del sistema de carrera administrativa.

Quizás el mérito sea el principio vertebral de la carrera administrativa. Según tal principio, el ingreso a los cargos de carrera administrativa, el ascenso y la permanencia en los mismos estarán determinados por la demostración permanente de las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos.

Sin embargo, juega un papel fundamental el principio de igualdad, dando lugar a que todos los ciudadanos que acrediten los requisitos determinados en las convocatorias puedan participar en los concursos sin discriminación de ninguna índole. Es lo que la ley denomina libre concurrencia y da lugar al carácter de fundamental del derecho de

aquella persona que accede a un cargo público, justamente por la jerarquía del derecho a la igualdad en la carta política.

Otros principios que orientan la carrera administrativa de acuerdo a la enunciación normativa son la publicidad, es decir, la difusión efectiva de las convocatorias en condiciones que permitan ser conocidas por la totalidad de los candidatos potenciales la transparencia en la gestión de los procesos de selección y en el escogimiento de los jurados y órganos técnicos encargados de la selección; la especialización de los órganos técnicos encargados de ejecutar los procesos de selección; la garantía de imparcialidad de los órganos encargados de gestionar y llevar a cabo los procedimientos de selección y, en especial, de cada uno de los miembros responsables de ejecutarlos; la confiabilidad y validez de los instrumentos utilizados para verificar la capacidad y competencias de los aspirantes a acceder a los empleos públicos de carrera; la eficacia en los procesos de selección para garantizar la adecuación de los candidatos seleccionados al perfil del empleo y la eficiencia en los procesos de selección, sin perjuicio del respeto de todas y cada una de las garantías que han de rodear al proceso de selección.

Los principios se materializan en la forma y desarrollo de cada una de las etapas, *verbi gratia*, la convocatoria pública, el reclutamiento, las pruebas, la elaboración y publicación de la lista de elegibles y el periodo de prueba del seleccionado.

Las reglas de carrera que se describen, tienen como propósito asegurar el interés general y el adecuado ejercicio de la función pública, en la medida en que promueven la realización de los principios de eficiencia, eficacia, celeridad, imparcialidad, moralidad y publicidad en el ejercicio de las actividades estatales. Además aseguran el derecho fundamental de todo ciudadano a participar en condiciones de igualdad en el desempeño de funciones y empleos públicos (C.P. Art. 40-7); promueven la dotación de una planta de personal idónea que preste sus servicios conforme a los requerimientos del interés general y aseguran la estabilidad laboral de los servidores, a partir de la obtención de resultados positivos en la cumplida ejecución de los fines institucionales⁵⁸.

El derecho político a ingresar a la función pública es también una disposición constitucional relacionada con la norma objeto de estudio, como quiera que se trata del acceso a la carrera administrativa.

Revisado el derecho comparado se observa el artículo 23.2 de la Constitución española que impone la obligación de no exigir para el acceso a la función pública, requisito o condición alguna que no sea referible a los conceptos de mérito o capacidad. Por su parte, el artículo 1º de la Constitución Francesa del 04 de octubre de 1958 establece que la ley favorecerá el igual acceso de las mujeres y los hombres

⁵⁸ Cfr. Sentencia C-901 de 2008.

a los mandatos electorales y cargos electivos, así como a las responsabilidades profesionales y sociales.

La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania del 23 de mayo de 1949 contempla en su artículo 33 *"[Igualdad cívica de los alemanes, funcionarios públicos] (1) Todos los alemanes tienen en todos los Länder los mismos derechos y deberes cívicos. (2) Todos los alemanes tienen igual acceso a cualquier cargo público según su idoneidad, su capacidad y su rendimiento profesional"*.

Así las cosas, el constitucionalismo moderno confiere un lugar preponderante a la igualdad y el mérito para el acceso a los cargos públicos.

La carrera administrativa permite ejemplarizar además el derecho a la igualdad, contemplado en el artículo 13 de la Constitución colombiana, que expone:

"Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica."

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ella se cometan".

Al establecer la Constitución que todas las personas son iguales ante la ley, establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual, e impone una obligación a los poderes públicos de materializar ese trato igual y, al mismo tiempo, limita los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas.

El operador jurídico, al aplicar la igualdad con un criterio objetivo, debe acudir a la técnica del juicio de razonabilidad que, en palabras del tratadista italiano Mortati, *"consiste en una obra de cotejo entre hipótesis normativas que requieren distintas operaciones lógicas, desde la individualización e interpretación de las hipótesis normativas mismas hasta la comparación entre ellas, desde la interpretación de los contextos normativos que pueden repercutir, de un modo u otro, sobre su alcance real, hasta la búsqueda de las eventuales disposiciones constitucionales que especifiquen el principio de igualdad y su alcance"*⁵⁹.

⁵⁹ Véase en PIZZORUSSO, Alexandro. Lecciones de Derecho Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1.984..pag. 169.

Por otra parte, el elenco de los factores de discriminación tanto objetivos como subjetivos consagrados en el artículo 13 de la Constitución, corresponde a una lista enunciativa y no taxativa de los factores que históricamente se han considerado como discriminatorios. Como lo ha establecido el Tribunal Constitucional Italiano: *"así, se superó la creencia inicial en el carácter taxativo del elenco de las discriminaciones impedidas expresamente por el artículo 3.1., comprendiéndose también cualquiera otras deducibles del texto de la Constitución, e invocándose así mismo las exigencias de la naturaleza misma de las cosas, la que puede en sí misma hacer imposible la aplicación del principio en virtud de obstáculos de orden natural, biológico o moral según la conciencia social dominante en la comunidad nacional"*⁶⁰.

En el caso colombiano, se puede citar la Sentencia T-422 de 1992:

*"Sin embargo el artículo 13 de la Constitución no prescribe siempre un trato igual para todos los sujetos de derecho, o destinatarios de las normas, siendo posible anudar a situaciones distintas -entre ellas rasgos o circunstancias personales- diferentes consecuencias jurídicas. El derecho es, al mismo tiempo, un factor de diferenciación y de igualación. Opera mediante definición de supuestos de hecho a los que se atribuyen consecuencias jurídicas (derechos, obligaciones, competencias, sanciones etc.). Pero, los criterios relevantes para establecer distinciones, no son indiferentes para el derecho. Aunque algunos están expresamente proscritos por la Constitución y otros son especialmente invocados para promover la igualdad sustancial y con ello el ideal de justicia contenido en el Preámbulo"*⁶¹.

Como quiera que la piedra angular para el acceso a los cargos públicos es el mérito, que a su vez, robustece el derecho a la igualdad, es conveniente analizar la sentencia C-071 de 1993, en la cual se estudió la demanda de inconstitucionalidad contra el literal b) del artículo 17 del Decreto 010 de 1992 "Orgánico del Servicio Exterior y de la Carrera Diplomática y Consular"; en el cual se dispuso la edad mínima de treinta años como requisito para el ingreso. Como problema jurídico se debatió la razonabilidad de la exigencia de este requisito de edad teniendo en cuenta que se discriminaba a un sector de la población colombiana para ingresar a la carrera diplomática y consular, providencia en la que se concluyó que ese requisito era contrario a la Carta, como quiera que viola el principio de igualdad de las personas, en la medida que establece discriminaciones no razonables para efectos del ingreso a cierta edad a la carrera diplomática y consular, desconociendo de paso el derecho político a ingresar a la administración pública, el derecho al trabajo, el derecho a la

⁶⁰ *Ibíd.* P. 167.

⁶¹ Sentencia T-422 de la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional del 19 de junio de 1.992. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

libertad de escoger profesión u oficio, y en última instancia el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Es interesante observar como en esta providencia se resaltó el Convenio número 111 de la O.I.T. de 1958 aprobado por la Ley 22 de 1967, el cual prohíbe la discriminación en materia de empleo y ocupación, dando así cumplimiento al inciso segundo del artículo 93 de la Carta, al considerar esta norma como integrante del marco de interpretación de la Constitución Nacional.

El acceso a cargos públicos constituye además, un desarrollo del derecho fundamental a la participación política, i) por estar consagrado expresamente de esa forma en la carta política, ii) por su esencia intrínseca en la medida que las decisiones que se tomen sobre el Estado y el gobierno podrían afectar a cada ciudadano, que legitima su participación en el proceso para adoptar la decisión en cada caso particular.

Y qué mejor manera que hacer parte de las organizaciones jerárquicas en las cuales se ejecutan dichas decisiones o se elaboran de la mejor forma con miras siempre a la búsqueda del interés común y la realización de los fines estatales.

En la medida que la presencia en los cargos estatales, de la categoría que se establezca, significa un privilegio con relación a los demás ciudadanos que no intervendrían directamente en el diseño y ejecución de políticas públicas, la igualdad en el acceso a los mismos se constituye en criterio que morigera dicha desigualdad que en éste punto se pone de presente.

6.1 Libertad de configuración del legislador

El Artículo 125 de la Carta Política establece como regla general en materia de función pública, la carrera administrativa, así mismo señala las causales del retiro, incluyendo aquellas que determine la ley, es decir, el legislador asume una preponderancia tal, que se gesta, el principio de su libertad de configuración para retirar a una persona vinculada laboralmente con el Estado.

Tal prerrogativa, se puede ilustrar a partir de la Sentencia C-039 de 2006, mediante la cual se analizó cómo el legislador supeditó el retiro de la carrera diplomática y consular y del servicio a la no participación en la actividad de actualización o a la no superación del puntaje requerido. En la providencia referenciada se estudió la Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 33, parcial, del Decreto-Ley 274 de 2000 *“Por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la carrera diplomática y consular”*, y respecto al tema particular puntualizó: *“el legislador cuenta con una amplia libertad de configuración para establecer otras causales de retiro de la carrera de conformidad con lo dispuesto por el artículo 125 de la Ley Fundamental, sin contrariar los principios constitucionales que se persiguen con la misma, como la*

estabilidad e igualdad de los trabajadores”. En esa medida, puede establecer el procedimiento de evaluación y las consecuencias negativas que se derivan para quienes no participen de la misma o no la superen.

La Corte Constitucional determinó que el legislador extraordinario por expreso mandato *per se* constitucional puede fijar los criterios generales y regular las diversas etapas de la carrera diplomática y consular, así como deferir a una resolución ministerial la regulación de los aspectos puntuales en la realización de la *“actividad de actualización”*, entre los que se incluye el señalamiento del porcentaje para aprobar esa actividad, actividades, se insiste, en modo alguno viola la igualdad de oportunidades de los trabajadores, como lo sostiene el actor. Como eje de la argumentación trae a colación el artículo 125 de la Carta Política, el cual como ya se dijo, hace provisiones sobre el retiro de los servidores de carrera y confiere al legislador la competencia para señalar otras.

Resulta apropiado el estudio de este pronunciamiento de la Corte Constitucional, en cuanto se reitera que los derechos de carrera administrativa, no se traducen en un derecho a permanecer en el servicio, pues esa permanencia y estabilidad se sujetan a los principios de eficacia y eficiencia en la función pública, los cuales son verificables mediante procesos de evaluación de los servidores de carrera, frente a este aspecto refirió: *“El hecho de que el legislador en el Decreto 274 de 2000, estableciera por primera vez la evaluación de los Embajadores de carrera mediante una “actividad de actualización”, no contraría el ordenamiento constitucional, y particularmente no desconoce los derechos consolidados de dichos funcionarios. Se trata de dar desarrollo a la regla general de carrera consagrada en el artículo 125 de la Carta Política en virtud de la cual el ingreso y la permanencia en el servicio público se sujetan al principio del mérito como criterio de evaluación”*⁶².

Entonces para el examen de constitucionalidad de las leyes se tiene en cuenta, además del texto expreso y explícito de la carta política, aquellos principios que surgen de su lectura en la medida que dimanen de la estructura estatal por la misma Constitución fijada y los fines estatales en ella consagrados.

Constituye entonces un criterio para evaluar la constitucionalidad de las leyes que regulan las condiciones de acceso y retiro de los cargos públicos, su finalidad. El propósito del legislador no debe alejarse de aquel propuesto por el constituyente primario al señalar como regla general que los empleos, por regla general serían de carrera administrativa.

Por la misma vía, la libertad de configuración legislativa en materia de carrera administrativa se supedita al no abandono del criterio del mérito como exigencia primaria para ser nombrado en un cargo público. Pero la estabilidad, principio

⁶² Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-039 de 2006. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

fundante de la carrera administrativa y principio constitucional (artículo 53), no puede tampoco soslayarse a partir de la acción del legislador hasta el punto de hacerla nugatoria en la práctica.

7. PRINCIPIO DE ESTABILIDAD

Para abordar el principio de estabilidad laboral, es imprescindible emprender diferentes reflexiones respecto al significado del trabajo, pues no es dable explicar una característica sin referencia al parámetro, una situación en este sentido torna un concepto vago e impreciso. En este apartado se expone, inicialmente los desarrollos socio-económicos de la conceptualización del trabajo y las transformaciones que ha significado para los individuos en los distintos momentos y como la legislación laboral se ha transformado como respuesta a las nuevas dinámicas económicas; posteriormente se exponen dos de los elementos más significativos para la conceptualización del principio de estabilidad cuales son: la irrenunciabilidad, por parte del trabajador, a los beneficios mínimos en una relación contractual y la autonomía del mismo para establecer contratos de trabajo.

El trabajo se moldea como valor en la sociedad actual, convirtiéndose en un patrón unificador y patrón de orden que se determina como aquel que permitió al hombre identificarse con sus demás congéneres. Nótese como la Edad Media, cuando el centro y la esencia del hombre fue el más allá y el temor por la eternidad, cambia drásticamente con la aparición del capitalismo y la ola de la producción, y todo apuntó a la producción y a la riqueza, por lo tanto la inversión de la energía vital se concentró en el trabajo, y permitió el éxito en esta transición.

Fue así como ese miedo se fue evaporando, y la premonición también, y el trabajo adquirió un significado mercantil que sólo responde a esa lógica y al aplicarse este valor el hombre se convierte en el transformador de todo lo que existe, para demostrar que sus capacidades le permiten obtener lo que necesita y ser el impulsor de lo que requiere la sociedad.

El trabajo se convierte en aquella variable que produce valor agregado a todas las sustancias, riqueza de las naciones de acuerdo con Smith, factor de cohesión social, criterio identificador y calificador de las personas, esté último factor determinado en las actividades y aspiraciones individuales, que facilita entornos o contextos para la comunicación e interrelación y acapara gran parte de las expectativas y el tiempo de quienes a través del mismo desarrollan su proyecto de vida como pasa con la mayoría de hombres y mujeres que integramos las sociedades occidentales.

Para describir el surgimiento del derecho del Trabajo, se siguen los planteamientos esgrimidos por Antonio Romero Milano, en su publicación "Derechos Laborales: ¿dónde están hoy, dónde mañana?"⁶³ texto que se refiere a los principales hitos históricos y normativos, e instrumentos legales que otorgaron una protección al trabajador, además a

⁶³ Antonio Romero Milano. Derechos Laborales: ¿dónde están hoy, dónde mañana?. Revista Gaceta Laboral, Vol. 10, No. 3. 2004.

la actual situación del trabajo, que se caracteriza por modificaciones profundas en las instituciones y estructuras que fueron resultados de las luchas sociales que con inmenso esfuerzo, desarrolló la primera clase del proletariado.

Recuérdese que en un primer escenario, fue Robert Owen en 1818, quien hace un llamado a la naciente sociedad industrial europea a dictar medidas que protegieran al trabajador, puesto que desde sus inicios, precisamente, este no constituía el mejor rasgo del modelo industrial, debido a fenómenos como las largas jornadas laborales y el trabajo forzoso.

El autor referido trae a colación la primera “Ley de Trabajo” inglesa, resaltando que se aplicó a todas las fábricas textiles y prohibía el empleo de cualquier niño menor de nueve años, así mismo limitaba las horas de trabajo de los niños menores de trece años a nueve horas y el de los jóvenes menores de dieciocho a doce horas. Para la fecha en la cual fue aprobada por el parlamento Inglés, en 1833, sin duda fue un importante paso en materia de justicia social. Y esto se debe a que precisamente el rasgo que caracterizó tanto al siglo XVIII como al XIX, no fue otro que el de la indefensión social.

El trabajador que surge de la experiencia industrial capitalista desde 1760 en adelante, es un ser desprovisto de cualquier norma de protección social-laboral. Es un tiempo signado por la inseguridad social absoluta, situación que no dista de lo que actualmente sucede. Esta situación se tradujo, a lo largo de todo el siglo XIX, en una especie de incertidumbre cotidiana, donde el trabajador, veía transcurrir sus días con pocas expectativas de futuro.

Por su lado, Eric Hobsbawm “Al comienzo de la semana no sabían cuánto dinero podrían llevar a sus casas al finalizar aquella. No sabían cuánto iba a durar su trabajo, o, si lo perdían, cuándo podrían conseguir otro empleo, o bajo qué condiciones tampoco sabían cuándo iban a encontrarse con un accidente o una enfermedad y, aunque eran conscientes de que en cierto momento de su vida, en la edad madura -quizás a los cuarenta años para los obreros no calificados, serían incapaces de llevar a cabo, en toda su extensión, el trabajo físico de un adulto, no sabían que les pasaría entre este momento y la muerte”⁶⁴.

Se dilucida entonces, cómo este primer ciclo del desarrollo industrial en materia del trabajo tuvo evidentes signos de desprotección social, como regla general y rasgo diferenciador, y el trabajador medio se vio obligado a aceptar jornadas laborales de 12 a 14 horas diarias con insignificantes salarios. Por su parte los derechos de asociación o de huelga constituían verdaderos delitos. Eran impensables dispositivos técnicos, en términos de salud e higiene ocupacional, de ahí que la esperanza de vida de un trabajador europeo llegó a situarse en los 32 años. En esta época del liberalismo absoluto, el trabajo se consideraba una mercancía, y no existía una intervención del Estado.

⁶⁴ HOBBSAWM, Eric, The Age of Revolution, Nueva York; New American Library, Sf , pp. ... 4 Leal y Woldemberg, 1977, p. 28.

Para Adolfo Álvarez Buylla, el surgimiento del derecho del trabajo es importante para la burguesía, pues cerrar los ojos a la inclemencia de las necesidades del proletariado, puede significar sangrientas represarías.⁶⁵ Como puede verse, los análisis plantean la permanente e inagotable tensión entre capital y trabajo, entre derechos mínimos fundamentales de los obreros o empleados y la libertad de industria, es decir, dos intereses que pueden yuxtaponerse, las necesidades personales de cada trabajador y la necesidad de la empresa de crecer y competir, este rasgo es preponderante.

Las normas del trabajo, que aisladamente tuvieron gestación y promulgación luego de todo tipo de conflictos, se convierten en resultado y a su vez catalizador del conflicto que así se plantea y, desde la Ley Benot de 1873 hasta la actualidad se sucederá todo un corpus legal que, regulando el fenómeno social del trabajo por cuenta ajena, que constituye el armazón del ordenamiento laboral, sostiene el edificio entero del orden social. Un orden social que ha sido denominado por Robert Castell como “la sociedad salarial”, sociedad en la que el trabajo ha venido constituyendo la vía principal de integración de sus miembros, en la que la estabilidad laboral se convierte en norma, en la que el acceso del trabajador a parte de la propiedad social y a los servicios públicos se convierte en derecho ciudadano y en la que, en definitiva, la articulación del trabajador con el conjunto social se produce mediante la mediación constituida por el propio Derecho del Trabajo”⁶⁶.

Las nuevas formas de contratación, la mala utilización de formas contractuales o legales tales como la agencia, el corretaje, el contrato de prestación de servicios, el sistema solidario por medio de cooperativas, son algunas manifestaciones de ese proceso de desregulación y deslaboralización, y desconocimiento de las garantías mínimas para el trabajo.

La sociedad salarial se encuentra en crisis, y por ende su instrumento unificador, el derecho laboral, debido a que la separación entre los que trabajan y los inactivos es débil, pues ahora se presentan situaciones híbridas en los llamados contratos atípicos de trabajo, como el de tiempo parcial, que coadyuva a una nueva realidad proletaria, en cuanto ya no se habla de oficio sino de empleabilidad soportada en aptitudes de índole inmaterial, el tema de la jornada que en un principio soportó todo el andamiaje legal, ya se desvanece a situaciones como lo que acontece en el trabajo por jornada flexible, o trabajo por horas, lo que repercute en la precariedad para el subordinado.

Con estas nuevas situaciones, lo que acontece es que nuevamente se tiene una desregulación en el campo laboral, debido a que lo realmente importante termina siendo

⁶⁵CARRETERO Miramar, José Luis. *La imparable crisis del derecho del trabajo*. Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas. 19(3): 415-420, 2008. España: Universidad Complutense de Madrid, 2008. p 3. <http://site.ebrary.com>. Copyright © 2008. Universidad Complutense de Madrid. All rights reserved. Consulta realizada el 4 de abril de 2011.

⁶⁶ Confrontar: CARRETERO Miramar, José Luis. *La imparable crisis del derecho del trabajo* p 4.

el aumento del trabajo, sin importar las condiciones o las garantías del mismo, retornando la situación de los trabajadores a los tiempos de la explotación, panorama que no escapa a las vinculaciones con el Estado, pues como se analiza en este trabajo, una de las manifestaciones de esa precaria situación es que, bajo la cortina de humo de la modernización, se suprimen empleos de decisiones que no se encuentran ajustadas constitucionalmente.

Las desigualdades sociales que el proceso anteriormente señalado ha llevado al resurgimiento de posiciones radicales que cuestionan el sistema capitalista y la civilización misma tal como se concibe. Así autores contemporáneos han enfatizado en la contraposición entre democracia y mercado por ejemplo Houtart señala que: “La totalidad del sistema de explotación económica del capital por la tendencia expansionista de la subsunción formal de la ley del valor y la imposición del mercantilismo como lógica de funcionamiento organizativo de producción y reproducción de la vida social –y, en consecuencia, el funcionamiento devorador de las bases fundamentales de la civilización humana: la naturaleza y el hombre, hace necesaria la empresa crítica radical de la deslegitimación del capitalismo para poder recrear la esperanza”⁶⁷.

En la competencia ideológica entre el socialismo y la democracia, se han impuesto las ideas, estructuras, conceptos e instrumentos la libertad, la democracia, economía de mercado, justicia social, autodeterminación y convivencia pacífica. Luego de los acontecimientos de 1989, estas ideas registraron un notable avance en todo el mundo. Era de prever así porque en otras regiones del planeta habían demostrado su eficacia y, al menos en apariencia, habían creado sociedades de bienestar basadas en un orden democrático estable. Parecía ser que esa era la única alternativa en esas circunstancias y que debía ser implementada”⁶⁸.

La democracia requiere también estabilidad económica. La economía es un factor esencial en la estabilidad de la democracia. Transciende la dimensión del trabajo y del capital, producción y abastecimiento. “En toda la sociedad existe la necesidad permanente de resolver problemas económicos. Las personas tienen necesidades que deben ser satisfechas con bienes y servicios. Para prevenir una situación de caos derivada de una actividad desordenada se requieren reglas, normas e instituciones”⁶⁹.

En el proceso histórico de competencia y selección entre los sistemas, la Economía Social de Mercado supo interponerse entre la lucha con el capitalismo y el socialismo real. En toda una serie de países supo demostrar que su eficiencia y los resultados exhibidos son

⁶⁷HOUTART, François. *El camino a la utopía desde un mundo de incertidumbre*. Argentina: CLACSO, 2009. p 11. <http://site.ebrary.com/lib/>. Copyright © 2009 .CLACSO. All rights reserved.

⁶⁸THESING, Josef, *Estado de Derecho y democracia. Una Introducción*. Editorial Konrad Adenauer. . 1997, p.12.

⁶⁹ *Ibídem* p. 16

una contribución fundamental a la estabilidad de los sistemas democráticos, así en palabras del Presidente de Alemania RomanHerzog, el secreto de la economía de mercado consiste en asignar a las personas el espacio y el estímulo para impulsar su actividad económica, lo cual a su vez hace más rico al empresario, y a la sociedad en sí porque ofrece mayor número de puestos de trabajo, abonando por éstos salarios, y a su vez financia prestaciones sociales, en esta dinámica el Estado se convierte en director de la política, es “el pueblo mismo en su inescindible unidad”; a su vez, el pueblo sólo en la forma de Estado es pueblo político, pues solo como Estado está capacitado para querer y obrar”⁷⁰.

En la dinámica del producir más y mejor, la sociedad se concentra en universo darwiniano, y para evitar la propia autodestrucción, se hace urgente una nueva organización social. De ahí, un nuevo contexto para el parámetro de la auto-organización⁷¹, de un ser humano que tenga espacio la multiplicidad, capaz de actuar sobre la realidad, vez múltiple y global, desvirtuando entonces la unidad de pueblo que permite reducir las diferencias en una unidad.

En el ámbito internacional se vieron cambios normativos que reflejaron parcialmente la situación descrita como el que se presentó, a propósito de la flexibilización laboral y desarrollo de una política de reparto en España mediante la Ley 35 de 2010, que se promulgó con el objetivo esencial de contribuir a la reducción del desempleo e incrementar la productividad de la economía española. A estos efectos, se dirige a corregir la dualidad de tal mercado de trabajo promoviendo la estabilidad en el empleo y a incrementar la flexibilidad interna de las empresas, como aspectos más destacables.

De manera más concreta, las medidas incluidas en esta norma se dirigen, de acuerdo con su redacción, a lograr tres objetivos fundamentales: primero, reducir la dualidad del mercado laboral español, impulsando la creación de empleo estable y de calidad, en línea con los requerimientos de un crecimiento más equilibrado y sostenible. Segundo, reforzar los instrumentos de flexibilidad interna en el desarrollo de las relaciones laborales y, en particular, las medidas de reducción temporal de jornada, como mecanismo que permita el mantenimiento del empleo durante las situaciones de crisis económica, reduciendo el recurso a las extinciones de contratos y ofreciendo mecanismos alternativos más sanos que la contratación temporal para favorecer la adaptabilidad de las empresas”⁷².

⁷⁰LARENZ, Karl. *La Filosofía Contemporánea del Derecho y del Estado*. Ediciones Jurídicas Axel. Bogotá Colombia. 2009. p. 208

⁷¹Houtart, François. *El camino a la utopía desde un mundo de incertidumbre*. Argentina: CLACSO, 2009. p 28.<http://site.ebrary.com/lib/>. Copyright © 2009.CLACSO.Allrightsreserved

⁷²REPÚBLICA DE ESPAÑA, Congreso de la República, Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

Lo anterior, han sido respuestas, parciales que han procurado contrarrestar la desregulación que se venía desarrollando para responder a las exigencias propias de las dinámicas económicas, en desmedro del derecho fundamental al trabajo. Sin embargo, el dilema estriba en cómo preservar un conjunto de derechos laborales protectores, producto de largos procesos de luchas sociales y de prácticas conciliatorias, en el marco de una cambiante economía que plantea nuevas realidades; donde además, las desigualdades sociales no han desaparecido, sino por el contrario, se han profundizado.

Bastan las anteriores razones, para afirmar con vehemencia que la búsqueda de una opción que responda a los nuevos requerimientos, sin lesionar los más elementales derechos laborales de los ciudadanos, coadyuva indiscutiblemente al bienestar general.

Así, los interrogantes por resolver son: ¿Cómo mantener unos derechos laborales fundados en los principios mínimos fundamentales e irrenunciables, en el contexto de inaplazables cambios e instituciones? ¿Cómo aplicar las garantías del derecho laboral para quienes no cuentan con un contrato laboral en sentido estricto, que en la actualidad es el instrumento que lo protege? ¿Cuál debe ser la actitud del Estado frente a la posición de recortar garantías a los ciudadanos cuando esto de por sí lleva a la hecatombe de su propia permanencia y bienestar, y cuando, como Estado, requiere de un andamiaje institucional que le permita funcionar y responder a las necesidades sociales?

La situación actual se caracteriza por la preocupación de que todos deben tener trabajo por cuanto las sociedades se impulsan por denominar trabajo a todo tipo de actividades, esto se originó en la reducción teórica esbozada por Marx, cuando indicó que aspectos como la cultura también hacen parte del mismo, de ahí que de manera infortunada la esencia humana también se enmarca en el concepto de trabajo, lo fundamental es indagar sobre qué otros aspectos pueden conducir al hombre hacia la utilidad social, la integración, procesos que el trabajo no ha logrado, en palabras de Dominique Méda, se trata de un proceso de desencantar el trabajo, descargarlo de las excesivas esperanzas que le fueron confiadas para abrir un espacio verdaderamente público al ejercicio de las diferentes capacidades humanas y se podrá reorganizar, también el trabajo”⁷³.

La solución entonces no es extender el trabajo a más formas de actividad humana, así como tampoco lo es, la escisión de lo que es cultura y trabajo, en cuanto es satanizar este último concepto, porque tácitamente se indica que sólo lo que envuelve trabajo es material y productivo.

[BOE. Boletín Oficial del Estado núm. 227, 18 de Septiembre de 2010](#) › [I - Disposiciones Generales](#) › Jefatura del estado Marginal: BOE-A-2010-14301. Versión refundida: [Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.](#)

⁷³ MÉDA, Dominique. El Trabajo un valor en peligro de extinción. Ed. Gedisa, p 238.

El dilema entonces, es que en el intercambio de mercancías sólo satisface el bienestar individual, y es esa acumulación de bienes que abrogan la caracterización de un hombre con una categoría superior, porque el interés superior es la utilidad. El planteamiento de Smith, según el cual la riqueza individual acaba mejorando el bienestar de todo el pueblo y de manera fundamental de toda aquella clase que vive en apuros, en sus palabras la economía es la ciencia que da cuenta de esas leyes contribución- retribución fuente primaria de las leyes del trabajo, que por supuesto repercute en la estabilidad laboral, en cuanto si una empresa aspira competir utilizan las herramientas de una competitividad dinámica, implementando modelos de flexibilidad laboral, soportados en la capacidad de reducir o ampliar la planta de trabajadores en función de los ciclos del mercado, soportado en “la emergencia de nuevos mecanismos de contratación como el empleo casual, empleo a tiempo parcial, trabajadores sin contrato formal y trabajadores temporales”⁷⁴.

Así, como plantea Serrano⁷⁵, siguiendo los planteamientos regulatorios de la mano invisible de Adam Smith, respecto a los mecanismos que explican el desarrollo de las naciones, establece que dicho sistema funciona como resultado de la formación de la conciencia moral que propende por la racionalidad, en términos de optimización de los bienes individuales y, con ella, de las condiciones institucionales que hacen posible el desenvolvimiento de una economía de mercado, donde la división del trabajo constituyó el factor crucial para su consolidación a expensas de las condiciones para los trabajadores que, al desarrollar actividades sencillas y repetitivas, donde no requiere de mayores destrezas intelectuales, se corre el riesgo de un atraso en el desarrollo integral del individuo, por lo que resalta la necesidad de la intervención del Estado con el desarrollo de un marco institucional que garantice un sistema educativo fortalecido.

La transformación de los postulados del trabajo entonces, debe insertar la idea que no se trata del derecho de una clase, sino que es la combinación donde se propenda por articular a la sociedad en general frente a los cambios de la economía; por lo tanto, no se trata de acomodarlo a la ciencia económica, se trata de no oprimir al hombre a la desigualdad, pues como ha expuesto el profesor Ojeda Aviles, cuando se refirió a BARBASH, eficiencia empresarial y justicia laboral, nada tiene que ver con panaceas ilustradas de flexi-seguridad, y dan cuenta de las sinergias a las que debemos hacer frente en las próximas décadas, en el sentido de que no puede haber un avance económico que no cuente con un factor humano, ni tampoco a la inversa, un avance social que no tenga en cuenta las repercusiones económicas, se trata entonces de la enseñanza de un nuevo método en donde los factores a considerar son siempre dos, y lo más importante que la dialéctica entre ellos no conduce a la victoria de una parte sobre la

⁷⁴MORA Salas, Minor. *El riesgo laboral en tiempos de globalización*. Estudios Sociológicos, 21(3): 613-642, 2003. México: El Colegio de México, A.C., 2010. p 653. <http://site.ebrary.com/lib/>. Consulta realizada el 6 de mayo de 2011.

⁷⁵ SERRANO Gómez, Enrique. *La infraestructura moral del mercado y la democracia: reflexiones a partir de la teoría de Adam Smith*. Colombia: Red Co-herencia, 2009. p 46. <http://site.ebrary.com/lib/> Consulta realizada el 6 de mayo de 2011.

otra, sino a un ajuste siempre frágil y evolutivo de los intereses en presencia. Resalta el maestro Ojeda, en sus exposiciones en la introducción a su texto “La Deconstrucción del Derecho del trabajo”: El abismo entre economistas, laboristas, o entre mercantilistas o laboristas, no es tan grande como pareciera” (...) el binomio de equidad y eficiencia es también conocido por ellos.

El profesor Ojeda, se refiere a este principio en el acápite “Las transiciones del principio de estabilidad”⁷⁶, indicando que en España hace más de veinticinco años que se le puso fin a este principio de la estabilidad del empleo y la aparición del principio de flexibilidad. El primero significó la conservación del contrato o continuidad de la relación. Abroga a la jurisprudencia el aporte que estableció el principio de correspondencia entre la duración del contrato y la del trabajo a efectuar, considerando abusivo un contrato temporal si se ha realizado para trabajos permanentes en la empresa.

Como continuación de su argumentación, el maestro Ojeda trae los postulados de MONTOYA MELGAR, plasmados en su texto “La estabilidad en el empleo y su garantía jurisdiccional y administrativa”⁷⁷ que señala que el empresario prefiere el contrato temporal puesto que el trabajo así enrolado es menos reivindicativo que el fijo, menos proclive a la sindicalización, más adaptable a la movilidad de empresa, y porque su terminación es más económica que el contrato a término indefinido.

7.1 Irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales

Cuando surge la pregunta de por qué son irrenunciables ciertos beneficios mínimos establecidos por las leyes laborales, la respuesta debe apuntar a la conexidad del trabajo con la dignidad de la persona humana y con el libre desarrollo de la personalidad. Ya se ha mencionado cómo el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que debe haber condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo. No se trata de laborar de cualquier forma, sino de una manera adecuada a la dignidad del trabajador. Por ende, la cultura humana ha descubierto unas veces, y ha luchado por implantarlos, otras, beneficios que una vez adquiridos, se tornan en irrenunciables, porque de lo contrario, se desconocería la dignidad humana. Para renunciar jurídicamente a la dignidad humana, tendría que renunciarse al ser personal, hipótesis impensable en un orden social justo. El Estado Social de Derecho, que tiene como fin *servir a la comunidad*, no puede tolerar que el derecho al trabajo -que es de interés general-, se vea menguado por renunciaciones que el trabajador, en estado de necesidad, pueda verse forzado a hacer, como,

⁷⁶OJEDA, Aviles. La Deconstrucción del Derecho del Trabajo. Editorial Claves la Ley. 2010, p. 614.

⁷⁷ Ibíd. P. 614.

por ejemplo, aceptar un despido sin justa causa, ante la perspectiva de recibir con prontitud el dinero proveniente de una indemnización. De una u otra forma, implicaría renunciar a uno de los fines personales del hombre, que es, como se ha dicho, el de buscar su propia realización a través de un trabajo honrado y lícito, y cuando un fin es inalcanzable, de una u otra forma, todos los medios van perdiendo su razón de ser.

Toda vez que la decisión de la Corte en Sentencia C-479 de 1992, repercute en el tema de Carrera administrativa como regla general para los empleos en los órganos y entidades del Estado, se expuso la importancia de esta institución en el Estado, en la sentencia referida se señaló, entre otras cuestiones, la siguiente:

"En este aspecto, la armonización de los dos principios analizados -la eficiencia y la eficacia de la función pública- con la protección de los derechos que corresponden a los servidores estatales resulta de una carrera administrativa diseñada y aplicada técnica y jurídicamente, en la cual se contemplen los criterios con arreglo a los cuales sea precisamente el rendimiento en el desempeño del cargo de cada trabajador (el cual garantiza eficiencia y eficacia del conjunto) el que determine el ingreso, la estabilidad en el empleo, el ascenso y el retiro del servicio, tal como lo dispone el artículo 125 de la Constitución. Estos aspectos en una auténtica carrera administrativa, deben guardar siempre directa proporción con el mérito demostrado objetiva y justamente. (...)"

En la Sentencia se analizó las diferencias entre los empleados de libre nombramiento y remoción, y los empleados de carrera para concluir que la norma demandada atenta contra el derecho a la igualdad de los empleados de la carrera tributaria con respecto a los de otras ramas, y desconoce su estabilidad laboral, al dejar al arbitrio del nominador el retiro de un trabajador, sin un principio de razón suficientemente válido para desvincular a un empleado de carrera. Va contra la naturaleza de la carrera administrativa otorgar al nominador la facultad discrecional para despedir, así sea con indemnización, a un empleado de carrera tributaria, el cual sólo puede ser retirado por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por la violación del régimen disciplinario o por causales previstas en la ley, de acuerdo con el artículo 125 inciso cuarto superior.

Resaltó que si bien es cierto que la carrera tributaria tiene un carácter especial, ello no implica que lo especial sea *excepcional*, por cuanto toda especie debe compartir las características del género. Por ende, la carrera tributaria comparte los principios generales de la carrera administrativa; es por ello que aunque tenga régimen especial, se deben tener en cuenta los principios generales para los empleados de carrera, y además respetar todos los derechos y garantías que para el trabajador reconoce la Constitución.

La Corte resaltó la apreciación del señor Procurador General de la Nación, en el entendido que, en este caso, se está legislando contra el núcleo mínimo y fundamental del sistema de carrera establecido en el artículo 125 de la Carta, y en general, contra las normas constitucionales que desarrollan la garantía del cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho, como son la eficiencia y eficacia en la prestación de los

servicios públicos y del respeto de los derechos laborales de los que están empleados en los órganos y entidades del Estado.

Trae a colación en esta sentencia los argumentos para declarar inexecutable el Decreto Ley 1660 de 1991, referente al plan de retiro *compensado*, porque se trata en efecto de una compensación mediante indemnización para empleados que son de carrera y no de libre nombramiento y remoción, cuando se les desvincula con fundamento en una facultad discrecional del nominador, sin atenerse a lo dispuesto por la Constitución y las leyes como causas de retiro para un empleado de carrera. La Corte, al respecto, manifestó:

*“Es inconstitucional la compensación ofrecida al funcionario amparado por derechos de carrera, no sólo porque con ella se pretende sustituir sus derechos, sino además por cuanto se crea un mecanismo generador de inestabilidad en el empleo para este tipo de servidores, que contraría abiertamente el artículo 53, inciso 2o. de la Constitución Política, llevándolo en forma implícita, a renunciar a los beneficios que le confiere estar vinculado a la carrera administrativa”.*⁷⁸

El máximo Tribunal Constitucional advirtió que sería contraproducente admitir que un régimen especial sea necesariamente "excepcional"; ya que nunca la especie puede contradecir al género. Además, resulta contrario a la Carta una indemnización, para lograr quebrantar los derechos de carrera, pues se trata de convertir en renunciables unos derechos que son esencialmente irrenunciables, tal como lo señala el artículo 53 Constitucional. Como fundamento de lo anterior se resaltó que no se puede transar en lo que está por esencia fuera de transacción. El derecho fundamental al trabajo nunca puede ser compensado por vías alternas, porque es inherente a las personas.

Finalmente, la Corte realizó una precisión que no comparte la autora, pues en aras de no invadir la esfera de la jurisdicción contencioso administrativa, aclaró que sí bien la conclusión es declarar la inexecutable de los artículos 39 literal a) y 40 del Decreto 1647 de 1991, en cuanto vulneran los artículos 25, 53, 58 y 125 de la Constitución Política, al ser notorio la violación del núcleo esencial del derecho-deber del trabajo, fundamental en un Estado de Derecho, recuerda que en virtud de su competencia para fijar el alcance de los efectos de sus providencias, en este, la inexecutable que se declara tiene efecto a partir de la vigencia del Decreto 1647 de 1991; y advierte que la definición de las situaciones individuales de aquellas personas que se consideraren afectadas en sus derechos laborales por las normas acusadas, es competencia de la jurisdicción establecida para este fin, es decir si bien es cierto se acepta la vulneración de un contenido material, e inalterable como lo es, el trabajo, quien desee el resarcimiento por dicha vulneración aceptada deberá impulsar un proceso judicial, entonces si es dispositivo, la pregunta es: ¿Dónde queda la irrenunciabilidad de este derecho?.

⁷⁸CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-479 de 13 de agosto de 1992. Ob. cit

7.2 Autonomía de la Voluntad en la Celebración de los Contratos de Trabajo – El Plazo Como Garantía de la Estabilidad Laboral

En la Sentencia C -003 de 1998, se analizó dos circunstancias puntuales vertidas en el artículo 2 de la Ley 64 de 1946, la primera de ellas, el plazo del contrato celebrado con entidades estatales, específicamente sobre la expresión “no podrá pactarse por más de dos (2) años”, la segunda que recae sobre la expresión del mismo artículo que autoriza la cláusula de reserva en los mismos contratos, esto es la posibilidad de terminarlos unilateralmente, “mediante aviso a la otra con antelación no inferior al período que regule los pagos del salario”, esta última prevé prescindir del aviso pagando igual período.

Vale aclarar: la celebración de contratos de trabajo a término fijo, lo cual no resulta violatoria de las normas superiores. Situación que ha sido ya definida por la Corte Constitucional:

- “No significa lo anterior que los denominados contratos a término fijo sean **per se** inconstitucionales; ellos son permitidos siempre que provengan del acuerdo entre las partes, es decir que haya consenso entre el empleador y el trabajador sobre la duración de la relación laboral, y no de la imposición del legislador, pues ésta se opone a la Carta en cuanto condena por vía general a una determinada clase de trabajadores a la inestabilidad en el empleo.”(Sentencia C-483 de 1995 M.P. Doctor José Gregorio Hernández Galindo).

-Un pronunciamiento adicional sobre la celebración de contratos a término fijo, se presentó en la Sentencia C-588 de 1995, destacando que la celebración de contratos a término definido no se opone a la estabilidad laboral, toda vez, que las relaciones laborales no son perennes o indefinidas, pues tanto el empleador como el trabajador, en las condiciones previstas en la ley y en el contrato tienen libertad para ponerles fin. La estabilidad, por lo tanto, no se refiere a la duración infinita del contrato de trabajo, de modo que aquélla se torne en absoluta, sino que, ella sugiere la idea de continuidad, a lo que dura o se mantiene en el tiempo, y es bajo esta óptica que el contrato a término fijo responde a la idea de la estabilidad en el empleo. Por lo tanto, no es cierto que sólo el contrato a término indefinido confiere estabilidad en el empleo, pues el patrono siempre tiene la libertad de terminarlo, bien invocando una justa causa o sin ésta, pagando una indemnización.

Los anteriores argumentos, soportan la potestad del legislador al regular la vinculación laboral de los trabajadores oficiales con los organismos administrativos, bajo la égida de un contrato de trabajo a término definido, sin violar por ello la Carta ni desconocer la garantía de estabilidad en el empleo. El interrogante es si podía hacerlo fijando como límite máximo dos años, término del contrato a término fijo.

En efecto, si la Administración requiere de la contratación indefinida de trabajadores oficiales, no se ve razón suficiente para obligar a la liquidación periódica, cada seis meses, de todos los trabajadores que así haya vinculado. Si la naturaleza del servicio

impone la contratación a término indefinido, es claro que resulta contrario a los principios constitucionalmente consagrados de celeridad, economía y eficacia, estar procediendo a la mencionada liquidación semestral. Siendo ello así, la norma no admite tal interpretación, sino la más acorde con la filosofía que inspira a la Carta Política en materia laboral, que propugna, entre otras cosas, por la garantía de la estabilidad de los trabajadores, así como por el principio de razonabilidad, conforme al cual la norma bajo examen no obsta para la celebración de contratos de trabajo a término indefinido, si así lo acuerdan expresamente las partes.

El artículo 2° de la Ley 64 de 1946, que resulta ser aplicable a los contratos de trabajo con la Administración Pública, define que el contrato de trabajo de los trabajadores oficiales no podrá tener una duración que supere el término de dos años. Y que cuando no se estipule un término, o este no resulte de la naturaleza misma del servicio contratado, se entenderá celebrado por seis meses; no obstante, no se presumirá este último plazo si los contratantes han pactado la llamada cláusula de reserva

De acuerdo con la ley, la cláusula de reserva constituye un modo de terminación del contrato de trabajo, que exime a la parte que unilateralmente pone fin a la relación laboral de la obligación de expresar el motivo por el cual lo hace. Esta prerrogativa, inicialmente consagrada en el artículo 48 del Código Sustantivo del Trabajo, era aplicable solamente a los contratos celebrados a término indefinido, debía constar por escrito, exigía un preaviso de 45 días que el patrono podía compensar en dinero, e implicaba el pago de todas las acreencias laborales, más no el de una indemnización de perjuicios por terminación unilateral sin justa causa.

Contra dicha institución jurídica se elevaron innumerables protestas por parte de sindicatos y trabajadores, por lo cual fue derogada por medio del Decreto-Ley 2351 de 1965.⁷⁹

La cláusula de reserva que se contempla en la norma que se analiza, resulta ser idéntica a la que consagró el artículo 48 del Código Sustantivo del Trabajo, y que acaba de comentarse.

De acuerdo con la Corte Constitucional, la cláusula de reserva se erige en un desconocimiento frontal de la garantía de estabilidad laboral que reconoce la Carta Política de manera expresa en el artículo 53 superior. En efecto, si bien esta garantía no reviste un carácter absoluto, por cuanto no significa un derecho del trabajador a permanecer indefinidamente en el cargo, concretándose tan sólo en el contenido de continuidad y permanencia que deben revestir las relaciones obrero-patronales, si involucra la necesidad de pagar una indemnización cuando dichas expectativas de permanencia resultan ser injustificadamente defraudadas. De esta manera, para la Corte la terminación puede considerarse respetuosa del mencionado derecho de rango superior,

⁷⁹ GONZALEZ CHARRY Guillermo, Derecho del Trabajo. Cuarta Edición Santafé de Bogotá, Editorial Temis 1976

aunque no obedezca a una de las causales de justa terminación consagradas por la ley, siempre y cuando se reconozca la correspondiente indemnización por despido injustificado⁸⁰.

Se destacó que la jurisprudencia de la Corte ha asumido la posición que no sólo el contrato a término indefinido confiera estabilidad en el empleo, ya que también el contrato a término fijo cumple con el objeto de preservar esta garantía constitucional, dado que tal garantía no se refiere a la circunstancia de que las relaciones laborales sean perennes o indefinidas, sino a que ellas respondan a la idea de continuidad.⁸¹

El derecho al trabajo, en su núcleo esencial, no implica *per-se* una vinculación laboral concreta. Como regla general, puede decirse que la vinculación laboral concreta solo puede ser considerada como un derecho fundamental de rango constitucional, cuando concurren elementos que la ubiquen en conexidad necesaria con el núcleo esencial del derecho al trabajo, como puede ser el caso en el que este constituya la única oportunidad de subsistencia para el sujeto. En este sentido la Corte Constitucional ha señalado:

“Es cierto que el derecho al trabajo es fundamental, y, por tanto, su núcleo esencial es incondicional e inalterable. Pero lo anterior no significa que los aspectos contingentes y accidentales que giran en torno al derecho al trabajo, sean, *per se*, tutelables, como si fueran la parte esencial. Una derivación del derecho al trabajo podría convertirse en parte esencial del mismo derecho, cuando concurren, a lo menos, varios elementos, como son la conexidad necesaria con el núcleo esencial del derecho en un caso concreto, la inminencia de un perjuicio si se desconoce el hecho, merecimiento objetivo para acceder al oficio o para ejercerlo, la necesidad evidente de realizarlo como única oportunidad para el sujeto. Si se confunde el derecho fundamental con los derivados del mismo, se daría el caso de que todo lo que atañe a la vida en sociedad sería considerado como derecho fundamental, lo cual es insostenible.”

“El derecho al trabajo, al ser reconocido como fundamental, exige la protección a su núcleo esencial, pero no trae consigo la facultad de obtener una vinculación concreta, porque ésta también puede constituir una legítima expectativa de otros, con igual derecho. Así, pues, en aras del derecho a la igualdad, no hay que proceder contra los intereses ajenos, sino en concordancia con ellos, de suerte que se realice el orden social justo, es decir, la armonía de los derechos entre sí.” (Sentencia T-047 de 1995. M.P. Doctor Vladimiro Naranjo Mesa).

Desde la anterior perspectiva jurisprudencial, la garantía de estabilidad laboral no se refiere a la permanencia indefinida en un cargo, ni a la imposibilidad de desvinculación sin expresión de una de las llamadas justas causas para terminar la relación laboral; en

80 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 003 de 1998, Referencia: Expediente D-1697, Magistrado Ponente: VLADIMIRO NARANJO MESA.

81 Ver Sentencia C-588 de 1995. M. P. Doctor Antonio Barrera Carbonell.

cambio, aquella sólo se ve suficientemente respetada cuando las normas jurídicas garantizan una indemnización por despido injustificado.

El salvamento de voto de la Sentencia antes referida⁸² se manifiesta en desacuerdo con el interrogante que se planteó la Corte. En su criterio, lo que ha debido preguntarse es si resultaba ajustado a la Constitución, y en particular a lo dispuesto en el artículo 53 constitucional, la norma que permite que, para la realización de una labor de carácter permanente, el Estado pueda contratar trabajadores oficiales a término fijo y decidir, autónomamente, con ocasión de cada vencimiento, si prorroga o no los respectivos contratos. En mi criterio esta normatividad no se encuentra constitucionalmente justificada.

Dicho salvamento de voto pone de manifiesto que una Constitución que tiene por característica fundamental la defensa de los ciudadanos frente al abuso del poder, no admite que en nombre de formulaciones vagas como "el interés público" o "el bienestar general" se restrinjan los derechos de las personas. "A estos conceptos hay que llenarlos de contenido y someterlos a un análisis de estricta proporcionalidad para evitar la arbitrariedad de las autoridades que se ven tentadas a actuar en nombre de tan altos y vagos conceptos". Puntualiza que la norma estudiada no defiende ni intereses generales de la administración - la regulación permite el relevo "clientelista" del personal de trabajadores oficiales de empresas públicas o mixtas y afecta injustificadamente los principios de eficiencia, especialización etc. -, ni intereses constitucionalmente tutelados como los del trabajador a tener un puesto de trabajo estable o a que la sustancia prime sobre la mera formalidad. Manifestó su inconformidad en el hecho que el aparte del artículo 2 de la Ley 64 de 1946, que reza "no podrá pactarse por más de dos años", ha debido ser declarado inexecutable, y no endilgar lo indefinido a la libre voluntad de las partes, cuando en efecto no lo son⁸³.

En cuanto a los trabajadores públicos, el principio general en materia laboral es la estabilidad entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haga observancia de las condiciones fijadas por la ley en las relaciones de su desempeño no debe ser removido. Claro que estabilidad no quiere decir que el empleado sea inamovible, como si la administración estuviera atada de manera irreversible a sostenerlo en el puesto que ocupa en los casos de ineficacia, inmoralidad, indisciplina o paquidermia en el ejercicio de las funciones que le corresponden, pero esto no se puede confundir con el otorgamiento de facultades omnímodas al nominador para prescindir del trabajador, sin relación alguna de causalidad.

⁸² VLADIMIRO NARANJO MESA, Salvamento parcial de voto a la Sentencia C-003/98

⁸³ *Ibíd*em

Así mismo, la estabilidad es expresión del artículo 7 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por Colombia y que tiene un efecto interpretativo sobre los derechos y deberes consagrados por la Constitución. Dice dicho artículo: “Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: ... c. Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y de capacidad”.

El principio de estabilidad impide que la autonomía de la voluntad produzca sus efectos en toda su plenitud. Esa estabilidad significa que en cuanto subsistan las causas y la materia que le dieron origen a la relación laboral, ésta se mantiene porque el principio tiene como fundamento la Constitución Política:

Art. 53.La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”.

8. SUPRESIÓN DE CARGOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En capítulos anteriores se ha desarrollado la temática atinente a las generalidades de la carrera administrativa aplicadas al ordenamiento colombiano y enfocada al derecho a la estabilidad en el empleo de aquellas personas que ejercen la función pública. El propósito ahora es abordar la excepción más controversial al principio de estabilidad, referente a la facultad que tiene la administración para suprimir cargos como parte de procesos de reestructuración de plantas de personal, con los fundamentos teóricos de dicho atributo y la aplicación en eventos prácticos.

8.1 Fundamentos Teóricos

Von Hayek⁸⁴ afirma: “ (...) *socialism in the old definite sense is now dead in the Western world*” como parte de su teoría del fin del siglo del socialismo que en su modo de ver imperó a partir de 1848 en el mundo occidental. Concibe en su posición el *welfare estate* como un apéndice del Estado Socialista o una manifestación del mismo en los países occidentales. En esa medida el estado de bienestar además de ser una limitación exagerada de las libertades, se muestra como una forma de perpetuar el estado de niñez en los individuos, al ser asumidas por el Estado numerosas tareas tendientes a suplir necesidades de las personas, que son vistas como actividades que no solo podrían sino deberían llevar a efecto los mismos particulares en aras de la realización misma de los principios liberales que el mencionado autor rescata.

La posición de Von Hayek conlleva ineludiblemente a abordar el tema del recorte en el tamaño del Estado. En la medida que algunas tareas realizadas por el Estado de Bienestar, pasen a ser del dominio del mercado o los particulares, el Estado debe sufrir un recorte en su tamaño. Es que el Estado epistemológicamente considerado, en toda disyuntiva, liberal o neoliberal, es visto como un opuesto o, en el mejor de los casos, una clara limitante de la libertad individual.

El recorte del tamaño del Estado lleva consigo la disminución de funciones, de dependencias, de industrias y empresas propiedad del Estado, de entidades e, ineludiblemente, de empleados estatales.

Las teorías antes descritas, a partir de la era Thatcher en Inglaterra fueron acogidas a nivel generalizado en el mundo sobre todo por la necesidad común que surgió en los años

⁸⁴ VON HAYEK, Friedrich, *The Constitution of Liberty: Definitive Edition*, Capítulo: *Freedom in the welfare state*, p. 367, documento encontrado en Internet, URL: http://books.google.com.co/books?id=SrAJFwL1j0YC&pg=PA18&dq=von+hayek+friedrich&hl=es&ei=ZIs1TvQo4urRAeW64PcL&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCgQ6AEwAA#v=onepage&q=von%20hayek%20friedrich&f=false consulta realizada el 10 de enero de 2011.

80's de disminuir el gasto estatal, además partiendo de la justificación relativa a la corrupción que se presenta en diferente escala en el manejo de los recursos públicos.

“El neoliberalismo en su concepción tatcheriana, ha tenido como pilar básico la competitividad a escala global entre países, regiones, empresas y, por supuesto, entre individuos. El culto a la competitividad es justificado como un darwinismo económico, en el que las fuerzas invisibles del mercado permiten la supervivencia de los más fuertes, separando a los competentes de los incompetentes. En el fragor de la guerra capitalista, los grandes Estados y las multinacionales han replanteado su táctica económica aplicando el capitalismo de alianzas en el que la mayor parte del capital va destinado a operaciones de fusión, supresión, escisión y adquisiciones.”⁸⁵

Con posterioridad, en los 90's cobró máxima relevancia el concepto de eficiencia aplicado también a las actividades estatales. En esa medida la gestión con base en metas y resultados entró a hacer parte de los principios orientadores de la función pública lo cual se reflejó en la expedición de normas, en toda la administración pública, y en el diseño de las políticas públicas que se reflejan en los planes estatales que en nuestro país se manifiestan en los planes de desarrollo.

Como quiera que la función pública siempre ha estado ligada al principio de la prevalencia del interés general, la supresión de cargos no se escapa de esa lógica y así se entrelaza con el anteriormente mencionado principio de eficiencia, y con la necesidad de modernización del Estado y lucha contra la corrupción.

La Corte Constitucional Colombiana ha considerado al respecto: “La supresión de los empleos surge como resultado del proceso de modernización del Estado y de la necesidad que tiene éste de reestructurar algunos entes con el fin de lograr mayor eficiencia y una eficaz prestación del servicio público que le ha sido asignado. También podría, en principio, justificarse cuando su fin esté dirigido a reducir la burocracia administrativa, controlar el gasto público, moralizar la administración o hacerla más eficaz, etc., labor que debe realizarse dentro de claros criterios de razonabilidad, proporcionalidad y prevalencia del interés general.”⁸⁶

Con anterioridad a la expedición de la decisión atrás citada, referida a la existencia de causas válidas para suprimir un empleo tales como la modernización del Estado, reducción de la burocracia administrativa, control del gasto público entre otras, la Corte Constitucional emitió un pronunciamiento con ocasión de numerosas demandas por inconstitucionalidad en contra una ley que dotaba al Presidente de expresas facultades para modificar la nomenclatura, escalas de remuneración, el régimen de comisiones, viáticos y gastos de representación, y tomar otras medidas en relación con los empleos

⁸⁵TRUJILLO CABRERA, Juan Carlos, *Supresión de Cargos en la Administración Pública*, Librería Ediciones del Profesional, Bogotá D.C., 2005, p. 71

⁸⁶CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C – 095 de 1996, Magistrado Ponente: CARLOS GAVIRIA DIAZ

del sector público del orden nacional y el Decreto Ley que se expidió bajo el amparo de tales facultades.

El Decreto, que fue el 1660 de 1991 dispuso la creación de mecanismos de retiro del servicio y el pago de indemnizaciones pecuniarias.

La norma creó dos nuevas causales de retiro de los empleados públicos que consistían en *insubsistencia con indemnización y retiro voluntario mediante bonificación*.

Vale aclarar, como comentario personal de la autora, que las modalidades de retiro antes enunciadas se creaban en un esquema neoliberal que se imponía en nuestro país bajo el liderazgo del jefe de Estado de aquel momento que comprendió múltiples reformas al Estado y la economía de Colombia entre las que se contó la llamada para aquel entonces “apertura económica”.

Retomando las consideraciones de la Corte Constitucional con ocasión de la normativa referente a la desvinculación de funcionarios a través de un plan de retiro voluntario, se dijo en aquella oportunidad: “El Estado moderno necesita tecnificarse para brindar a los gobernados plena garantía en el sentido de que controle los diversos factores de carácter económico y social que debe atender para cumplir el papel que le corresponde en orden a obtener el bienestar de la comunidad. Eso es imposible si no se cuenta con mecanismos aptos para diseñar, en el corto y en el largo plazo, una planificación que, más allá del simple diagnóstico de necesidades, indique los medios a través de los cuales -en los distintos órdenes- se orientará una acción coordinada de las agencias estatales para atenderlas, señalando las prioridades y las metas propuestas, dentro de un contexto adecuado al desarrollo integral.”⁸⁷

Y es que en síntesis, se llega a la Conclusión, por parte de la Corte Constitucional, que pese a existir la consagración de la estabilidad laboral como principio constitucional, del texto de la Constitución se extraen los fundamentos para lo relacionado con reformas que disminuyan el tamaño del Estado a fin de procurar la eficiencia. Por ejemplo:

El Preámbulo de la Carta que indica como propósito fundamental del Estado el de asegurar a sus integrantes “un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana” de lo que se entiende que es desde el Estado que se debe propugnar por la redistribución y la justicia social.

Al tenor del artículo 1º de la Constitución, que define a Colombia como un Estado Social de Derecho, la prevalencia del interés general es valor fundamental de la organización estatal.

⁸⁷CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C – 479 de 1992, Magistrados Ponentes: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO y ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

Para el artículo 2º de la Carta son fines esenciales del Estado el servicio a la comunidad, la promoción de la prosperidad general, la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación. El mismo artículo ordena a las autoridades asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

El artículo 209 dispone que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de eficacia, economía y celeridad, entre otros y añade que las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado.

En otras palabras, al Estado le competen, según numerosos artículos de la Constitución, las mayores cargas y responsabilidades en relación con el apoyo, promoción y protección de los derechos individuales, sociales, económicos y culturales, en particular por lo que hace a salud, educación y vivienda; el saneamiento ambiental; la seguridad social; la protección de la familia y de los niños, los adolescentes, las personas de la tercera edad y los disminuídos físicos, sensoriales o psíquicos; la procura de la igualdad real y efectiva; los estímulos y medios para que los trabajadores participen en la gestión de las empresas; el acceso progresivo de la propiedad de la tierra a los trabajadores agrarios; la formación y habilitación profesional y técnica; la producción de alimentos; la racionalización de las políticas en materia crediticia; la defensa del patrimonio cultural y, en general, el liderazgo de la comunidad hacia las metas del desarrollo y la promoción de los derechos individuales y colectivos, de conformidad con los demás preceptos constitucionales.

En la providencia C – 479 de 1992 se concluye que ninguno de los fines estatales podría cumplirse a cabalidad sin un aparato estatal diseñado dentro de claros criterios de mérito y eficiencia, para lo cual no resulta necesario su excesivo tamaño ni un frondoso árbol burocrático, sino una planta de personal debidamente capacitada y organizada de forma tal que garantice niveles óptimos de rendimiento. Señaló la Corte que “en contra de estas aspiraciones militan factores como la inmoralidad, la negligencia y la falta de adecuada preparación del personal no menos que la deficiente operación de una carrera administrativa desvirtuada por prácticas contrarias a los principios que la inspiran, de todo lo cual se quejan con frecuencia y con razón tanto los organismos estatales como la opinión pública”⁸⁸.

En pronunciamiento posterior del alto Tribunal se agregó: “No puede estar dentro de la voluntad del Constituyente impedir la modernización o la simple reforma de las estructuras

⁸⁸Sentencia C – 479 de 1992, Op. Cit. En dicha Providencia se declaró inexecutable la totalidad de la norma acusada pero las razones fueron el que dicho decreto, en su interpretación, permitía que fuera el ente nominador quien dispusiera la elección de aquellas personas a quienes se les ofrecería bonificación o indemnización, dejando descubiertas a personas en similares circunstancias las cuales podrían ser declaradas insubsistentes por otras razones y sin el pago de la compensación.

de la Administración y condenar a la misma a mantener un régimen jurídico inalterado y definitivo.”⁸⁹

En el Derecho Comparado se ha hecho alusión de manera más directa al proceso denominado “reingeniería del estado”⁹⁰ como de definición de los roles estatales y los distintos entes y personas que lo conforman y el establecimiento de un equilibrio entre el Estado y el mercado aplicando además, principios y estrategias de éste a aquel.

Como ejemplo de la tendencia mundial se trae a colación las reflexiones suscitadas al efecto en el contexto argentino según las cuales “El fenómeno de la Nueva Gestión Pública (NGP), o también referenciado como New Public Management (NPM), se ha difundido enérgicamente a nivel mundial como estrategia para el cambio y la modernización de la Administración Pública, tanto en los países del centro como en los de América Latina. Significativamente, una vez transcurrido el activo proceso de minimización del papel del Estado en diferentes esferas de la actividad económica y social, desde los propios organismos internacionales se impulsó una variante crítica de las políticas derivadas del “Consenso de Washington”, haciendo énfasis en la ampliación de la capacidad institucional y en la eficacia de la acción estatal para el buen funcionamiento de los mercados. En esta línea, el Informe del Banco Mundial de 1997 puso a consideración un conjunto de medidas apoyadas cada vez más en las ideas básicas provenientes de las ciencias de gestión o del *management*, cuya legitimidad como fuente de propuestas para mejorar el desempeño del sector público encuentra sustento en la experiencia exitosa acumulada en el sector privado durante las últimas décadas. Tal como sucedió con las iniciativas privatistas en las décadas de los ochenta y los noventa, organizaciones como el Banco Mundial, el FMI y el BID fomentaron –en primer lugar– la implantación de un nuevo vocabulario que fue reapropiado por los gobiernos latinoamericanos, a sugerencia de los expertos o consultores cuya progresiva injerencia en los espacios estatales promovió la articulación de nuevas redes de poder. Así, términos tales como gestión por resultados, mejora continua de la calidad, satisfacción al cliente o gerencia de contratos, comenzaron a poblar los programas de reforma estatal como condición necesaria para recibir los créditos de los organismos financieros internacionales.”⁹¹

Ahora, del otro lado, existen límites al interés general y las facultades estatales con relación a supresión de cargos y se encuentran definidos por el artículo 53 constitucional,

⁸⁹CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C – 262 de 1995, Magistrado Ponente: FABIO MORÓN DÍAZ

⁹⁰LURCOVICH, Marcos, *Reingeniería del Estado*, Documento encontrado en Internet, URL: http://www.cai.org.ar/dep_tecnico/comisiones/CODE/trabajos/200903_LA_REINGENIERIA_DEL_ESTADO.pdf consulta realizada el 10 de enero de 2011.

⁹¹LÓPEZ, Andrea. *La administración pública nacional en la Argentina (1983-2001): el impacto de las reformas sobre su estructura y el personal*. Argentina: Red Revista Argentina de Sociología, 2009. p 6. <http://site.ebrary.com/lib>, consulta realizada el 23 de junio de 2011

tal como en capítulo precedente se explicó, que deben ser acompañados con otros derechos que posteriormente se desarrollarán.

Las facultades en torno a la necesidad de modernización estatal y reestructuración de entidades deben fundarse en criterios finalistas encaminados a la realización concreta del interés general.

Traemos de manera textual las reflexiones al respecto compiladas en la jurisprudencia constitucional nacional que señalan:

“Esa perspectiva de modernización del aparato estatal no puede perder de vista el postulado acogido desde la Encíclica Rerum Novarum de León XIII y por las declaraciones internacionales de derechos humanos, que constituye elemento medular en la concepción del Estado Social de Derecho y que en Colombia se deriva de claras disposiciones constitucionales (artículos 1, 2, 5, 93 y 94, entre otros), según el cual el Estado y las instituciones políticas y jurídicas que se fundan en su estructura tienen por objetivo y razón de ser a la persona y no a la inversa, de donde se concluye que ningún proyecto de desarrollo económico ni esquema alguno de organización social pueden constituirse lícitamente si olvidan al hombre como medida y destino final de su establecimiento.

El citado documento pontificio expresó, hace ya cien años, en dicientos párrafos:

“... entre los deberes no pocos ni ligeros de los gobernantes, a quienes toca mirar por el bien del pueblo, el principal de todos es proteger todas las clases de ciudadanos por igual, es decir, guardando inviolablemente la justicia llamada “distributiva”.

(...) Exige, pues, la equidad que la autoridad pública tenga cuidado del proletario haciendo que le toque algo de lo que él aporta a la utilidad común, que con casa en qué morar, vestido con qué cubrirse y protección con qué defenderse de quien atenta a su bien, pueda con menos dificultades soportar la vida. De donde se sigue que se ha de tener cuidado de fomentar todas aquellas cosas que en algo pueden aprovechar a la clase obrera.

El cual cuidado, tan lejos está de perjudicar a nadie, que antes aprovechará a todos, porque importa muchísimo al Estado que no sean de todo punto desgraciados aquellos de quienes provienen esos bienes de que el Estado tanto necesita.

El Estado no debe absorber ni al ciudadano, ni a la familia; es justo que al ciudadano y a la familia se les deje la facultad de obrar con libertad en todo aquello que, salvo el bien común y sin perjuicio de nadie se puede hacer”.

A lo cual, comentando la Encíclica, en su Centenario, agrega Juan Pablo II que el hombre no puede ser “absolutizado” por la economía, en cuanto no se lo puede considerar más “como un productor o un consumidor de bienes que como un sujeto que produce y consume para vivir”.

"(...) León XIII no ignoraba que una sana teoría del Estado era necesaria para asegurar el desarrollo normal de las actividades humanas: las espirituales y las materiales, ambas indispensables.

(...) Tal ordenamiento refleja una visión realista de la naturaleza social del hombre, la cual exige una legislación adecuada para proteger la libertad de todos"⁹²

Como todas las actividades del Estado, la referente a la supresión de cargos, es reglada y cada una de las acciones que se realicen o decisiones que se tomen en esa dirección deben obedecer a unos procedimientos previamente establecidos.

8.2 Marco Sustantivo

Así, es preciso entrar a analizar algunas normas que en concreto tienen que ver con supresión de empleos de la administración pública iniciando por aquellas que tuvieron vigencia antes de la expedición de la ley 909 de 2004 con la cual se pretende unificar, de alguna manera, la multiplicidad de normas que a continuación se enuncian.

- El Decreto 2400 de 1968, en su artículo 48, contemplaba un procedimiento para el evento que fuera necesario la supresión de un cargo en la administración pública, teniendo en cuenta que desde aquella época, el empleado de carrera no perdía los derechos de la misma cuando la pérdida del empleo se producía por supresión de los empleos de la administración pública.

La norma preveía:

“ARTICULO 48. Cuando por motivo de reorganización de una dependencia o de traslado de funciones de una entidad a otra, o por cualquier otra causa se supriman cargos de carrera desempeñados por empleados inscritos en el escalafón, éstos tendrán derecho preferencial a ser nombrados en puestos equivalentes de la nueva planta de personal, o en los existentes o que se creen en la entidad a la cual se trasladen las funciones. La autoridad nominadora dará cumplimiento a lo dispuesto en el inciso precedente, teniendo en cuenta que concurren condiciones de equivalencia tanto en las funciones del empleo como en las calidades exigidas para su desempeño. Si a juicio de la autoridad nominadora no existieren empleos equivalentes, el interesado podrá formular una petición al Consejo Superior del Servicio Civil para que se considere su caso, el cual será examinado con asistencia de un delegado del organismo y del peticionario, o de su representante. Cuando en un organismo se suprima un cargo desempeñado por un empleado de carrera y dentro de los seis (6) meses siguientes fuere creado otro con funciones iguales o similares, el empleado tendrá derecho a ser nombrado sin necesidad de presentarse a concurso, siempre y cuando reúna los requisitos exigidos para su desempeño.”

⁹² Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C – 479 de 1992, Op. Cit. Supra.

- La ley 61 de 1987 en su artículo 2º indicaba que hay pérdida de los derechos de carrera con excepción de los eventos de supresión del cargo.
- La Ley 27 de 1992 en su artículo 7º enunciaba el listado de eventos que daban lugar al retiro del servicio de los empleados de carrera en los siguientes términos:

Artículo 7o. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de los empleados de carrera, se produce en los siguientes casos:

- a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, en el evento contemplado en el artículo 9o. de la presente ley;
- b) Por renuncia regularmente aceptada;
- c) Por supresión del empleo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8o. de la presente ley;
- d) Por retiro con derecho a jubilación;
- e) Por invalidez absoluta;
- f) Por edad de retiro forzoso;
- g) Por destitución;
- h) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;
- i) Por vencimiento del período para el cual fue nombrado o elegido el empleado, y
- j) Por orden o decisión judicial.

PARÁGRAFO. El retiro del servicio por cualquiera de las causales previstas en el presente artículo, conlleva el retiro de la carrera administrativa y la pérdida de los derechos inherentes a ella, salvo el literal c).”

Como puede observarse, el literal C hace expresa alusión a los eventos de supresión de cargos en los cuales no habría lugar a pérdida de derechos de carrera.

Como una condensación de la normatividad en la década de los 90 se expide la ley 443 de 1998 en la que se regula de manera general todo lo referente a la carrera administrativa a fin de incorporar de manera positiva los principios consagrados en la Constitución de 1991 en ésta materia.

- La ley 443 de 1998 con relación a la supresión de cargos de la administración pública estableció unos parámetros que a continuación se transcriben y luego se desarrollan:

“Artículo 39. 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:

1.1 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 suprimidos.

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 expleado tendrá derecho al reconocimiento y pago de la indemnización.

PARAGRAFO 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.

PARAGRAFO 2o. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> En el evento de que el empleado opte por la indemnización o la reciba, el acto administrativo en que ésta conste prestará mérito ejecutivo.”

Finalmente, en la medida que la norma anterior no ha sido derogada, debe ser interpretada sistemáticamente con la contemplada en la ley 909 de 2004 que sobre supresión de cargos señala:

“ARTÍCULO 44. DERECHOS DEL EMPLEADO DE CARRERA ADMINISTRATIVA EN CASO DE SUPRESIÓN DEL CARGO. Los empleados públicos de carrera administrativa, que como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de planta de personal, se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización. El Gobierno Nacional reglamentará el proceso de reincorporación y el reconocimiento de la indemnización.

PARÁGRAFO 1o. Para los efectos de reconocimiento y pago de las indemnizaciones de que trata el presente artículo, el tiempo de servicios continuos se contabilizará a partir de la fecha de posesión como empleado público en la entidad en la cual se produce la supresión del empleo.

No obstante lo anterior, cuando el cargo que se suprime esté siendo desempeñado por un empleado que haya optado por la reincorporación y haya pasado a este por la supresión del empleo que ejercía en otra entidad o por traslado interinstitucional, para el reconocimiento y pago de la indemnización se contabilizará además, el tiempo laborado en la anterior entidad siempre que no haya sido indemnizado en ella, o ellas.

Para lo establecido en este párrafo se tendrán en cuenta los términos y condiciones establecidos en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

PARÁGRAFO 2o. La tabla de indemnizaciones será la siguiente:

1. Por menos de un (1) año de servicios continuos: cuarenta y cinco (45) días de salarios.
2. Por un (1) año o más de servicios continuos y menos de cinco (5) cuarenta y cinco (45) días de salario por el primer año; y quince (15) días por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos.
3. Por cinco (5) años o más de servicios continuos y menos de diez (10) cuarenta y cinco (45) días de salario, por el primer año; y veinte (20) días por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos.
4. Por diez (10) años o más de servicios continuos: cuarenta y cinco (45) días de salario, por el primer año; y cuarenta (40) días por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos.

PARÁGRAFO 3o. En todo caso, no podrá efectuarse supresión de empleos de carrera que conlleve el pago de la indemnización sin que previamente exista la disponibilidad presupuestal suficiente para cubrir el monto de tales indemnizaciones.”

El análisis que sigue, parte de dos premisas, que se infieren de las normas antes transcritas, consistentes en:

- En el contexto actual, la opción por la reincorporación en otro empleo de la misma o similares condiciones es, en términos generales la más recurrida o la que normalmente se escogería.
- Por su parte, como quiera que las decisiones que se toman en un proceso de reestructuración corresponden a decisiones administrativas, manifestadas en actos de la misma naturaleza, éstas deben sujetarse al principio de legalidad, formal y material, so pena de incurrir en desviación del poder, falsa motivación, expedición irregular, violación de normas o desconocimiento del derecho de audiencia o defensa que darían lugar a su anulación por vía contencioso administrativa que como mecanismo de restablecimiento del derecho conllevaría al reintegro del (los) empleados cesantes y las correspondientes indemnizaciones a que haya lugar en detrimento claro del patrimonio público estatal.

El estudio abordado hará alusión expresa a entidades y empleados de la rama ejecutiva nacional sin perjuicio que algunos principios de los que aquí se mencionan sean aplicables a toda la administración pública incluyendo entidades descentralizadas o autónomas. A continuación se enumeran algunas de las reglas que deben considerarse respecto a la administración de las plantas de personal:

- ✓ Toda entidad de la administración pública debe conformar una planta de personal integrada por todos y cada uno de los empleos necesarios para el cumplimiento de las funciones que le competen.
- ✓ En principio la conformación de la planta de personal de cada entidad le corresponde al nominador de la misma con la observancia de las normas referentes a la creación misma de la entidad, la distribución de los empleos, y el presupuesto con que la misma cuente.
- ✓ Debe también mencionarse la calidad de cada uno de los empleos determinando cuáles son de libre nombramiento y remoción, cuáles de periodo, cuáles corresponden a trabajadores oficiales y cuáles serán de carrera.
- ✓ La creación de los empleos debe ajustarse a las normas sobre clasificación y nomenclatura de cargos fijados por el Gobierno, al manual general de requisitos mínimos expedido por el Gobierno Nacional y al manual descriptivo de cada organismo.
- ✓ Ningún empleo puede tener funciones generales distintas a las establecidas en la Constitución Nacional, la ley o el manual descriptivo de la entidad para las diferentes clases de cargos; ni remuneración que no corresponda a la señalada en las escalas salariales fijadas por el gobierno⁹³.
- ✓ La conformación y reforma de las plantas de personal se debe hacer mediante Decreto que lleve las firmas del Ministro o Jefe de Departamento Administrativo correspondiente, la del Ministro de Hacienda y Crédito Público, como certificación

⁹³La ley 4º de 1992 reglamenta la facultad de fijar las escalas salariales de los empleados de la administración Nacional señalada en el Artículo 189 de la Constitución Política.

- de que existe aprobación presupuestaria suficiente para cubrir su costo, y la del Jefe del Departamento Administrativo de la Función Pública.
- ✓ Se reitera, todos los empleos de la entidad deben estar comprendidos en la planta de personal.

Se describen en éste trabajo requisitos generales para la conformación de plantas de personal de entidades, en la medida que son requisitos afines con los procesos de modificación o reestructuración que impliquen supresión de cargos.

Con el fin de garantizar la preservación de los derechos de los empleados de carrera, “(...) las reformas de planta de personal de las entidades de la rama ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, que impliquen supresión de empleos de carrera, deben motivarse expresamente, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración y basarse en estudios técnicos que así lo demuestren, elaborados por las respectivas entidades, la Escuela Superior de Administración Pública firmas especializadas, en la materia, o profesionales en Administración Pública u otras profesiones idóneas, debidamente acreditados, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional”⁹⁴

Toda modificación de las plantas de personal de las entidades del orden nacional incluidos sin excepción los establecimientos públicos y las plantas de personal de los empleos públicos que formen parte de las empresas industriales y comerciales del Estado, debe ser aprobada por el Departamento Administrativo de la Función Pública. Dicho ente lleva el balance de cargos deficitarios que, requiriéndose para el cumplimiento de los fines de las entidades nacionales, no hubiere sido posible crearlos en las respectivas plantas de personal por razones de orden presupuestal. Dicho balance debe justificarse en estudios técnicos de planta consultando exclusivamente las necesidades del servicio y las técnicas de análisis ocupacional con prescindencia de cualquier otro concepto.

De modo tal que teniendo como motivación las necesidades del servicio, el cumplimiento de los fines estatales manifestados en las funciones de cada entidad o cargo serían causas válidas para la reestructuración de plantas de personal que den lugar a pérdida de empleos, los casos en que haya cambios en la misión u objeto social o en las funciones generales de la entidad o la supresión, fusión o creación de dependencias las cuales deben a su vez tener una motivación equivalente.

También lo serían, de acuerdo con nuestro ordenamiento, la modificación de las funciones generales institucionales o de las dependencias, el traslado de funciones o competencias de un organismo a otro, la eliminación, simplificación o creación de procesos o trámites,

⁹⁴ Sentencia Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCIÓN “B”; Consejero Ponente: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Bogotá D.C., tres (3) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 05001 23 31 000 2003 00481 01 (1189-2010)

la eliminación o reducción de prestación de servicios o la creación de nuevos servicios y la redistribución de funciones o cargas de trabajo.

El Gobierno Nacional, a partir de la ley 489 de 1998 debe sujetar las facultades referentes a la reestructuración de la administración pública con base en los principios aún vigentes contemplados en el artículo 54 de la mencionada ley así:

ARTICULO 54. PRINCIPIOS Y REGLAS GENERALES CON SUJECION A LAS CUALES EL GOBIERNO NACIONAL PUEDE MODIFICAR LA ESTRUCTURA DE LOS MINISTERIOS, DEPARTAMENTOS ADMINISTRATIVOS Y DEMAS ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS DEL ORDEN NACIONAL. 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 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;*

(...)

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;*

(...)

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.”

Ahora bien los eventos en los cuales puede el Presidente realizar las reestructuraciones se encuentran también regulados así:

“ARTICULO 52. DE LA SUPRESIÓN, DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE ENTIDADES U ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS NACIONALES. <Artículo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> El Presidente de la República podrá suprimir o disponer la disolución y la consiguiente liquidación de entidades y organismos administrativos del orden nacional previstos en el artículo 38 de la presente ley cuando:

1. Los objetivos señalados al organismo o entidad en el acto de creación hayan perdido su razón de ser.
2. Los objetivos y funciones a cargo de la entidad sean transferidos a otros organismos nacionales o a las entidades del orden territorial.
3. Las evaluaciones de la gestión administrativa, efectuadas por el Gobierno Nacional, aconsejen su supresión o la transferencia de funciones a otra entidad.
4. Así se concluya por la utilización de los indicadores de gestión y de eficiencia que emplean los organismos de control y los resultados por ellos obtenidos cada año, luego de realizar el examen de eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, determinada la evaluación de sus procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la distribución del excedente que éstas producen, así como de los beneficiarios de su actividad o el examen de los resultados para establecer en qué medida se logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración en un período determinado.
5. Exista duplicidad de objetivos y/o de funciones esenciales con otra u otras entidades.
6. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Siempre que como consecuencia de la descentralización (...) de un servicio la entidad pierda la respectiva competencia.

PARAGRAFO 1o. El acto que ordene la supresión, disolución y liquidación, dispondrá sobre la subrogación de obligaciones y derechos de los organismos o entidades suprimidas o disueltas, la titularidad y destinación de bienes o rentas, los ajustes presupuestales necesarios, el régimen aplicable a la liquidación y, de conformidad con las normas que rigen la materia, la situación de los servidores públicos.

PARAGRAFO 2o. Tratándose de entidades sometidas al régimen societario, la liquidación se regirá por las normas del Código de Comercio en cuanto fueren compatibles con la naturaleza de la entidad cuya liquidación se realiza.”

La Ley 909 de 2004 “por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, constituye el marco actual de la acción del juez junto con sus decretos reglamentarios⁹⁵.

Dicha ley establece como principios de la función pública, la flexibilidad en la organización y gestión de la función pública para adecuarse a las necesidades cambiantes de la sociedad, flexibilidad que ha de entenderse sin detrimento de la estabilidad pues, como bien lo contempla su artículo 27, la carrera administrativa busca ofrecer, entre otras, estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público.

Sumado a ello, y para el tema que compete, la ley expone:

“ARTÍCULO 44. DERECHOS DEL EMPLEADO DE CARRERA ADMINISTRATIVA EN CASO DE SUPRESIÓN DEL CARGO. Los empleados públicos de carrera administrativa, que como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de planta de personal, se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización. El Gobierno Nacional reglamentará el proceso de reincorporación y el reconocimiento de la indemnización⁹⁶.

“ARTÍCULO 45. EFECTOS DE LA INCORPORACIÓN DEL EMPLEADO DE CARRERA ADMINISTRATIVA A LAS NUEVAS PLANTAS DE PERSONAL. Cuando la incorporación se efectúe en un empleo igual no podrán exigirse requisitos distintos a los acreditados por los servidores al momento de su inscripción o actualización en el Registro Público de Carrera Administrativa en el empleo suprimido. Cuando la incorporación se realice en un empleo equivalente, deberán acreditarse los requisitos exigidos por la entidad que esté obligada a efectuarla, de conformidad con el manual específico de funciones y requisitos de la misma⁹⁷.

“ARTÍCULO 46. REFORMAS DE PLANTAS DE PERSONAL. Las reformas de planta 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

⁹⁵ Modificada por la Ley 1093 de 2006, publicada en el Diario Oficial No. 46.395 de 18 de septiembre, "Por la cual se crean los literales e) y f) y un párrafo del numeral 2 del artículo 50 de la Ley 909 de 2004" Así mismo la Ley 1081 de 2006, "por medio de la cual se otorgan beneficios a las familias de los héroes de la Nación y a los veteranos de la Fuerza Pública y se dictan otras disposiciones", publicada en el Diario Oficial No. 46.346 de 31 de julio de 2006. Sumado a ello, la ley 1033 de 2006, publicada en el Diario Oficial No. 46.334 de 19 de julio de 2006, "Por la cual se establece la Carrera Administrativa Especial para los Empleados Públicos no uniformados al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, de las Fuerzas Militares, de la Policía Nacional y de sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas al sector Defensa, se derogan y modifican unas disposiciones de la Ley 909 de 2004 y se conceden unas facultades conforme al numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política". Y finalmente el DECRETO 1227 DE 2005 (abril 21) "por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998". No menos importante para nuestro objeto de estudio la LEY 790 DE 2002 (Diciembre 27) "Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades Extraordinarias al Presidente de la República".

⁹⁶ LEY 909 DE 2004 (septiembre 23) Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

⁹⁷ Ibid.

*basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren, elaborados por las respectivas entidades, por la ESAP, o por firmas especializadas en la materia; estudios que deberán garantizar el mejoramiento organizacional*⁹⁸.

El anterior recuento, sin perjuicio del alcance de tales instrumentos a la luz de la interpretación emanada de la jurisprudencia de las altas cortes, en especial la Sección Segunda del Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

8.3 Aspectos de Procedimiento Administrativo para la Supresión de Cargos

En desarrollo de las facultades otorgadas por la Constitución de 1991 al Presidente de la República, la ley ha dispuesto como una de las reglas generales a las cuales está sujeto el Gobierno Nacional para modificar la estructura administrativa del orden nacional, la de suprimir o fusionar los empleos que no sean necesarios y distribuirse o suprimirse las funciones específicas que ellos desarrollaban adoptando así una nueva planta de personal.

La facultad del Gobierno Nacional para aprobar las plantas de personal de los organismos y entidades del orden nacional, se circunscribe a la adopción de una planta global. Por su parte, compete al director del organismo distribuir los cargos de acuerdo con la estructura, las necesidades de la organización y sus planes y programas.

Con el fin de atender las necesidades del servicio y cumplir con eficacia y eficiencia los objetivos, políticas, y programas del organismo o entidad, el representante legal de la entidad u organismo puede crear, organizar, con carácter permanente o transitorio, grupos internos de trabajo. En el acto de creación de tales grupos debe determinarse las tareas que deban cumplir y las consiguientes responsabilidades y las demás normas necesarias para su funcionamiento.

El proceso de reestructuración de las plantas de personal de los organismos pertenecientes a la Administración, se encuentra conformado por cuatro etapas claramente identificables como son:

- I. La elaboración del estudio técnico;
- II. La propuesta para la modificación de la planta de personal;
- III. El concepto técnico favorable;
- IV. El concepto de viabilidad presupuestal.

8.3.1 Estudio técnico

Consiste en el dictamen que se realiza para evaluar la estructura organizacional de una entidad u organismo de carácter público y así, es posible determinar si es necesario

⁹⁸ *Ibíd.*

reestructurar el ente, los mecanismos para llevar a cabo dicha labor, los cargos a ser suprimidos o creados, y en general establecer el nuevo redimensionamiento de la planta de personal con el fin de ajustarla a las nuevas necesidades de la administración.

El artículo 41 de la Ley 443 de 1998 dispone:

Artículo 41º.-Reforma de plantas de personal. Con el fin de garantizar la preservación de los derechos de los empleados de carrera, las reformas de planta de personal de las entidades de la Rama ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, que impliquen supresión de empleos de carrera deberán motivarse expresamente; fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración y basarse en estudios técnicos que así lo demuestren elaborados por las respectivas entidades, la Escuela Superior de Administración Pública, firmas especializadas en la materia, o profesionales en Administración Pública u otras profesiones idóneas, debidamente acreditados, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

Toda modificación a las plantas de personal de las entidades del orden nacional, incluidos sin excepción los establecimientos públicos, y las plantas de personal de empleos públicos que formen parte de las empresas industriales y comerciales del Estado, deberá ser aprobada por el Departamento Administrativo de la Función Pública. El Departamento Administrativo de la Función Pública llevará el balance de cargos deficitarios que, requiriéndose para el cumplimiento de los fines de las entidades nacionales, no hubiere sido posible crearlos en las respectivas plantas de personal por razones de orden presupuestal. Dicho balance se justificará en estudios técnicos de planta consultando exclusivamente las necesidades del servicio y las técnicas de análisis ocupacional con prescindencia de cualquier otro concepto.

Por su parte el Decreto 1572 de 1998 prevé:

ARTICULO 150. Los estudios técnicos de modificación de plantas de personal podrán ser desarrollados por equipos interdisciplinarios conformados por el Jefe de la entidad con personal de la misma, o por la Escuela Superior de Administración Pública, o por firmas especializadas o profesionales en Administración Pública u otras profesiones idóneas o afines con los procesos técnicos misionales y administrativos.

ARTICULO 153. Las entidades pertenecientes a la Rama Ejecutiva del orden territorial que inicien procesos de modificaciones a sus plantas de personal deberán comunicar tal situación a la respectiva Comisión Departamental o Distrital del Servicio Civil, según el caso, con indicación de si tal proceso lo adelantará de manera directa o a través de la Escuela Superior de Administración Pública o de personas naturales o jurídicas; en este último evento, el Jefe de la entidad designará por lo menos dos de sus empleados que conformarán el equipo ejecutor del estudio.

Terminado el estudio técnico, soporte de la reforma de la planta de personal, acompañado con la planta finalmente adoptada, será remitido a la Comisión Departamental o Distrital del Servicio Civil correspondiente, para su conocimiento.

ARTICULO 154. Artículo modificado por el artículo 9°. del Decreto 2504 de 1998. Los estudios que soportan las modificaciones de las plantas de personal deberán estar basados en metodologías de diseño organizacional y ocupacional que contemplen, dependiendo de la causa que origine la propuesta, alguno o varios de los siguientes aspectos:

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

El estudio técnico, como su nombre lo indica debe evaluar todas las implicaciones del eventual cambio en la planta de personal a fin de establecer su viabilidad, lo que constituye además, los fundamentos de la motivación que tendrá el respectivo acto administrativo si hay lugar.

En ese sentido, es a través del estudio técnico que se llega a establecer si efectivamente la reestructuración proyectada conlleva al mejoramiento en la prestación del servicio, la racionalización del gasto público, el progreso sostenido de la comunidad, la redistribución de funciones y cargas el trabajo y el mejoramiento en los niveles de eficacia, eficiencia, economía y celeridad de las entidades públicas dentro de claros criterios de razonabilidad, proporcionalidad, y prevalencia del interés general.

El Departamento Administrativo de la función Pública ha diseñado una metodología para elaborar el estudio técnico⁹⁹ en la que se incluyen etapas o capítulos como son

- ✓ Marco legal;
- ✓ Análisis externo;
- ✓ Análisis financiero;
- ✓ Objetivos;
- ✓ Funciones generales;
- ✓ Misión;
- ✓ Visión;
- ✓ Productos y servicios;
- ✓ Usuarios y clientes;
- ✓ Procesos estratégicos, misionales, de apoyo, y de control y evaluación;

⁹⁹Departamento Administrativo de la Función Pública, *Guía de modernización de las Entidades Públicas*, Documento Publicado en Internet, URL:<http://mecicalidad.dafp.gov.co/documentacion/Componente%20Direccionamiento%20Estrategico/GuiaModernizacionEntidades.pdf> consulta realizada el 13 de junio de 2011.

- ✓ Estructura; sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de empleos;
- ✓ Planta de personal y manual específico de funciones y de competencias laborales.

En cualquier caso, se debe comunicar al Departamento Administrativo de la Función Pública, sobre las personas a quienes se les ha delegado la función de realización del estudio técnico a fin que éste Departamento designe un empleado en su representación que estará acompañando el proceso de elaboración del respectivo estudio.

Así mismo, en el evento de ser escogido un ente externo como la ESAP o un órgano especializado, el Jefe o Director de la respectiva entidad debe designar a funcionarios encargados también de acompañar el proceso.

Los estudios técnicos que soportan modificaciones a las plantas de personal, deben estar basados en metodologías de diseño organizacional y ocupacional que contemplen como mínimo:

- ✓ El análisis de las implicaciones derivadas de la transformación de la misión u objeto social de la institución y de las funciones generales;
- ✓ El análisis de los procesos técnico misionales y de apoyo; la evaluación de la prestación de los servicios; la evaluación de las funciones asignadas a los empleos;
- ✓ Las cargas de trabajo y el análisis de los perfiles de los empleos; identificación y análisis de los objetivos y las funciones generales de la Institución; identificación de los productos y servicios;
- ✓ Análisis de las metas del organismo; evaluación de la prestación de los servicios; análisis de los niveles de desempeño;
- ✓ Ajuste a los estándares a los requerimientos; análisis de la estructura interna y de la planta y determinación de las necesidades de recursos del personal.

Una vez la entidad haya efectuado el estudio técnico, del cual se haya concluido la necesidad de someter su planta de personal a un proceso de reestructuración, deberá formalizarse la propuesta propiamente dicha.

8.3.1.1 Supresión de empleos sin observancia previa de un estudio técnico

La jurisprudencia ha reiterado de manera constante, que las razones que motivan la supresión de cargos se deben soportar en un documento que acredite la necesidad del servicio y que a la vez sirve de causa, a la decisión de la Administración de reducir los cargos de la planta de personal o modificar la estructura orgánica de la entidad.

La finalidad del estudio técnico, según las normas, es acreditar la necesidad de suprimir cargos y modernizar la Administración, en otras palabras, una justificación sustentada de manera idónea que permita deducir con certeza la necesidad de la supresión en pro de un interés general y que refleje la objetividad del proceso para descartar que se haya tratado de un capricho de la administración.

- En sentencia proferida por el Consejo de Estado, Magistrada Ponente DOCTORA BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ se trazó como derrotero establecer, si el acto de supresión en la Planta de Personal del Sector Central del Municipio de Villavicencio del cargo de Profesional Universitario, Nivel Profesional, Código 340, Grado 07, que ocupaba la demandante fue expedido con plena observancia de las normas que garantizan la preservación de los derechos de los empleados de carrera administrativa, o si por el contrario dicho acto fue expedido en forma irregular y con falsa motivación, en esta providencia, se señaló:

“Ha sido reiterada la jurisprudencia de la Sección al señalar que tratándose de asuntos de retiro del servicio por supresión del cargo, y concretamente en lo que respecta a la individualización de los actos administrativos que se deben demandar, no es posible definir de manera general y precisar una tesis que se aplique a todos los casos por igual, toda vez que cada proceso de supresión que adelante la Administración debe analizarse de acuerdo con sus propias especificidades. No obstante, cuando el acto de supresión afecta la situación particular y concreta del funcionario, y no existe duda respecto de que es dicho acto el que produce el retiro del servicio, resulta ser entonces ser su causa más próxima¹⁰⁰”.

- Igualmente ha precisado la Sala que de conformidad con el artículo 41 de la ley 443 de 1998, tratándose de la supresión de empleos de carrera administrativa, la norma exige la elaboración de un estudio técnico como sustento de la reforma de plantas de personal. Las razones que motivan la supresión de cargos, se deben colegir de un documento mediante el cual, se acredite la necesidad del servicio, que sirve de causa a la decisión de la Administración de reducir los cargos de la planta de personal o modificar la estructura orgánica de la entidad. La finalidad del estudio técnico, según las normas, es acreditar la necesidad de suprimir cargos y modernizar la Administración.

De ahí que el Consejo de Estado ha defendido en reiteradas ocasiones la tesis según la cual, la ausencia de estudio técnico es prueba suficiente para desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo demandado.¹⁰¹

Y para el caso en concreto, a juicio de la parte actora, la Administración del Municipio de Villavicencio no derivó del estudio técnico las conclusiones y determinaciones adoptadas en el Decreto No. 116 de junio 12 de 2001, porque a la fecha de supresión del cargo “No existía estudio técnico”.

El Consejo de Estado después de evaluar las pruebas correspondientes, manifestó:

¹⁰⁰ Sentencia Consejo de Estado SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA. CONSEJERA PONENTE: DOCTORA BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Bogotá D.C., trece (13) de diciembre de dos mil siete (2007).- Radicación: No. 500012331000200100418 01

¹⁰¹ Sala de lo contencioso administrativo sección segunda sentencia de marzo 25 de 2004 consejera ponente Ana Margarita Olaya Forero expediente 1686-01

“Esta sola circunstancia invalida el acto administrativo contenido en el Decreto 116 de junio 12 de 2001 en tanto se configura la causal de expedición irregular por desconocimiento del artículo 41 de la ley 443 de 1998, y además una falsa motivación, pues al momento de proferirse el acto acusado, la Administración Municipal de Villavicencio aún no contaba con los respectivos estudios técnicos debidamente concluidos que soportaran la supresión de empleos de carrera administrativa dentro de los que se encontraba el de Profesional Universitario, Nivel Profesional, Grado 07, que desempeñaba la señora ROCIO PALACIOS VILLALOBOS”.

No le era dable entonces a la entidad territorial so pena de infringir lo dispuesto en el artículo 41 de la ley 443 de 1998, en concordancia con los artículos 148 y 149 del Decreto 1572 de 1998¹⁰², adoptar una reforma de la planta de personal de la Administración Central que implicaba supresión de empleos de carrera administrativa, sin la observancia previa de un estudio técnico debidamente concluido que sustentara las razones por las que se justificaba el proceso de modernización de la entidad.

- Sobre este mismo tópico, se encuentra la sentencia con ponencia, de la Consejera ya mencionada, proceso que se orientó a obtener la nulidad parcial de los Decretos 180 y 221 de 2 y 3 de febrero de 2000, suscritos por el Gobernador del Departamento de Antioquia, por los cuales dispuso suprimir en la planta de la Administración Departamental unos cargos, entre los cuales se encuentra el de Profesional Universitario, Código 340, Nivel 4, Grado 10, desempeñado por el actor.

De manera arbitraria y luego de tres años inscrito en carrera, se le ordenó que no continuara desarrollando las funciones propias del cargo para el cual había concursado y nombrado, y en su lugar según ilustra la Resolución No. 0096 de 24 de julio de 1998 debía ejercer las funciones de interventoría y auditaje sobre los contratos suscritos por la Dirección Seccional.

El demandante al no contar con el perfil para ello, ni los estudios realizados para desempeñar las nuevas funciones, realiza una serie de solicitudes manifestando no solo su inconformidad, sino los riesgos que tenía para él y para la Institución exigirle el cumplimiento de las tareas enunciadas. En respuesta a sus diferentes inquietudes”, fue objeto de varios memorandos y el Director del Servicio Seccional de Salud, mediante comunicación No. 45842 de 21 de agosto de 1998, pretendió crear confusión, al expresar que el actor estaba solicitando era la supresión del cargo, lo que no correspondía a la realidad.

Y es así como el 2 y 3 de febrero de 2000 el Gobernador del Departamento de Antioquia expidió los actos acusados que suprimieron el cargo de Profesional Universitario 335-4-10 ocupado por el actor, brindándole las opciones de ser incorporado o percibir la indemnización por supresión del cargo.

¹⁰² El artículo 149 del Decreto 1572 de 1998 fue modificado por el artículo 7º del Decreto 2504 de 1998.

Como reacción a ello el demandante alegó que: "(...) el Ente Territorial suprimió el cargo sin tener en cuenta las exigencias del artículo 41 de la Ley 443 de 1998; pues los actos acusados fueron expedidos con falsa motivación y desviación de poder, por cuanto no se tuvo en cuenta la Jurisprudencia del Consejo de Estado, que ya ha definido, en primer lugar que se deben suprimir los cargos desempeñados en provisionalidad, y posteriormente los cargos ocupados por quienes se encuentran inscritos en Carrera Administrativa; señaló que está demostrado que la supresión del cargo no se realizó por razones de modernización de la administración, pues tal decisión debe basarse en Estudios Técnicos, que en el presente caso no se realizaron¹⁰³".

- Frente a ello se pronunció el Consejo de Estado: "El Estudio Técnico no recomendó en manera alguna la desaparición de las funciones predicables del empleo que se suprimió, pues aún persisten las funciones al interior de la Planta de Personal del Departamento, y tampoco se indicó quién las continuaría ejecutando, por el contrario, el Decreto No. 180 de 2 de febrero de 2000, por el cual se suprime el cargo de Profesional Universitario, Código 335, Nivel 4, Grado 10 ocupado por el actor, en el parágrafo del artículo 1º, dispuso modificar el Manual Específico de Funciones y Requisitos.

Lo anterior quiere significar que el cargo de Profesional Universitario, Código 335, Nivel 4, Grado 10, continuó en la planta de personal de la Dirección Seccional de Salud del Departamento de Antioquia, lo que evidencia que las funciones asignadas al mismo son necesarias para la prestación del servicio de salud, tan cierto es que en el Estudio Técnico reconoce que para alcanzar la misión funcional de la entidad resulta relevante.

Las razones que tuvo la administración departamental para proceder a la supresión de una plaza del empleo de Profesional Universitario, Código 335, Nivel 4, Grado 10, no correspondió a las necesidades del servicio y/o razones de modernización de la administración claramente detalladas y razonadas en la parte motiva del documento, denominado Estudio Técnico que soportó la decisión de la supresión, lo cual no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 148 del Decreto 1572 de 1998, reglamentario de la Ley 443 de 1998 de carrera administrativa"¹⁰⁴.

En este mismo torrente, la Sección Segunda de ésta Corporación en sentencia de 11 de marzo de 2010, expediente 2595-2007, M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, sobre el particular unificó el criterio de la Sala, de la siguiente manera:

"(...) Así las cosas, no podrá aceptarse que los documentos previamente reseñados, y que tienen por título 'ESTUDIO TÉCNICO', efectuados en el formato elaborado por la Dirección Técnica, Administrativa y de Desarrollo Organizacional, vistos a folios 71 y ss, constituyen un verdadero estudio técnico, pues el mismo no incluye, como mínimo, los

¹⁰³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B". Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ Bogotá D.C., ocho (8) de abril de dos mil diez (2010). Radicación número: 05001-23-31-000-2000-02667-01(0263-08)

¹⁰⁴ *Ibidem*.

análisis de procesos técnicos misionales y de apoyo, una evaluación de las cargas laborales, una evaluación de las funciones asignadas a los empleados, una revisión de la estructura de la entidad, un estudio de la planta actual en la que se analicen los perfiles de los empleos, los cargos existentes, y los que desaparecen, y como consecuencia de ello, la propuesta de la nueva planta de personal como mínimo”.

Se colige de lo anterior, que un verdadero estudio técnico, puede desconocer los derechos adquiridos en carrera siempre y cuando se respeten las exigencias legales para la conformación del mismo así como las posibilidades de reincorporación o indemnización, pero de ninguna manera el estudio técnico podrá estar basado en subjetividades que escondan intereses propios sin justificaciones, observaciones y análisis previos que respalden y motiven dichas decisiones y disposiciones; y mucho menos poner en riesgo la estabilidad de la carrera administrativa, so pretexto de modernizar la administración, pues ante todo el sistema de carrera debe ser objetivo.

Para concluir lo dicho, es importante mencionar, que la estabilidad en el empleo, también incluye que la misma no se vea afectada, porque las funciones a realizar se cambien so pretexto de que la persona ya no puede cumplirlas, cuando este argumento carece de fundamento.

Sumado a ello, las modificaciones no deben realizarse en función de su titular y basadas en subjetividades o disputas que se presenten entre los empleadores y trabajadores. Este deber de motivación expresa se encuentra recogido en el artículo 46 de la ley 909 de 2004, como se anotó anteriormente.

- Seguido a ello, está la sentencia proferida en febrero de 2011, donde el señor Robinsón Peralta Quintana alega expedición irregular, falsa motivación y desviación de poder en el acto que suprimió su cargo, además de la violación de normas constitucionales y legales. Señala el demandante que el Decreto 237 de 2001 fue expedido vulnerando normas de carrera administrativa, usurpando competencias y además fue falsamente motivado, lo cual genera no sólo su nulidad sino la de aquellos actos de carácter particular y concreto que se derivaron de dicho decreto; en cuanto los motivos que se consignan en los actos demandados son ajenos a la realidad y no se contó con el estudio técnico que preside cualquier proceso de reestructuración.

Finalmente que la desviación de poder, se refleja en que las decisiones que condujeron a la supresión de su cargo motivadas, son razones distintas a las del buen servicio y el mejoramiento de la administración y prueba de ello, dice, la constituyen la vinculación de supernumerarios y temporales cuyo costo eleva el costo de la planta suprimida.

Frente a ello, se pronunció el Consejo de Estado y luego de reconocer el marco de competencias, refirió que el proceso de reestructuración de las entidades territoriales debe sujetarse a lo dispuesto en la Ley 443 de 1998, vigente para la época en que se emitió el acto de retiro del servicio del actor y que define la carrera administrativa como un sistema técnico de administración de personal e indica que las reformas de planta de personal de las entidades que impliquen supresión de empleos de carrera deben fundarse en

necesidades del servicio, o en razones de modernización de la Administración y basarse en estudios técnicos que así lo demuestren.

Así pues:

“(…) las razones que motivan la supresión de cargos se deben deducir de un documento mediante el cual se acredita la necesidad del servicio que sirve de causa a la decisión de la administración de: o bien reducir los cargos de la planta de personal (simple supresión de cargos) o bien modificar la estructura orgánica de la entidad municipal (reestructuración orgánica). Acorde con lo expuesto se resalta que una de las formas más contundentes para demostrar que las razones que motivaron una supresión de un cargo no se fundaron en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración, sino en un interés ajeno a éstos colectivos, lo constituye el hecho de probar la inexistencia del estudio técnico exigido en la ley o la insuficiencia o limitación del mismo”¹⁰⁵.

El anterior compendio argumentativo, no hace otra cosa que garantizar la conservación de los derechos de los empleados de carrera a quienes se les suprime el cargo, y cuya supresión se encuentra justificada en 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.

Y para el caso en comento, pudo probarse que “a la fecha de expedición del decreto 237 del 27 de noviembre de 2001 no existía el estudio técnico con fundamento en el cual pudiera concluirse que la decisión allí plasmada se fundaba en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración.

“Esta sola circunstancia, que no es de Perogrullo, hace anulable el acto acusado, por desconocer uno de los presupuestos consagrados en el artículo 41 de la Ley 443 de 1998, en tanto se configura una expedición irregular del decreto acusado y además una falsa motivación pues, al momento de proferirse el Decreto 237 (...), la administración municipal aún no contaba con el respectivo estudio técnico y la ausencia del mismo permite retirar del ordenamiento jurídico el citado acto”¹⁰⁶ Por lo tanto, se revoca la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 16 de julio de 2009, se declara la nulidad del Decreto 005 del 14 de enero de 2002 y se condena al municipio de Barrancabermeja a reintegrar al señor Robinsón Peralta Quintana al cargo que ocupaba o a uno de igual o superior categoría. Para evidenciar los costos económicos de esta sanción, miremos la fecha del acto y del fallo”¹⁰⁷.

¹⁰⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION “B”. Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Bogotá D.C., diez (10) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 68001-23-31-000-2002-01342-01 (401-10)

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

- Sumado a ello, en sentencia de 2005, el Consejero Ponente: ALBERTO ARANGO MANTILLA en un asunto donde se buscó establecer la legalidad de la Resolución No. 020 de febrero 5 de 2001, expedida por el Gerente del Instituto Municipal de Reforma Urbana y Vivienda de Interés Social de Guadalajara de Buga-IMVIBUGA-, por medio de la cual se suprime de la estructura administrativa el cargo de Asistente Jurídico, desempeñado por la actora, se afirmó:

“(…) De los antecedentes del acto acusado no se infiere, en manera siquiera alguna, que IMVIBUGA haya acudido previamente-para efectos de suprimir de la planta de personal el cargo de Asistente Jurídico-, a un estudio técnico elaborado por la misma entidad, la Escuela Superior de Administración Pública, firmas especializadas en la materia o por profesionales en administración pública, tal y como lo ordena el artículo 41 de la Ley 443 de 1998108.

Ahora, si bien se dice que la supresión obedece a necesidades del servicio y a razones de modernización de la administración, lo cierto es que la eliminación de un empleo de carrera administrativa debe estar siempre sustentado en conclusiones derivadas de un estudio técnico, como lo prescribe la citada norma legal.

“No puede la accionada entonces, como sucede en este caso, invocar simplemente principios de la función administrativa (art. 209 C.P.), como los de transparencia, eficiencia y eficacia, sin exponer unas razones válidas, confrontadas por personal especializado en la materia, y relacionadas directamente con el cargo que se pretende suprimir. De otra parte, no es cierto que la exigencia de dicho requisito-estudio técnico-se exija solo en los casos de “Reforma Administrativa” o “Reestructuración Administrativa”, como lo afirma la entidad accionada pues, la disposición en comento, se refiere a la “REFORMA DE PLANTAS DE PERSONAL” en general, que impliquen desde luego la supresión de un empleo, como razón suficiente para que se atiendan imperativamente sus previsiones legales.109”

En tal caso, no puede obviarse tal requerimiento, ni aún por tratarse de un solo cargo de la planta de personal, como se indica al contestarse la demanda. En este orden, encontró la Sala que se logra desvirtuar la legalidad de la resolución acusada y, conforme a lo expuesto, se comparten las razones que tuvo el |a-quo para acceder a las súplicas de la demanda. Lo que impone confirmar la sentencia de primera instancia.

108 **REFORMA DE PLANTAS DE PERSONAL.** Con el fin de garantizar la preservación de los derechos de los empleados de carrera, las reformas de planta de personal de las entidades de la rama ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, que impliquen supresión de empleos de carrera, deberán motivarse expresamente; fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración y basarse en estudios técnicos que así lo demuestren, elaborados por las respectivas entidades, la Escuela Superior de Administración Pública, firmas especializadas en la materia, o profesionales en administración pública u otras profesiones idóneas, debidamente acreditados, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

109 CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA-SUBSECCION "A" Consejero ponente: ALBERTO ARANGO MANTILLA. Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de mayo de dos mil cinco (2005). Radicación número: 76001-23-31-000-2001-02493-01 (3131 -04)

Finalmente, sostuvo la Sala:

“Cuando el decreto reglamentario determina cuáles son las necesidades del servicio, ellas deben ser -se insiste- conclusiones de un estudio técnico y no de medidas temporales que la administración toma para sortear circunstancias del momento o para resolver provisionalmente la ineficiencia en el ejercicio de las funciones por parte de algún servidor público, como en este caso, el supuesto manejo irregular en el proceso de escrituración llevado a cabo en el Instituto. De lo que se trata es de probar que el resultado de tales estudios exige la supresión del empleo de carrera¹¹⁰”.

Con el análisis de las sentencias, es claro, que un estudio técnico que implique la supresión de cargos de carrera exige, tal como se desprende de la ley, conocimientos profesionales especializados, de manera que ellos puedan ser controvertidos también por personas con igual capacitación, de allí que se hable de “metodologías de diseño organizacional y ocupacional” para su elaboración.

Como se sostuvo anteriormente, no es cierto que la exigencia de dicho requisito-estudio técnico-se exija solo en los casos de “Reforma Administrativa” o “Reestructuración Administrativa”, de manera genérica, se refiere a la “REFORMA DE PLANTAS DE PERSONAL” en general, que impliquen desde luego la supresión de un empleo, como razón suficiente para que se atiendan imperativamente sus previsiones legales, es decir, que no se puede poner en juego la estabilidad siquiera de uno sólo de los trabajadores, decir que por tratarse de un solo empleo, no se requiere, carece de fundamento, pues lo que está en juego es la estabilidad laboral.

Por su parte, en sentencia proferida por el Consejo de Estado en 2009, en donde las accionantes fueron vinculadas al servicio del Municipio de Puerto Berrio, previo concurso de méritos, el 16 de julio de 1996 y el 1 de septiembre de 1990,¹¹¹ el 12 de octubre de 1999, la Secretaria del Gobierno del Municipio les comunicó que había sido suprimido el cargo que cada una desempeñaba, como Secretaria Ejecutiva del Alcalde. Según las demandantes la comisión encargada del estudio técnico, se limitó a realizar tres reuniones sin efectuar estudio alguno de carácter técnico que permitiera a la administración proceder a reestructurar o modificar la planta de cargos existente; “(...) sin certificado de disponibilidad presupuestal y supuestamente apoyado en el estudio técnico propuesto por el Comité Técnico de la Secretaría de Gobierno de la Gobernación de Antioquia, rendido en informe de 27 de agosto de 1999, el Alcalde mediante Decreto No. 286 de 11 de octubre de 1999, procedió a suprimir los cargos de Secretaria Ejecutiva de la Alcaldía y

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION B. Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá D.C., catorce (14) de agosto de dos mil nueve (2009). Radicación número: 05001-23-31-000-2000-00606-01(2629-07)

Secretaría Ejecutiva de Tesorería, motivando dicha decisión en el déficit fiscal que presentaba el Municipio.¹¹²

Al respecto dijo el Consejo de Estado: “se deduce que para la modificación de cualquier planta de personal se debe contar con los estudios técnicos que justifiquen dicha reestructuración, pero además dichos estudios deben estar basados en metodologías de diseño organizacional y ocupacional que contemplen uno o varios de los aspectos consagrados en el artículo 154 del Decreto 1572 de 1998”

Es decir, un estudio que lleve implícito, un análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo, la evaluación de la prestación de los servicios y la evaluación de las funciones asignadas, perfiles y las cargas de trabajo de los empleados.

De los folios que enseñan la necesidad de modificar la planta de personal, el Consejo sostiene:

“(…) no es posible afirmar la existencia de los estudios técnicos que soportaron el proceso de reestructuración y modificación de la planta de personal del Municipio de Puerto Berrio, no se encuentra el análisis de uno o varios de los presupuestos contemplados en el artículo 154 del Decreto 1572 de 1998, pues si bien se habla de la situación actual del ente y de sus preocupantes condiciones económicas, aquellos puntos descritos en la norma no fueron objeto de estudio.

“No puede aceptarse por parte de la Sala, que los documentos previamente reseñados, y que tienen por título “MODIFICACION PLANTA DE PERSONAL”, constituyen un verdadero estudio técnico, pues el mismo debería contener, como mínimo, un marco legal, un análisis y diagnóstico de la entidad en el cual se incluyan los análisis de los procesos técnicos misionales y de apoyo, una evaluación de las cargas laborales, una evaluación de las funciones asignadas a los empleados, una revisión de la estructura de la entidad, un estudio de la planta actual en la que se analicen los perfiles de los empleos, los cargos existentes, los que desaparecen, y como consecuencia de ello, la propuesta de la nueva planta de personal, así como también el estudio de las condiciones económicas y financieras del ente territorial, que fue lo único que se interesó en concretar dicho documento.

Así las cosas, se concluye que los llamados estudios técnicos que sirvieron como fundamento para la modificación de la planta de personal y la supresión de cargos llevada a cabo mediante Decreto 286 de 11 de octubre de 1999 no cumplieron con los requisitos legales, por tanto se hace anulable el acto demandado, pues la administración municipal no contaba, como ya se indicó, con los respectivos estudios técnicos en los términos exigidos por la ley”¹¹³.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ *Ibid*.

En últimas, queda claro que siempre que la supresión no lleve consigo un estudio técnico objetivo y realizado con el rigor metodológico que se requiere, el acto administrativo será nulo por desconocer los lineamientos legales de los estudios técnicos para adoptar la decisión y consecuentemente vulnerar no solo la estabilidad de los empleados públicos sino algunos de sus derechos fundamentales.

8.3.1.2 Varios estudios técnicos que sostienen la necesidad de supresión

En este apartado se analiza los eventos, en los cuales no se carece de un estudio técnico, sino que existe multiplicidad de estos documentos para la modificación de una planta de personal de una entidad determinada, sin que los mismos presenten unidad de criterio, lo cual desconoce las garantías de los empleados públicos.

En sentencia de 2011 del Consejo de Estado con ponencia del Dr. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, la parte demandante¹¹⁴, afectada por el decreto que suprimió su cargo, reprocha los estudios técnicos empleados en el proceso de restructuración de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL SAN VICENTE DE PAÚL DE CALDAS, pues afirma eran apenas un pretexto para despedir a algunos funcionarios. Vistos los perfiles del caso, la razón acompaña a la parte demandante, pues aunque la supresión de los empleos estuvo antecedida de los estudios técnicos, es notoria en grado sumo la precariedad de los mismos. En ese sentido:

“Alude el Consejo de Estado a que en el presente caso, en distintos momentos pero en un muy breve periodo, se realizaron varios estudios técnicos que concluyeron siempre con la misma fórmula: la supresión de empleos. A decir verdad, si los estudios técnicos realizados hubieran sido lo suficientemente concienzudos y hechos consultando los dictados de las ciencias de la administración, no hubiera sido menester más de uno de ellos. Pero si de manera repetitiva se acude al expediente de modificar la planta, so pretexto de que así lo aconsejan los dictámenes de expertos, ello por sí solo significa la comisión de graves errores de diagnóstico, o lo que es lo mismo que se buscan soluciones mediante el método de ensayo y error, o al tanteo, poniendo en peligro el derecho de los trabajadores y mostrando la poca seriedad de lo que denominan estudios técnicos”¹¹⁵.

Es inconcebible que en un Estado Social de Derecho donde priman los derechos de los ciudadanos, y para el tema objeto de debate, más exactamente de los empleados

¹¹⁴ Demanda la nulidad de El Acuerdo 117 del 24 de septiembre de 2002, expedido por la Junta Directiva de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL SAN VICENTE DE PAÚL DE CALDAS (Ant.), “Por medio del cual se modifica la planta de cargos y asignaciones de la E.S.E Hospital San Vicente de Paúl de Caldas (Ant.) y se suprimen setenta y dos cargos de tal ente, entre ellos el de la actora (Auxiliar de Administración Código 550)

¹¹⁵ Sentencia Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCIÓN “B”; Consejero Ponente: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Bogotá D.C., tres (3) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 05001 23 31 000 2003 00481 01 (1189-2010)

públicos regidos por un sistema de administración de personal objetiva y garante, que sirven al Estado y al cumplimiento de sus fines, se busque una medida en perjuicio de los mismos, de manera carente de profesionalismo que culmine en la supresión de más de 70 cargos, sin justificación o criterio sólido alguno; estudios técnicos signados por la imprevisión que paradójicamente, buscan la modernización del Estado.

Pues como lo sostiene el Consejo: “(...) Son los propios resultados institucionales los que descalifican la estrategia de reducción de la nómina como remedio a la crisis institucional, en particular por el peso mayúsculo y casi único de la táctica de reducción de la planta. Si la magnitud del déficit que enfrentaba la entidad era tal que la existencia misma estaba comprometida, ese estado no surgió de un día para otro sorpresivamente, debió ser conjurado desde un comienzo y no con la aplicación repetitiva de la misma estrategia. Si el estudio técnico hubiera sido verdaderamente científico habría estimado desde el momento inicial, el efecto de la caída de la demanda por los servicios de la entidad. La existencia de tres oleadas de reestructuración de la entidad, indica cuan improvisados fueron los análisis y el diagnóstico”¹¹⁶.

Más aún, si falla la premisa básica de la actuación administrativa, es decir si los estudios técnicos no cumplen el rigor metodológico que de ellos se exige en la ley y la jurisprudencia, el ejercicio de la facultad discrecional queda huérfano de soporte, pues si no hay justificación para el despido falla el deber de motivación y el retiro carece de justificación.

Rigor metodológico que se refiere a que dichos estudios, en efecto, soporten las modificaciones de las plantas de personal a través del diseño organizacional y ocupacional que contemplen los procesos técnico-misionales y de apoyo, evaluación de la prestación de los servicios, de las funciones asignadas, perfiles, y las cargas de trabajo de los empleos, y dicho sea de paso, elaborados por peritos que puedan rendir un concepto técnico y profesional en la materia, por ejemplo, “(...) la Escuela Superior de Administración Pública, firmas especializadas en la materia, o profesionales en Administración Pública u otras profesiones idóneas, debidamente acreditados”¹¹⁷ (art. 41 L..443/98); pues de lo contrario se constituyen en razones infundadas a favor de reestructuraciones sin planeación y en detrimento de los derechos de los trabajadores y por supuesto de la estabilidad protegida constitucional, legal y en la jurisprudencia.

Para el caso específico, los estudios debieron contemplar, el nivel del Hospital y los servicios que está obligado a prestar y además los que puede llegar a servir teniendo en cuenta la demanda de servicios especializados; la eficiencia administrativa, el instrumental, el número de profesionales requeridos para todo el Suroeste del departamento y no sólo para el Municipio de Caldas.

¹¹⁶ Ibid.

¹¹⁷ Ibid.

“Si los actos se explican acudiendo a las razones técnicas, y estas no son tales, quedan esas manifestaciones de la administración carentes de toda justificación o lo que es lo mismo, hay falsa motivación al fundar el acto en razones técnicas que no son tales, como muestra el fracaso de la estrategia recurrente de acudir al adelgazamiento de la nómina y al despido. Entonces, la desviación de poder que se denuncia resulta evidente, si se aprecia que varias de las personas retiradas de la E.S.E, fueron convocadas como miembros de una cooperativa para continuar prestando las mismas funciones”¹¹⁸.

De lo anterior, se desprende que la violación es rampante ya que luego de terminado el vínculo laboral existente entre la demandada y la demandante ésta fue contratada por aquella, a través de una Pre Cooperativa, para prestar los mismos servicios y para desempeñar las mismas funciones, se evidencia entonces que el Estado no disminuye su tamaño, sino que por el contrario es el número uno en desconocer los derechos mínimos irrenunciables del trabajador.

Dicho de otra manera, es claro, que no podían ser afectados los derechos laborales de los trabajadores desvinculados, pues se desconocieron los principios que regulan el trabajo, la estabilidad y el derecho a la carrera administrativa, manteniéndolos en una zozobra durante tres reestructuraciones; privándolos de un trabajo en condiciones dignas y justas, y omitiendo que la contribución de los trabajadores era necesaria para el funcionamiento de la entidad.

Del mismo modo, con el proceder de la entidad se desconoció el artículo 17 de la Ley de 790 de 2002, que dispone: “En ningún caso los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o entidades públicas podrán celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes de conformidad con los decretos de planta respectivos”¹¹⁹.

Seguido a ello, si después de la “reestructuración” argumentada por razones financieras, se evidencia, que las tareas que cumplían los funcionarios desvinculados, “(...) no fueron realmente suprimidas y si la realidad de la relación laboral se mantuvo, la misma debe ser reconocida judicialmente, y reprobarse la estrategia sugerida por los estudios técnicos de motivar la creación de terceras personas jurídicas para encubrir la verdadera relación laboral”¹²⁰.

En consecuencia, se revocó el fallo impugnado que negó las súplicas de la demanda y en su lugar declaró la nulidad de los actos acusados y acogió las pretensiones; igualmente dispuso que la demandante fuese restituida al cargo, con las consecuencias económicas propias del reintegro, una vez más, se evidencia las consecuencias de las decisiones equivocadas en la gestión de personal.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ *Ibid*.

¹²⁰ *Ibid*.

Así como existen sentencias en las que es posible demostrar las irregularidades de las supresiones también se encuentran en la jurisprudencia un sinnúmero de sentencias en las que la presunción de legalidad del acto administrativo prima sobre la realidad y para los demandantes se hace difícil demostrar fácticamente sus pretensiones:

- En sentencia de 2011¹²¹ que estuvo encaminada a obtener la nulidad de los Decretos Nos. 054 y 055 de 29 de septiembre de 2009, mediante los cuales el Alcalde Municipal de Oporapa – Huila, resolvió suprimir el cargo de Conductor de la planta de personal y no incorporar al demandante y cuyo problema jurídico busca determinar si el demandante tiene derecho a ser reintegrado al cargo que fue suprimido, porque a su juicio, los actos acusados fueron expedidos en forma irregular, con una falsa motivación y desviación de poder, desconociendo sus derechos de carrera, y el fuero circunstancial que lo protege, el demandante para fundamentar las pretensiones expuso los siguientes hechos:

“(…) Que venía ejerciendo el cargo de Conductor con eficiencia, rectitud y lealtad desde el 1° de abril de 1995 hasta el 30 de septiembre de 1999, encontrándose inscrito en Carrera Administrativa.

Que mediante Acuerdo No. 007 de 1° de septiembre de 1999, el Concejo Municipal de Oporapa – Huila le concedió facultades extraordinarias al Alcalde para que procediera a modificar la planta de personal del Municipio; empero en forma contraria a la ética, moral y deberes que debe cumplir un funcionario público, pues lo hizo movido por prácticas clientelistas y politiqueras que buscaban disponer de empleos para satisfacer cuotas u obligaciones burocráticas.

Y que se desconocieron sus derechos laborales, porque se encontraba inscrito en Carrera Administrativa y tenía derecho a la estabilidad y permanencia en el empleo, sujeto a la evaluación de servicios y al cumplimiento de los deberes y obligaciones”¹²².

Y a pesar de que según la decisión de la Sala se mantiene la presunción de legalidad de los actos acusados, y se niegan las pretensiones de la demanda por no haber podido demostrar las acusaciones probatoriamente, es claro que en caso de haberse hecho se hubiera reconocido que prácticas clientelistas y burocráticas no constituyen una razón para suprimir empleos.

- Asimismo, en sentencia de 2008 donde el problema jurídico planteado se contraía a definir “la legalidad del proceso de supresión que definió el acto general (decreto 661 de 1998), frente a las acusaciones de falta del estudio técnico que contempla la ley 443 de 1998 e irregularidades en los procedimientos relacionados con el mismo. Asimismo frente al acto particular (decreto 664 de 1998), a definir las acusaciones de

¹²¹ CONSEJO DE ESTADO SECCION SEGUNDA -SUBSECCION “B” CONSEJERA PONENTE: DRA. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Bogotá, D.C., tres (3) de marzo de dos mil once (2011). Radicación No. 41001-23-31-000-2000-00168-01.

¹²² *Ibíd.*

motivación ajena al buen servicio en la incorporación de funcionarios en la nueva planta de personal”¹²³.

El actor Jaime Guillermo Londoño Córdoba concluye que en este caso aflora la desviación de poder que llevó al Alcalde a desvincular una gran cantidad de servidores, no por razones del servicio, “(...) sino por afanes politiqueros y burocráticos, pues es evidente que recurrió a una reestructuración y reforma de la planta, para violar la estabilidad derivada de la inscripción en carrera administrativa”¹²⁴.

Además se encuentra acreditado que mediante el oficio 1581 S.A. y P., de 5 de noviembre de 1998, el Alcalde Municipal, remitió a la Asesora de la Comisión Seccional del Servicio Civil de Medellín, el cronograma de actividades desarrolladas y que se proyecta desarrollar con motivo de la reestructuración administrativa que adelantaba el municipio y el 18 de diciembre de 1998, el Secretario de Servicios Administrativos y Personal, remitía a la misma funcionaria, el folleto del estudio técnico sobre la reestructuración de la Planta de Cargos de la Administración Municipal de Itagüí en 193 folios (fls. 194, 199):

“Al respecto se debe precisar que dichas Comisiones Seccionales, no tenían competencia para aprobar o improbar el estudio realizado por la entidad, por ello su remisión tenía una función informativa y no de control, lo que impide anular el acto por una eventual remisión posterior del mismo”¹²⁵.

A pesar de ello el Consejo de Estado decide: “En este caso no se demostró una posición en mejores condiciones de quienes se mantienen en el servicio, ni los motivos partidistas y amañados aducidos, por lo que el acto de desvinculación continúa amparado por la presunción de legalidad”¹²⁶

- Igualmente, en el tribunal Contencioso del Huila M.P. Dr. Gerardo Iván Muñoz Hermida en el que se discute un caso donde el actor pretende la nulidad del acto administrativo que suprimió su cargo, fundamentado en que, en la expedición de dicho decreto hubo desviación y abuso de poder toda vez que la ley no autoriza la supresión de cargos de la administración para ser desempeñado o reemplazado, Alfonso Hernández Ibata afirmó:

“Con la reestructuración no se realizan grandes cambios o modernización en la organización de la prestación de la función pública, sino hacen acomodamientos para hacer nombramientos y cumplir con compromisos politiqueros.

¹²³ Sentencia de CONSEJO DE ESTADO. SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A". CONSEJERO PONENTE: JAIME MORENO GARCIA Bogotá D.C., diecisiete (17) de abril de dos mil ocho (2008). EXP. No. 05001-23-31-000-1999-00851-01 (3611-2005)

¹²⁴ Ibíd.

¹²⁵ Ibíd.

¹²⁶ Ibíd.

No se dio cumplimiento con el fin de la reestructuración de la Secretaría, que pretendía “asegurar el mejoramiento del servicio y su economía, la eficiencia y la eficacia de la administración del Huila en marcha, en procura de mejores servicios para la comunidad, por tanto los que desempeñaran esos cargos fueran personas capacitadas y con méritos para desempeñar el cargo”, ya que escogieron personas con calidades diferentes e inferiores guiadas por criterios politiqueros que solo obedecen a los cambios de mandatario.

No se justifica que cada tres años al cambio de mandatario se produzca una reestructuración para buscar alivio económico, nombrando más personal que el que existía. El actor desempeñaba el cargo de Conductor, en el momento en que no fue incorporado a la planta de personal, no obstante haber creado dos cargos más de conductor¹²⁷.

A pesar de las pruebas y testimonios que aseguran que el Señor Hernández Ibata era un excelente trabajador y que de él nunca hubo queja cuando era su empleado, el Tribunal decidió:

“De los testimonios recibidos no se encuentra ningún sustento probatorio que proporcione base sólidas que sustenten el cargo realizado en la demanda, pues ninguno de ellos hace una aseveración clara, precisa y directa en lo concerniente al abuso y desviación de poder y solo se limitan hacer referencia sobre las calidades personales del actor, y en cuanto a las causas políticas que originaron la no incorporación del actor, solo se limitan ha sustentar dichas imputaciones por medio de suposiciones que para el presente caso carecen de fuerza probatoria”¹²⁸.

- En último lugar, en sentencia proferida en 2006, donde se reafirma que cuando una reestructuración, conlleve supresión de empleos, debe basarse en estudios técnicos que plasmen los propósitos de mejoramiento del servicio.

En este caso la demandante solicita su reintegro al Concejo de Bogotá, entre las razones que esgrime para ello contempla:

“(…) el estudio técnico estuvo precedido de “serias irregularidades” porque se desatendió la recomendación realizada por una comisión que laboró cerca de un año y medio (1/2) y que recomendó que se dejara una planta de personal de cerca de 300 cargos, prefiriéndose un proyecto burocrático y acomodaticio denominado “Ajustes al Estudio Técnico” que no fue sino una “tramoya” para justificar la supresión de la mayoría de los

¹²⁷ TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA. Sala Segunda de Decisión M.P. Dr. Gerardo Iván Muñoz Hermida Neiva, treinta y uno (31) de enero de dos mil cinco (2005). Radicación. 41 001 23 31 002 1999-135. F.111 T.XLII

¹²⁸ *Ibíd.*

cargos de la planta central a cambio de aumentar las llamadas Unidades de Apoyo Normativo de los Concejales.¹²⁹”

También afirma, que el Concejo Distrital no tuvo en cuenta el estudio que fue elaborado en su oportunidad para adoptar la reestructuración de su planta de personal toda vez que no fue depositado como antecedente de los Acuerdos 28 y 29 de 2001. Se empleó un documento intitulado “Ajustes de Estudio Técnico” que no tiene ninguna concordancia con el que había sido elaborado y que obedeció únicamente al capricho de los concejales de turno.

De otra parte, la reforma que finalmente se introdujo en la planta de personal es violatoria del sistema de carrera administrativa y lleva implícita una burla contra ésta en cuanto deja “las unidades de apoyo normativo” al libre arbitrio y manejo de los concejales bajo la modalidad de empleos de libre nombramiento y remoción. Con ello se pretendió acabar con los derechos de los empleados de carrera, para entronizar un sistema basado en el favoritismo, los intereses políticos y los burocráticos.

Es un caso más en el que se demuestra que a pesar de la existencia de una comisión durante un año y medio trabajando en el análisis de la reestructuración del Concejo, éste último no fue tenido en cuenta, y en su lugar se adoptó un estudio técnico que no guarda relación con las recomendaciones de la Comisión, encargada para ese fin.

Las anteriores sentencias, ilustran un problema adicional: el juez cuando avoca un proceso sobre reestructuración o supresión de cargos, en el que existe multiplicidad de estudios técnicos o cuando los mismos sufren modificaciones sin atender a las razones de fondo del estudio primigenio, puede evidenciar, que los estudios técnicos se yuxtaponen, tal como lo ilustra la jurisprudencia, razón por la cual se torna en un ejercicio caracterizado por la imprevisión o por intereses diferentes a los del servicio, por parte de la administración, y soporta la nulidad, en el caso que se realice un nuevo estudio que reforme sustancialmente las recomendaciones del primero, y en este plano, el juez tendrá que elaborar un análisis detallado que le permita concluir, si el nuevo cumple con los requisitos legales y constitucionales o es una tergiversación del primero.

Ahora bien, de las sentencias señaladas puede decirse, que comparten el argumento según el cual en búsqueda de la modernización de la función pública, y su correspondiente adaptación al cambio, las ciencias de la administración deben racionalizar recursos, y para ello se propone, la modificación de la planta, mediante la supresión de cargos, redistribución de funciones y en general el logro de una mejor articulación de los recursos humanos, materiales y organizacionales, para optimizar el servicio y realizar los fines esenciales del Estado.

¹²⁹ Sentencia de CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN SEGUNDA, Subsección “B”. Consejero ponente: ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO. Bogotá, D.C. treinta (30) de noviembre de dos mil seis (2006). Radicación número: 25000-23-25-000-2001-12066-01 (4077 -04)

No obstante lo anterior, esa flexibilización, que busca que la administración se adecúe a los nuevos cambios, no puede convertirse en un comodín que sirva para que, de manera casi automática, se aleguen a favor de la administración, si dichos cambios no se traducen en la pretendida modernización de la administración pública, y por el contrario ocasionan el detrimento de derechos fundamentales, del derecho al trabajo y aún más en un deterioro del sistema de carrera administrativa, fundamentado entre otros principios por la estabilidad.

Los cambios y reestructuraciones requieren de un proceso de planeación, - en ese sentido, los estudios técnicos deberán ser reflejo de un diseño guiado por los principios de la administración, con la aplicación de herramientas técnicas provenientes de las disciplinas administrativas y financieras y teniendo en consideración el respeto y garantía de los derechos de los actores involucrados, en especial de los trabajadores, pues de lo contrario, al desconocer paradigmas constitucionales y legales estarían viciados y afectarían la consecución de los objetivos ciertos y necesarios de modernización, dados los plazos del proceso contencioso que ello implicará, al afectarse sin justificación los derechos adquiridos y los derechos fundamentales de los empleados públicos.

8.3.2 La Propuesta de la Entidad

Parte determinante en el proceso de supresión es la elaboración de una propuesta que contiene la adopción y las modificaciones de las plantas de personal de los organismos del orden nacional. Dicha propuesta debe ser necesariamente sometida a consideración del Departamento Administrativo de la Función Pública, se presentan junto con el estudio técnico, un estudio comparativo de las plantas de personal actual y propuesta distribuidas por dependencias, análisis comparativo de cargos por niveles o categorías y su costo mensual por concepto de asignaciones o sueldos básicos, e identificación de los empleos a reclasificar, suprimir o crear.

Se debe anexar además el Proyecto de Acto Administrativo por el cual se establece o modifica la planta de personal, y el proyecto de manual específico de funciones y requisitos.

8.3.3 Concepto Técnico

Una vez valorada la propuesta de reestructuración de la planta de personal por parte del Departamento Administrativo de la Función Pública, este emite un concepto técnico donde autoriza o no la reestructuración con la motivación del caso.

Con relación a dicha exigencia que guarda dependencia con la de realización del estudio técnico debe tenerse en cuenta lo analizado al respecto por el Consejo de Estado.

8.3.4 Concepto de viabilidad presupuestal.

El siguiente paso indispensable es el concepto de viabilidad presupuestal que debe tramitarse ante el Ministerio de Hacienda quien será la responsable de emitir el respectivo certificado, con el cual se da fe de la existencia de los recursos para efectuar la respectiva modificación en la planta de personal.

Lo anterior teniendo en cuenta que, todo proceso de reestructuración implica un gasto para la administración, que puede repercutir en mejores resultados, de acuerdo a los resultados que se obtengan, pero siempre deben estar presentes en el proceso de planeación.

8.3.5 Proceso de Readaptación

Adicional a los anteriores requisitos o etapas que se siguen en un proceso de reestructuración, debe también contemplarse un plan de readaptación laboral de aquellas personas que por causa de la supresión de los empleos queden cesantes.

El artículo 77 de la Ley 617 de 2000 dispone:

Artículo 77.- Readaptación laboral. El Departamento Administrativo de la Función Pública, los departamentos y municipios serán responsables de establecer y hacer seguimiento de una política de reinserción en el mercado laboral de las personas que deben desvincularse en el cumplimiento de las disposiciones de esta ley.

Dentro de las actividades que se deban implementar bajo la dirección o coordinación del Departamento Administrativo de la Función Pública deberán incluirse programas de capacitación, préstamos y servicio de información laboral. En este proceso participarán activamente la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, Dansocial, y las demás entidades del Estado que sean designadas por el gobierno.

Así mismo, promoverán y fomentarán la creación de cooperativas de trabajo asociado conformado por el personal desvinculado.

La omisión total o parcial de esta disposición, dará lugar al ejercicio de la acción de cumplimiento a que se refiere el Artículo 83 y a la imposición de las sanciones previstas en el Artículo 84.”

Por la naturaleza y objetivos de la ley 617, dicho requisito aparece como obligatorio en los eventos de supresión de cargos en las estructuras de la administración territorial: departamental o municipal.

De cualquier manera, si el titular del empleo es una persona con una disminución física o mental reconocida, debe obligatoriamente reubicarse en atención a lo normado en el Convenio 159 de la OIT aprobado en Colombia mediante la ley 82 de 1989, el cual en su artículo 1º prevé:

“Artículo 1: 1. A los efectos del presente Convenio, se entiende por persona inválida toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida.

2. A los efectos del presente Convenio, todo Miembro deberá considerar que la finalidad de la readaptación profesional es la de permitir que la persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, y que se promueva así la integración o la reintegración de esta persona en la sociedad.

3. Todo Miembro aplicará las disposiciones de este Convenio mediante medidas apropiadas a las condiciones nacionales y conformes con la práctica nacional.

4. Las disposiciones del presente Convenio serán aplicables a todas las categorías de personas inválidas.”

No sería válido dejar de lado el requisito antes mencionado en lo que hace a readaptación de personas con minusvalías.

Una vez el ente público cuente con el camino expedito para reformar su planta de personal, luego de agotadas las etapas anteriormente descritas, al Jefe del respectivo órgano le asiste la competencia para distribuir los cargos de acuerdo con la estructura, las necesidades de la organización y sus planes y programas. Dicha distribución de cargos debe hacerse conforme a los principios de eficiencia y racionalidad de la gestión pública; la no duplicidad de funciones, la garantía de la armonía, coherencia y articulación entre las actividades que realice cada una de las dependencias, la expedición de funciones específicas para cada dependencia, la prohibición de creación de dependencias internas cuyas funciones estén atribuidas a otras entidades públicas de cualquier orden, y la supresión o fusión de los empleos que no sean necesarios. Así mismo, deberán respetarse las normas propias que regulan el régimen de los servidores públicos afectados con la reestructuración de la planta 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. De igual forma, la ley señala que, en efecto, una de las causales de retiro del servicio, válida y legal, es la supresión del empleo pero que en todo caso, no podrá efectuarse supresión de empleos de carrera que conlleve el pago de la indemnización sin que previamente exista la disponibilidad presupuestal suficiente para cubrir el monto de tales indemnizaciones.

8.4 ¿Qué sucede con las personas en condiciones de especial protección?

Finalmente se hace una mención especial para personas de especial protección como los desplazados por razones de violencia y a las personas con algún tipo de discapacidad¹³⁰, así como la mujer embarazada en el sentido de que cuando por razones del buen servicio deba suprimirse un cargo de carrera administrativa ocupado por una empleada en estado de embarazo y no fuere posible su incorporación en otro igual o equivalente, deberá pagársele, a título de indemnización por maternidad, el valor de la remuneración que dejare de percibir entre la fecha de la supresión efectiva del cargo y la fecha probable del parto, y el pago mensual a la correspondiente entidad promotora de salud de la parte de la cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud que corresponde a la entidad pública en los términos de la ley, durante toda la etapa de gestación y los meses posteriores al parto, más las semanas de descanso remunerado a que se tiene derecho como licencia de maternidad.

La indemnización anterior sin perjuicio de la indemnización a que tiene derecho la empleada de carrera administrativa, por la supresión del empleo del cual es titular.

Las facultades de la administración, en torno a la supresión de cargos, inclusive, para el tema que aquí abordamos, la facultad legislativa con relación a supresión de entidades, en el marco de la modernización del estado encuentran otro límite en lo que jurisprudencialmente se ha denominado “*retén social*”.

Originariamente, la ley 790 de 2002, “por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República” dispuso en su artículo 12:

*“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.**”*

¹³⁰**Ley 909 de 2004 ARTÍCULO 52. PROTECCIÓN A LOS DESPLAZADOS POR RAZONES DE VIOLENCIA Y A LAS PERSONAS CON ALGÚN TIPO DE DISCAPACIDAD.** Cuando por razones de violencia un empleado con derechos de carrera administrativa demuestre su condición de desplazado ante la autoridad competente, de acuerdo con la Ley 387 de 1997 y las normas que la modifiquen o complementen, la Comisión Nacional del Servicio Civil ordenará su reubicación en una sede distinta a aquella donde se encuentre ubicado el cargo del cual es titular, o en otra entidad.

La Comisión Nacional del Servicio Civil, en coordinación con las respectivas entidades del Estado, promoverá la adopción de medidas tendientes a garantizar, en igualdad de oportunidades, las condiciones de acceso al servicio público, en empleos de carrera administrativa, a aquellos ciudadanos que posean discapacidades físicas, auditivas o visuales, con el fin de proporcionarles un trabajo acorde con su condición.

En todo caso, las entidades del Estado, estarán obligadas, de conformidad como lo establece el artículo 27 de la Ley 361 de 1997 a preferir entre los elegibles, cuando quiera que se presente un empate, a las personas con discapacidad.

Como puede verse la norma estableció la garantía de estabilidad en favor de aquellas personas que se encuentren en las situaciones enunciadas.

Tanto madres cabeza de familia sin alternativa económica, personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores con el lleno de los requisitos, para pensionarse no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública

Debe decirse entonces, que el objeto del retén social constituye una protección especial consistente en la imposibilidad de retirar del servicio a los empleados que se hubieran visto afectados con ocasión del programa de renovación y modernización de la estructura contemplada en principio para la Rama Ejecutiva, sin embargo, ello no es óbice para que las entidades públicas de otro orden que decidan modernizar, actualizar y modificar sus plantas de personal también diseñen programas dirigidos a proteger la estabilidad laboral reforzada de los trabajadores que se ubican en el sector de los sujetos de especial protección del Estado, tales como los previstos en esa norma.

Verbigracia, para el caso de la estabilidad reforzada de la mujer cabeza de familia, y frente a los límites de la discrecionalidad con la que cuenta la administración para reestructurar las plantas de personal, la Corte ha sostenido:

“(…) el ejercicio de dicha facultad no puede ejercerla la administración pública de forma arbitraria o ilimitada, pues la propia Constitución en su artículo 25, establece la protección especial a cargo del Estado, de las personas que por su condición de vulnerabilidad se encuentran en situación de inferioridad, como es el caso de las madres cabeza de familia, lo que impide entonces que, bajo la excusa de la supresión de cargos estos derechos se vean desconocidos o disminuidos.

Entonces, cuando una de las partes de la relación laboral está conformada por un sujeto especialmente protegido según la Constitución-mujer cabeza de familia-, niños, el principio a la estabilidad en el empleo, adquiere particular prevalencia, como consecuencia de la protección especial de la cual se viene hablando con respecto a este grupo de personas, siempre y cuando no exista una causal justificativa del despido, pues la estabilidad laboral reforzada no debe confundirse con el otorgamiento de una inmunidad que exonere de las obligaciones a su cargo o que proteja frente a las medidas disciplinarias, fiscales o penales que eventualmente puedan ejercerse en su contra”¹³¹.

En sentencia T-384 de 2007 se concluyó: “Así, en cuanto a los derechos de la tutelante como madre cabeza de familia no se encuentra evidencia que demuestre que la administración haya desplegado todas las acciones para no dejar desprotegida a la tutelante en lo que se refiere a propender por la estabilidad reforzada de una mujer cabeza de familia, adoptando medidas tendientes a la reubicación de la señora Mejía

¹³¹ Sentencia de la Corte Constitucional T-384 de 2007, MP: Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA. Bogotá, D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil siete (2007).

Posso en un cargo similar o equivalente o, segundo, una vez comprobada la imposibilidad de dicha opción proceder a desvincularla explicando dichas razones de manera específica. Por lo tanto, el Departamento de Bolívar ha vulnerado el debido proceso administrativo en conexidad con el derecho a la estabilidad reforzada de la tutelante al suprimir su cargo sin adoptar medidas tendientes a que la misma no quedara desprotegida”.

Este es el panorama en que se inscribe la supresión de cargos de carrera administrativa advirtiendo que no se aborda, la situación de empleados públicos de libre nombramiento y remoción o situaciones administrativas como las de los provisionales, por no constituir materia objeto de esta investigación, panorama que estuvo regulado por la ley 443 de 1998¹³² y el Decreto 1572¹³³ del mismo año como dos de las normas más relevantes, que se encontrarán constantemente reproducidas en la jurisprudencia.

8.5 Falta de competencia para suprimir cargos

La falta de competencia es otra causal que de manera constante debe analizar el juez de lo contencioso administrativo en relación con la supresión de cargos, pues la falta de la misma en la adopción de decisiones, demuestra falta de objetividad, desconocimiento, desorganización en la administración nacional y territorial en el ejercicio de las funciones; no obstante las razones de la extralimitación de funciones no pretenden ser analizadas en este acápite.

La falta de competencia en la adopción de decisiones demuestra, falta de objetividad, desconocimiento, desorganización en la administración nacional y territorial en el ejercicio de las funciones; no obstante las razones de la extralimitación de funciones no pretenden ser analizadas en este acápite.

- En sentencia proferida en 2011 por el consejero ponente Luis Rafael Vergara Quintero donde Doris Cecilia Peña solicita se declare la nulidad del Decreto No. 401 de 30 de diciembre de 1999, expedido por el Gobernador del Departamento de Santander, en lo relacionado con la supresión del cargo de Auxiliar 565 que venía desempeñando y del Oficio de 30 de diciembre de 1999, mediante el cual el Jefe de la Unidad de Recursos Humanos de la Contraloría Departamental de Santander le notificó la supresión de su empleo.

¹³² Derogada por el art. 58, Ley 909 de 2004, con excepción de los arts. 24, 58, 81 y 82. Reglamentada por el Decreto Nacional 1572 de 1998 “por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones”.

¹³³ Derogado por el art. 112, Decreto Nacional 1227 de 2005 “por el cual se reglamenta la Ley 443 de 1998 y el Decreto - Ley 1567 de 1998”.

Alega la demandante que: "(...) la reestructuración administrativa no contó con un estudio técnico por parte de la Contraloría ni de la Gobernación, como tampoco el ente fiscal presentó ante la Asamblea Departamental el proyecto de Ordenanza que determinara la estructura de la planta de personal, ni mucho menos iniciativa para el proyecto que permitiera a la Asamblea delegar en el Gobernador funciones constitucionales asignadas al Contralor.

Agrega que el empleo que desempeñaba no desapareció efectivamente de la planta de personal, sino que cambió de denominación, evidenciando así una reestructuración edificada sobre una serie de irregularidades. "Adujo que los actos demandados tuvieron un fin distinto al interés general del mejoramiento del servicio, pues sólo obedeció a conjurar una crisis financiera originada por el Mandatario Departamental y sus antecesores, limitándose él y el Contralor a nombrar personal por presiones políticas, relegando la experiencia, probidad y eficiencia demostradas en las evaluaciones de desempeño.

Destacó que los actos demandados se encuentran falsamente motivados, toda vez que no existía estudio técnico ni una demostración del costo-beneficio de la medida asumida. Agregó que el Decreto 401 se expidió obviando las formalidades esenciales de ley, pues el mismo debía expedirse a iniciativa del Contralor."¹³⁴.

Así pues, el Tribunal de instancia declaró la nulidad del Decreto No. 401 de 1999, al encontrar que se había configurado el vicio de falta de competencia del Gobernador de Santander para suprimir cargos y que los efectos de la sentencia de nulidad son ex- tunc o retroactivos y constituyen cosa juzgada.

En ese orden, la decisión debe ser confirmada con fundamento en el numeral 2º del artículo 66 del C.C.A, que dispone que los actos administrativos perderán su fuerza ejecutoria cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.

En el caso de autos, la pérdida de fuerza de ejecutoria se configura por la desaparición del acto general-artículo segundo literal e) de la Ordenanza 050 de 1999 -que le servía de sustento-, como quiera que la legalidad que lo revestía fue desvirtuada en el proceso de nulidad referenciado.

En esta ocasión en Consejo de Estado dispuso que era dable aplicar lo dispuesto en el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo que en lo pertinente dispone:

"(...) Cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo intendencial, comisarial, distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente los decretos reglamentarios."

¹³⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN "A" CONSEJERO PONENTE: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO Bogotá D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil once (2011) Radicación No.: 68001-23-15-000-2000-01288-02

Es decir, al declararse inconstitucional la Ordenanza 050 de 1999, a través de la cual se autorizó al Gobernador para expedir la planta de personal de la Contraloría, y sabiendo que no es posible omitir el procedimiento establecido constitucional y legalmente para la modificación de la planta de personal de la Contraloría departamental quedan sin efectos los decretos que se hayan desprendido de la misma, para el caso en concreto, el Decreto No. 0401 de 30 de diciembre de 1999 (fls. 22 y 23) que suprimió el cargo de Auxiliar 565 que venía desempeñando la actora y del Oficio de 30 de diciembre de 1999 (fl.2) que le comunicó la supresión de su empleo.

Con fundamento en lo anterior, y teniendo en cuenta que de la declaratoria de nulidad surten efectos desde el momento mismo de su expedición, los actos administrativos demandados deben correr la misma suerte del acto principal, por lo que la sentencia del Tribunal amerita ser confirmada. Por las razones que anteceden, se confirmó la providencia del Tribunal que accedió a las súplicas de la demanda.

Luego, puede verse que el acto administrativo de supresión o reestructuración al estar viciado de nulidad, lleva al reintegro del trabajador a su cargo, circunstancia que además de recomponer el orden jurídico vulnerado, efectiviza los derechos fundamentales del trabajador que han sido desconocidos.

- Por su parte, y a pesar de que la sentencia que se refiere a continuación no hace alusión al régimen de carrera general, pues la Contraloría General de la República cuenta con una carrera especial, se reitera que independiente del régimen de carrera, si hay falta de competencia, hay nulidad del acto administrativo respectivo.

De ahí que, en sentencia proferida igualmente por el Consejo de Estado en 2011 y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A¹³⁵, y por conducto de apoderado judicial, el señor Luis Eduardo Abreo Barrera demanda de esta jurisdicción la nulidad del Decreto Departamental 401 de 30 de diciembre de 1999, expedido por el Gobernador de Santander, por el cual suprimió el cargo de Revisor 550, que venía desempeñado en la Contraloría Departamental de Santander¹³⁶, y del Oficio No. 8127 de 30 de diciembre de 1999 que le informó su retiro por supresión del cargo.

¹³⁵ Acción que corresponde al Artículo 138. De la ley 1437 de 2011 Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y entró a regir a partir del 02 de julio del presente año. **Nulidad y restablecimiento del derecho.** Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.

¹³⁶ A pesar de que se trata de un régimen especial de carrera administrativa, para el momento de la solicitud, se aplicaba lo dispuesto en el PARÁGRAFO 2o. del artículo 3 de la ley 909 de 2004, según el cual: Mientras se expida las normas de carrera para el personal de las Contralorías Territoriales y para los empleados de carrera del Congreso de la República les

El demandante expresa que: "(...) el Gobernador suprimió cargos con fundamento en facultades extraordinarias concedidas por la Asamblea Departamental y no con base en el artículo 305 de la Constitución Nacional y el artículo 232 del Código de Régimen Departamental. De acuerdo con lo anterior, la supresión de cargos no se hizo una vez determinada la estructura de la Contraloría, pues en tal caso el fundamento para la modificación de la estructura de la planta de personal hubiera sido el artículo 305 de la Constitución Política.

En esas condiciones, se desconocieron los derechos de carrera del demandante, dado que se vulneró su derecho adquirido a permanecer en el empleo. Es evidente que tanto el Gobernador como quien expidió el oficio demandado, carecían de competencia para su expedición"¹³⁷.

Pues bien, al respecto el Consejo de Estado confirmó la sentencia del Tribunal de Santander mediante la cual se declaró la nulidad del artículo segundo literal e) de la Ordenanza 050 de 1999, por considerar que había sido expedida irregularmente, por cuanto la iniciativa tendiente a la determinación de la estructura de la Contraloría no provenía del Contralor, único autorizado por la ley, sino del Gobernador, incurriendo así en violación del artículo 3° de la Ley 330 de 1996. Dicha norma, señala que la competencia para fijar la estructura y planta de personal de las Contralorías Departamentales corresponde a las Asambleas, a iniciativa de los Contralores. La Sentencia ordenó el correspondiente restablecimiento del derecho, sin argumentación adicional.

8.6 Prelación de reubicación para quien tiene derechos de carrera

- "Cuando se trata de funcionarios de carrera administrativa, las normas asignan el derecho a la incorporación inmediata en los cargos que se mantienen en la nueva planta, siempre que existan vacantes o cuando los cargos que subsisten estén ocupados por empleados provisionales o encargados"¹³⁸.

Se vulnera entonces el derecho a la incorporación inmediata y la estabilidad del empleado de carrera administrativa, cuando se incorpora -o se mantiene- en la nueva planta de

serán aplicables las disposiciones contenidas en la presente ley. Corte Constitucional. - Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-073-06 de 8 de febrero de 2006, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil.

¹³⁷ Sentencia Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "A" Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON. Bogotá D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil once (2011). Radicación número: 68001-23-15-000-2000-91177-02(1385-10)

¹³⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A" Consejera ponente: ANA MARGARITA OLAYA FORERO Bogotá, D.C., seis (6) de julio de dos mil seis (2006). Radicación número: 25000-23-25-000-2001-07600-01(2268-05)

personal a una persona con menor derecho al que corresponde al empleado escalafonado. Es sabido que las normas exigen la preferencia del empleado de carrera sobre quien se encuentra en condición de provisional, porque el empleado de carrera ingresó al servicio por un concurso de méritos en el que acreditó su idoneidad para ocupar el cargo.

“Por ello cuando la administración decida reducir las plantas de personal, en aras de garantizar plenamente el derecho de incorporación inmediata y de estabilidad relativa, deberá retirar por supresión en primer lugar los funcionarios provisionales o encargados, para posteriormente acudir, en el evento de que las finalidades de la supresión de cargos lo aconsejen, al retiro de los empleados que han ingresado a la administración mediante proceso selectivo.

Asimismo, cuando existen empleados de carrera con derecho a la incorporación inmediata en los cargos que subsisten en la nueva planta de personal, la administración tiene la obligación de cubrir tales “vacantes” con ellos, en el momento de definir quienes continuarán y quienes se retirarán del servicio por supresión del cargo, pues frente al derecho del empleado escalafonado a ocupar tales cargos, no es válido mantener dichas “vacantes”¹³⁹.

El estudio fáctico de esta sentencia, hace referencia al caso en el que MARTHA LIGIA CARPINTERO CASTILLO quien estaba inscrita en el escalafón de carrera administrativa y demanda la nulidad de la Resolución 0184 de abril 27 de 2001, mediante la cual se suprimió su cargo en el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte IDR.

Acusa dicho acto de haber sido expedido por funcionario sin competencia; de adolecer de motivación; y de infracción de las normas que otorgan preferencia a los empleados de carrera administrativa sobre quienes ocupan cargos en condición provisional; pues se desconocieron los derechos prevalentes de estabilidad y permanencia como empleada de carrera, al haber incorporado en la nueva planta a funcionarios provisionales con menor derecho.

Considera para ello, que el proceso de reestructuración administrativa demandado redujo en cuatro (4) cargos el empleo de JEFE DE DIVISIÓN 210-02. No obstante, incorporó en uno de los cargos que mantuvo la nueva planta de personal, a un funcionario con nombramiento provisional en la División de Promoción de Servicio.

Al respecto considera que “(...) al estudiar las funciones asignadas a ese cargo se observa que son similares a las que cumplía en el antiguo cargo y los requisitos de estudios son título universitario en Economía, Ingenierías, Comunicación Social, Mercadeo y Publicidad, Administración de Empresas...la actora es Administradora de Empresas con Magíster en Administración de Empresas, por lo que podía ser incorporada en el cargos de Jefe de División 210-02 del Área de Promoción de Servicios que se

¹³⁹ *Ibíd.*

encontraba vacante y en el cual cumplía cabalmente los requisitos exigidos en la resolución 181 de 2001...”

El Consejo de Estado afirma: “(...) la entidad consideró que no existían cargos iguales por funciones y requisitos, a los que se pudiera incorporar a quienes teniendo derechos de carrera administrativa como la actora, resultaron retirados. Tal apreciación resulta errada a juicio de la Sala, pues tal como lo dedujo acertadamente el Tribunal, uno de los cargos que inicialmente se dejó vacante y que a la postre fue suplido con un empleado que no tenía derechos de carrera, es de tal similitud con el que ocupaba la demandante en requisitos y funciones, que se puede considerar totalmente equivalente.

El anterior razonamiento fue soporte de la decisión que adoptó el Tribunal y la apelación no presentó argumentos en contra de la equivalencia absoluta de los cargos, lo que impone prohiar el razonamiento del a quo”¹⁴⁰.

Una vez la administración ha decidido la supresión de un cargo o de una plaza y la incorporación en las vacantes de la nueva planta de personal, debe informar a quienes resultaron retirados del servicio, de la opción que les asiste para obtener el reintegro a sus funciones dentro de los seis meses siguientes al retiro, o el retiro definitivo con indemnización¹⁴¹”.

- Seguido a ello, la Consejera ponente BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ nuevamente y ésta vez en un caso encaminado a obtener la nulidad de la Resolución No. 00687 de 26 de abril de 2004, por medio de la cual el Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje- SENA, incorporó funcionarios a la planta de personal de la Regional Antioquia, sin tener en cuenta a la demandante; y, del Oficio No. 2021-13072 de la misma fecha por el cual, le informó a la demandante la supresión del cargo de Secretaria, Grado 01, el problema jurídico que debe resolver, consiste en determinar si la demandante tiene derecho a ser reintegrada al cargo que fue suprimido, porque a su juicio, no hubo supresión de cargos y la incorporación operaba de manera oficiosa teniendo en cuenta que se trata de una funcionaria con derechos de Carrera Administrativa¹⁴².

Se expuso:

“La decisión de retirar a un empleado de la planta de cargos, como consecuencia de una supresión, puede originarse bien porque todos los cargos de su categoría fueron suprimidos por el acto general, o bien porque en la nueva planta de personal no se creen

¹⁴⁰ *Ibíd.*

¹⁴¹ *Ibíd.*

¹⁴² La demandante insiste en que en la nueva planta de personal del SENA, Regional Antioquia, existen cuatro (4) cargos con las mismas funciones de Secretaria, Grado 1, razón por la cual reclama el derecho a ser reincorporada en cualquiera de los citados empleos de manera preferencial, de lo contrario se le están quebrantando claros derechos constitucionales y legales que le causan perjuicios laborales.

cargos con funciones iguales o equivalentes en uno de los cuales pudiera incorporarse. Sobre éste tema la Sección Segunda de esta Corporación, ha dicho:

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 empleos¹⁴³.”

Y aunque en el caso no se concedió la nulidad¹⁴⁴, lo que debe quedar claro es que siempre debe existir una motivación para tomar la decisión de suprimir empleos so pena de caer en nulidad y para el tema de estudio, no es razonable que se supriman empleos y en cambio se creen “nuevos” con distinta denominación, en los que se asignen funciones, requisitos y/o responsabilidades iguales con funciones idénticas a los anteriores.

- Por su parte, en sentencia de 2006, Consejero ponente: ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO (E) y sosteniendo la tesis según la cual prima el funcionario de carrera administrativa sobre el provisional sostuvo:

“(…) de acuerdo con el art. 139 parágrafo de la Ley 443 de 1998, en caso de reforma de planta, cuando se supriman cargos de la misma denominación y funciones y subsistan otros de igual connotación, en éstos la administración deberá dar preferencia en la incorporación o permanencia a los empleados de carrera sobre los que se encuentren en condición de provisionales, siendo explicable tal protección en el derecho relativo a la estabilidad, consagrado en el art. 125 de la Constitución Política, que no puede desconocerse a quienes han ingresado al sistema a través de un concurso público de méritos a diferencia de los empleados provisionales¹⁴⁵”.

Entonces existiendo varios cargos equivalentes y con las mismas funciones que deban suprimirse, subsistiendo algunos de ellos, la Administración al efectuar la incorporación a los empleos de carrera deberá dar especial protección (por el derecho de preferencia y

¹⁴³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION “B”. Consejera ponente: BERTHA LUCI RAMIEZ DE PAZ Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil once (2011) Radicación número: 25000-23-25-000-2004-05423-01(1263-10)

¹⁴⁴ En esta instancia se desestimará el argumento consistente en que se desconoció la protección especial derivada de su situación de escalafonada en Carrera Administrativa, en el cargo de Secretaria, Grado 1, al considerar que unos se suprimieron y otros subsisten bajo el mismo grado; porque como quedó establecido, las personas que fueron incorporada se encontraban en condiciones que exigen su protección especial, como son el hecho de ser tres (3) de ellas madres cabeza de familia y una (1) con discapacidad generada por la edad, razón por la cual, la demandante quedó excluida

¹⁴⁵ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN “B” Consejero ponente: ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO (E) Bogotá, D.C., diez (10) de agosto de dos mil seis (2006) Radicación número: 25000-23-25-000-2000-05533-01 (4563 -04)

estabilidad) a los empleados escalafonados que los desempeñaban anteriormente, salvo que ellos hayan optado expresa o tácitamente por el retiro con indemnización.

En fin, la incorporación de personal de carrera operará siempre que exista realmente un cargo pertinente para ello vacante o incluso, cuando el cargo realmente equivalente esté provisto con un empleado provisional o encargado; la situación varía cuando exista un número de empleados escalafonados superior al número de empleos subsistentes o creados por la imposibilidad de incorporación de todos ellos.

Al respecto: “La supresión del cargo de carrera comprende para el empleado retirado en virtud del principio a la estabilidad relativa, el derecho a ser incorporado a un cargo equivalente en la nueva planta de personal, cuando opte por ella y se den las circunstancias de ley para hacerlo en el tiempo determinado.

La situación planteada en este caso no es procedente analizarla a la luz del párrafo 1° del art. 39 de la Ley 443 de 1998, porque no se trata de cambio de denominación de los empleos sino de la supresión de algunos de determinada denominación, ente otros el desempeñado por el actor. Las normas sobre carrera no establecen concursos previos a la incorporación de manera que la Administración puede escoger los funcionarios que incorporará como ocurrió en este caso, siempre y cuando cumplan los requisitos para desempeñar el cargo”¹⁴⁶. Luego, no hay duda, de la prelación que existe para garantizar los derechos de carrera.

Se trata de planificar la actividad administrativa y ello incluye la no incorporación de personal externo, las previsiones para la reincorporación del personal o las posibilidades de traslados entre otras medidas propias de la gestión del talento humano.

- Seguido a ello en otro caso, se estudia la posibilidad de establecer la legalidad del Acuerdo 043 de 1998, expedido por la Empresa Social del Estado Centro de Atención y Rehabilitación Integral C.A.R.I¹⁴⁷. mediante el cual se modificó la planta de personal de la citada y se definió el manual de funciones respectivo, el Consejo de Estado estableció: “La decisión de retirar a un empleado de la planta de cargos que resulta después de una supresión, ocurre porque el empleo específico fue suprimido por el acto general,-lo que se debe entender cuando la cantidad de cargos se reduce-y porque en la nueva planta de personal no subsisten cargos con funciones iguales o equivalentes a los cuales pueda incorporarse al funcionario.

¹⁴⁶ Ibidem.

¹⁴⁷ Es una entidad de categoría especial, descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, de conformidad con el artículo 194 de la ley 100 de 1993. Mediante Decreto 1876 de 3 de agosto de 1994, se reglamentaron los artículos 96, 97 y 98 de la Ley 100 de 1993 que hacen referencia a las Empresas Sociales del Estado, y la conformación y funciones de las Juntas Directivas de dichas Entidades. En ese sentido: **Artículo 1. NATURALEZA JURIDICA.** Las Empresas Sociales del Estado constituyen una categoría especial de entidad pública, descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas o reorganizadas por Ley, o por las asambleas o concejos. **ARTICULO 2o. OBJETO.** El Objeto de las Empresas Sociales del Estado será la prestación de servicios de salud, entendidos como un servicio público a cargo del Estado y como parte integrante del Sistema de Seguridad Social en Salud.

Respecto de la primera circunstancia (supresión real del cargo) debe recordarse que el empleo ha sido definido tradicionalmente en la legislación colombiana en relación con las funciones que debe realizar el empleado que lo ocupa, las responsabilidades que se asignan y los requisitos para acceder al mismo".¹⁴⁸.

Luego como lo ha reiterado el Consejo de Estado, la supresión del empleo puede resultar inexistente entonces, cuando subsisten en la planta de la entidad igual o superior número de cargos de la misma o distinta denominación, siempre que 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, ocurre una real supresión de empleos.

Y en el caso específico, se observa que tiene razón el agente del ministerio público al precisar que las funciones que cumplió el actor aparecen reproducidas en la nueva planta de personal en un cargo de denominación distinta; cargo éste al que bien pudo haber sido incorporado el demandante.

Pero además, porque contaba con los derechos de carrera administrativa y en su lugar se encuentra un empleado en provisionalidad, vulnerando su derecho a la estabilidad que el sistema le ofrece, "(...) en este último sentido, se entiende que cuando se trata de funcionarios de carrera administrativa, las normas les asignan el derecho a la incorporación inmediata en los cargos que subsisten en la nueva planta o en los equivalentes en funciones y requisitos, cuando existen vacantes o cuando los cargos que subsisten están ocupados por empleados provisionales o encargados.

Por ello se vulneraría el derecho a la incorporación inmediata y la estabilidad del empleado de carrera administrativa, cuando se incorpora-o se mantiene-en la nueva planta de personal a una persona con menor derecho al que le corresponde al empleado escalafonado, por ejemplo cuando se incorpora a un empleado con nombramiento provisional"¹⁴⁹. Sin embargo, para el presente caso, no fue acreditado en el expediente dicha situación, lo que resultaba necesario para deducir la desviación del poder del nominador o la falsa motivación que alega la demanda, frente a la reducción de cargos y resignación de funciones que contiene el acto acusado; pero más por un tema probatorio, que porque se ponga en duda que debe respetarse en todo caso la estabilidad en la carrera administrativa.

¹⁴⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA-SUBSECCION "A" Consejera ponente: ANA MARGARITA OLAYA FORERO Bogotá, D.C., veintiuno (28) de julio de dos mil cinco (2005). Radicación número: 08001-23-31-000-1998-02397-01 (2460 -04). Del texto del Acuerdo 043 de 1998 demandado deduce la Sala, que la Junta Directiva de la entidad suprimió de la planta de personal diez (10) cargos de distintas denominaciones y funciones, y creó, simultáneamente, nueve (9) cargos de otras denominaciones y funciones similares. Es decir, redujo la planta de personal de la entidad en un (1) cargo.

¹⁴⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA-SUBSECCION "A" Consejera ponente: ANA MARGARITA OLAYA FORERO Bogotá, D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil cinco (2005). Radicación número: 08001-23-31-000-1998-02397-01 (2460 -04).

Finalmente, la Sala ha reiterado que cuando la administración decida reducir las plantas de personal, en aras de garantizar plenamente el derecho de incorporación inmediata del funcionario de carrera administrativa, debe retirar por supresión en primer lugar los funcionarios provisionales o encargados, para posteriormente acudir, en el evento de que las finalidades de la supresión de cargos lo aconsejen, al retiro de los empleados que han ingresado a la administración mediante proceso selectivo.

Un caso más en el que se reitera lo dicho, se encuentra en la sentencia del Consejo de Estado de 2011 en donde la actora alega que se violaron los derechos que le asistían por encontrarse inscrita en el escalafón de carrera administrativa puesto que el Director de la entidad mediante Resolución 0085 de 30 de enero de 2004, expedida en la misma fecha de comunicación de supresión del cargo, decidió hacer nombramientos en provisionalidad y encargos, sin permitirle a la actora optar por la incorporación o por la indemnización.

“De acuerdo con el material probatorio aportado al expediente, es claro que aun cuando existían vacantes definitivas en los cargos de Profesional Universitario 3020 grado 13, la demandante no fue incorporada, éstos fueron provistos con personal en provisionalidad, con claro desconocimiento de sus derechos de carrera, y con violación de las normas que regulaban su situación de aforada.

No desconoce la Sala que, en la misma fecha en la que se hicieron los nombramientos en provisionalidad, esto es, 30 de enero de 2004, la Subdirectora de Recursos Humanos le informó a la demandante que su empleo había sido suprimido y que debía optar entre la indemnización y la incorporación, sin embargo, tal situación no tiene la virtualidad de purgar la ilegalidad del acto acusado. En relación con el argumento según el cual las funciones que venía desempeñando la demandante son distintas, de las asignadas al Profesional Universitario 3020-13, para el cual se exige el título de Contador Público, se observa que la entidad no aportó oportunamente al proceso elemento de juicio que permitiera determinar las funciones que desempeñaba Delsy Matiz Cifuentes en la planta anterior.

Es preciso tener presente que el artículo 40 de la Ley 443 de 1998 dispone: Artículo 40º.- Efectos de la incorporación del empleado de carrera a las nuevas plantas de personal. A los empleados que hayan ingresado a la carrera previa acreditación de los requisitos exigidos al momento de su ingreso, no podrá exigírseles requisitos distintos en caso de incorporación o traslado a empleos iguales o equivalentes. La violación a lo dispuesto en el presente artículo será causal de mala conducta, sancionable disciplinariamente sin perjuicio de las demás responsabilidades legales. Siendo así, la entidad demandada no podía exigir a la actora que acreditara requisitos distintos de los que ya había demostrado

para desempeñar el cargo de Profesional Universitario 3020 grado 13 y por consiguiente ha debido proceder a su reincorporación.¹⁵⁰

- Finalmente, en sentencia de 2007, Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ, cuyo problema jurídico consiste en determinar si el actor como empleado inscrito en carrera administrativa en el cargo de Profesional Especializado Código 335 Grado 20, tiene derecho a ser reintegrado en la nueva planta de personal del Departamento Administrativo de Planeación Distrital; o sí por el contrario, el retiro del servicio como consecuencia de la reestructuración de la planta de personal se efectuó dando aplicación a las disposiciones legales vigentes se reitera una vez más.

La conclusión del máximo Tribunal Administrativo, es: "(...) luego de la Reestructuración se incorporaron dos (2) empleadas de la antigua planta que optaron por ello (fls. 14 y 16 cuaderno No. 4); una (1) reintegrada por sentencia judicial (fls. 49 a 51 del cuaderno No. 4) y tres (3) más cuya forma de vinculación se hizo en provisionalidad, una (1) de las cuales se nombró temporalmente por encargo de su titular, según se establece en las Resoluciones Nos. 483 de 16 de julio, 618 de 31 de agosto de 2001 y 531 de 12 de diciembre de 2002 (fls. 30, 34 y 60 del cuaderno No. 4 respectivamente)

Vistas las Resoluciones anteriores, observa la Sala que la vacante restante, fue provista por dos (2) empleadas en provisionalidad (María Victoria Ochoa Echeverri y Dabeida Lucía Rodríguez Cadena), sin que se conozcan sus funciones ni requisitos para el cargo, desconociendo el derecho que tenían los empleados inscritos en Carrera Administrativa"¹⁵¹.

Por lo tanto, la Administración debió vincular en la nueva planta de personal, a treinta y seis (36) empleados que gozaran del régimen de Carrera Administrativa, "(...) sin que se pudieran presentar vacantes que fueran ocupadas por provisionales, si bien, el nominador tiene la potestad de seleccionar automáticamente quienes ocupan las plazas existentes en la Reestructuración, no puede olvidar que éstas deben ser ocupadas por los empleados con mejor derecho, como el que ostenta el actor"¹⁵². Así las cosas, se consideró probado la desviación de poder que desvirtúa la presunción de legalidad con claro desconocimiento de sus derechos de carrera.

En síntesis, lo reseñado anteriormente en estas sentencias, indica que la permanencia en el servicio de quienes se encuentran dentro de la carrera administrativa es una razón fundante de la función pública; y por lo tanto, cuando la administración cuenta con la posibilidad de incorporar a un empleado de carrera, y opta por incorporar a un funcionario

¹⁵⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. SUBSECCION "A". Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil once (2011) Radicación número: 25000-23-25-000-2004-04050-02(1591-10)

¹⁵¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "B". Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ. Bogotá, D. C., dieciocho (18) de octubre de dos mil siete (2007). Radicación número: 25000-23-25-000-2001-07828-01(2517-04)

¹⁵² *Ibíd.*

en provisionalidad, a sabiendas que éste no ha ingresado por méritos al servicio, en últimas lo que está indicando es que el poder que se ejerció se utilizó para fines distintos de aquellos para los cuales le fueron conferidos por la ley, favoreciendo o beneficiando a un tercero y ocasionando un daño correlativo a quien en efecto está inscrito en la carrera administrativa, quien ostenta un mejor derecho.

8.7 Derecho de Opción

Para poder dar cumplimiento al derecho preferencial del empleado de carrera administrativa, el Jefe de la Unidad de personal o de la dependencia que haga sus veces, debe comunicar tal circunstancia a su titular, poniéndolo, además, en conocimiento del derecho que le asiste de optar entre percibir la indemnización o de tener tratamiento preferencial para ser incorporado a un empleo equivalente, conforme con las reglas establecidas en el artículo 44 de la ley 909 de 2004, de modo que si la autoridad nominadora omite poner en conocimiento del servidor público sobre su derecho preferencial, incurrirá en clara arbitrariedad. No obstante, si el empleado, mediante escrito dirigido al Jefe de la Entidad sobre su derecho de opción, eligiendo una de las dos alternativas se entiende que la omisión en la que incurrió la administración queda subsanada.

El empleado cuyo cargo hubiere sido suprimido debe manifestar su decisión mediante escrito dirigido al jefe de la entidad, haciéndole saber por cuál de las dos posibilidades optó. Si el empleado no manifiesta su decisión dentro del término señalado, se entiende que opta por la indemnización.

Adoptada y comunicada la decisión por parte del servidor público, esta no puede ser revocada y en consecuencia no puede ser variada por él ni por la administración.

Si el empleado opta por la incorporación, el Jefe de la entidad, dentro de los diez (10) días calendario siguientes al recibo del escrito que así lo manifiesta, debe incorporarlo al cargo igual o equivalente en la nueva planta de personal si hubiere la vacante o provisto mediante encargo o nombramiento en provisionalidad.

En ese orden de ideas, cuando se suprime un cargo desempeñado por un empleado de carrera dentro de los seis (6) meses siguientes es creado otro con funciones iguales o equivalentes, el empleado tiene derecho a ser nombrado sin necesidad de presentarse a

concurso, siempre y cuando reúna los requisitos exigidos para su desempeño y lógicamente, haya tomado previamente la opción de la incorporación¹⁵³.

¹⁵³Ver artículo 44 ley 909 de 2004. Cfr. Comentarios al respecto de TRUJILLO CABRERA, Juan Carlos. Enuncia el Autor decisiones del Consejo de Estado en eventos en los cuales no se ha respetado el derecho de opción que aquí se trata.

9. PAPEL DEL JUEZ FRENTE A CASOS DE SUPRESIÓN

En la actualidad no se puede sostener que los actos de la administración sean irreversibles, por eso el tema crucial del presente trabajo es la discrecionalidad administrativa y el control judicial de la que es objeto, en aras de guardar el equilibrio entre los poderes con la única aspiración de proteger los derechos individuales y colectivos.

Sin embargo, la discrecionalidad de estos dos poderes, el ejecutivo y el legislativo gesta dos inquietudes, la primera referida a si el control judicial ipso iure permite la tutela efectiva de los derechos individuales y colectivos, la segunda si con ese control no se cercena a la administración en el cumplimiento de sus objetivos.

La contracara es que los jueces pueden reemplazar las decisiones de la administración en aras de la justicia, cuando las mismas, no permitan otra opción para lograr ese fin, siendo imperiosa la teoría de la interpretación, que debe tomar como pilar la razonabilidad en su ejercicio; existe entonces la triada: el proceso de creación e interpretación del derecho, la división de los poderes y la función de la administración, triada en la que constantemente deberá desenvolverse el juez, cuando frente a casos concretos como la expedición de actos administrativos, encuentra lagunas y vacíos que no permiten inferir razonablemente análisis, justificación o motivación alguna.

La Constitución Colombiana proclama los postulados del Estado Social de Derecho así como el establecimiento de la jurisdicción constitucional, y en el centro de esta axiología, se encuentran los derechos fundamentales, los cuales imponen límites materiales a los poderes públicos y privados.

Como preliminar a este proceso de análisis no se debe perder de vista, que el Estado Colombiano, a partir de la vigencia de la Constitución de 1991, señaló como uno de sus fines el bienestar a todos sus habitantes, así como a la satisfacción de las necesidades de la comunidad, lo cual tiene plena incidencia en la función pública, tal como se ilustra en el Artículo 209 de Carta Magna, que resalta los principios de eficacia, economía y celeridad en la función administrativa, los cuales no son ajenos a la modernización y modificación de la administración y por ende de las plantas de personal, fines que en todo caso deberán responder al peso preponderante al valor del trabajo, y los principios mínimos irrenunciables que este inspira.

Como garante del ordenamiento jurídico, se encuentra la función jurisdiccional encarnada en los órganos encargados de administrar justicia entre los que figura la Corte Constitucional, Tribunal encargado de realizar procedimientos de control de constitucionalidad de las leyes, actos legislativos y otros. Esto no quiere decir que la prevalencia de los derechos fundamentales, y la primacía de la Constitución sea ajena, a

la labor de los demás jueces en el ámbito de su competencia; recuérdese el postulado general que “todos los jueces son constitucionales”, por lo tanto deberán adoptar las medidas necesarias para proteger a quienes acudan a la administración de justicia, so pena de responder inclusive por error judicial, y denegación de justicia.

Para efectos del presente trabajo se analizará el papel del juez administrativo, en el tema de la supresión de empleos que podría afectar el derecho subjetivo al cargo, y el derecho fundamental al trabajo, valor protegido también Constitucionalmente como arriba se analizó.

En la labor del juzgador se presenta la siguiente tensión entre principios

a) Por un lado los fines del Estado encaminados a lograr la eficiencia en sus diferentes órbitas, brindar bienestar a sus habitantes, y buscar el mayor rendimiento con los mejores costos,

b) el trabajo como valor e imperativo para los administrados en el sentido de garantizar condiciones dignas y justas para su ejercicio, es por la envergadura de los dos principios que se proscriben una función de un juez solo en aspectos formales. Máxime cuando en estos procesos, se sigue la lógica de la justicia rogada, y no los postulados de un proceso laboral en la jurisdicción ordinaria; disparidad inaceptable, pues se trata de un mismo sujeto afectado, el trabajador.

Nótese que en el proceso laboral del Código Sustantivo de Trabajo, la modificación que trae la Ley 1149 de 2007, Artículo 48, permite al juez adoptar todas las medidas para la protección de los derechos fundamentales, elementos que de trasladarse a la justicia administrativa podrían ofrecer elementos de mayor efectividad para la protección al trabajador público, a propósito de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011- nuevo Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo que se aborda más adelante, y que evitará los fallos inhibitorios e incluso decisiones que no estudian el fondo de la discusión por aspectos formales.

Ahora bien, no sobra poner de presente la conducta asumida, en algunos casos, por la jurisdicción contencioso administrativa elusiva del problema planteado en ésta investigación a través del mecanismo de declararse inhibida. Al respecto se destinan los próximos párrafos a describir la situación particular:

Se espera de la conducta del juez administrativo, para los casos en que se aborda un caso de supresión de empleos, evite sentencias inhibitorias, es decir, que se espera que éste, no desista a la hora de conocer con detalle la realidad, que ausculte en la materia del asunto que se le plantea, adoptando un pronunciamiento de fondo. Sólo así se garantizará que el caso en concreto se decida de manera integral con miras siempre a defender al empleado público o trabajador, sin dejar de lado la independencia judicial y el sistema de fuentes normativas.

En ese sentido ha dicho la Corte Constitucional: “La inhibición, aunque es posible en casos extremos, en los cuales se establezca con seguridad que el juez no tiene otra alternativa, no debe ser la forma corriente de culminar los procesos judiciales. Ha de corresponder a una excepción fundada en motivos ciertos que puedan ser corroborados en los que se funde objetiva y plenamente la negativa de resolución sustancial. De lo contrario, es decir, mientras no obedezca a una razón jurídica valedera, constituye una forma de obstruir, por la voluntad del administrador de justicia, el acceso de las personas a ella¹⁵⁴”.

Igualmente con una sentencia inhibitoria infundada “(...) se lesionan los derechos fundamentales de las partes. Se configura, en tales ocasiones, una verdadera e inocultable vía de hecho, toda vez que, al inhibirse sin razón válida, el juez elude su responsabilidad, apartándose de la Constitución y de la ley; realiza su propia voluntad, su interés o su deseo, por encima del orden jurídico; atropella a quienes están interesados en los resultados del juicio y hace impracticable el orden justo preconizado por la Constitución. Si ello es así, la inhibición injustificada carece de legitimidad y pierde el sentido de una decisión judicial apta para producir cualquier efecto jurídico. Es tan sólo una providencia judicial aparente que no merece la intangibilidad normalmente atribuida a las determinaciones de los jueces”¹⁵⁵

Luego lo que se pretende, es que el juez vaya más allá de reconocer que en efecto los actos administrativos que suprimen o reestructuran una entidad, gozan de la presunción de legalidad y son oponibles y de obligatorio cumplimiento por sus destinatarios y por lo tanto hasta allí llegue su competencia; por supuesto, no se trata de que prevarique, ni de que se genere choque de trenes entre jurisdicciones, se trata de que en el ámbito de su competencia y jurisdicción no permita que sean fallos inhibitorios la regla general, en claro perjuicio de derechos fundamentales como el acceso a la administración de justicia y el debido proceso.

O que sus decisiones se reduzcan a establecer que quien alega la carencia de legitimidad, motivada por la incompetencia del órgano que lo expidió, la falsa motivación, la desviación de poder, la violación de la regla de derecho o el desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, tiene la carga de la prueba, pues entiéndase que es a todas luces exagerado probar algo en lo que en muchas ocasiones ni siquiera se fue partícipe.

¹⁵⁴ Sentencia Corte Constitucional. C-666/96. MP: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO Referencia: Expediente D-1357

¹⁵⁵ *Ibidem*

Al respecto, recuérdese la afirmación de CARLOS EDUARDO ESPINOZA MARTÍNEZ: "Sí la administración altero de alguna forma las funciones, lo hizo en un acto anterior (modificación del manual de funciones y requisitos) que sólo ella conoce y que con seguridad no dio a conocer al empleado; por esto trasladar la carga de la prueba a quien reclama la igualdad nominal de empleos, en tratándose de este aspecto es absolutamente descomedido, porque sólo la administración conoce a ciencia cierta el marco funcional del empleo que persisten la planta global. Ahora el acto de alteración de funciones es independiente al acto de planta y no conforma con él una unidad normativa en ningún evento¹⁵⁶".

Pues bien, tratándose de derechos fundamentales de aplicación inmediata, el juez administrativo a efecto de asegurar su vigencia y goce efectivos debe aplicar la correspondiente norma constitucional, en forma oficiosa, así la demanda no cumpla con todos los requisitos.

A la misma conclusión llegó la Corporación en la sentencia SU-039/972 cuando consideró que en caso de violación de derechos fundamentales es posible, aplicando directamente la Constitución Política suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos, así no se invoquen expresamente como fundamento de la suspensión las respectivas normas. Dijo la Corte en dicha sentencia:

"La necesidad de proteger los derechos constitucionales fundamentales y de efectivizarlos, impone un cambio, una nueva concepción, de la institución de la suspensión provisional. El viraje que se requiere para adaptarla a los principios, valores y derechos que consagra el nuevo orden constitucional puede darlo el juez contencioso administrativo o inducirlo el legislador, a través de una reforma a las disposiciones que a nivel legal la regulan."

"El juez administrativo, con el fin de amparar y asegurar la defensa de los derechos fundamentales podría, aplicando directamente la Constitución Política, como es su deber, suspender los efectos de los actos administrativos que configuren violaciones o amenazas de transgresión de aquéllos. Decisiones de esa índole tendrían sustento en:

¹⁵⁶ Sentencia del Consejo de Estado, Marzo 17 de 2011. Exp. 1591-10, Consejero Ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón, con sustento en el artículo 40 de la ley 443 de 1998, llegó a la conclusión de que a quien corresponde probar que el perfil profesional del empleo (Profesional Universitario 3020 grado 13) es distinto al que venía desempeñando el demandante era la entidad demandada, al no hacerlo, ordenó el reintegro laboral, entre otras, pro la incorporación preferente de provisionales.

-La primacía que constitucionalmente se reconoce a los derechos fundamentales y a la obligación que tienen todas las autoridades- incluidas las judiciales- de protegerlos y hacerlos efectivos (art. 2 C.P.)."

-La aplicación preferente de la Constitución frente a las demás normas jurídicas y así mismo el efecto integrador que debe dársele a sus disposiciones con respecto a las demás normas del ordenamiento jurídico. De este modo, al integrar las normas que regulan la suspensión con las de la Constitución se podría lograr una mayor eficacia y efectividad a dicha institución."

- La necesidad de dar prevalencia al derecho sustancial (art. 228 C.P.), mas aun cuando este emana de la Constitución y busca hacer efectivas la protección y la vigencia de los derechos fundamentales."

- La suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos tiene un fundamento constitucional. El art. 238 permite dicha suspensión "por los motivos y con los requisitos que establezca la ley". Siendo la Constitución ley de leyes y pudiendo aplicarse sus normas directamente, sobre todo, cuando se trate de derechos fundamentales (art. 85), es posible aducir como motivos constitucionales para la procedencia de la suspensión provisional la violación o amenaza de violación de los derechos fundamentales."

"La idea central que se debe tener presente es que las diferentes jurisdicciones, dentro de sus respectivas competencias, concurren a la realización del postulado constitucional de la efectivización, eficacia y vigencia de los derechos constitucionales fundamentales. Por lo tanto, la posibilidad de decretar la suspensión provisional de los actos administrativos por violación de los derechos constitucionales fundamentales, independientemente de que ésta sea manifiesta o no, indudablemente, puede contribuir a un reforzamiento en los mecanismos de protección de los referidos derechos.¹⁵⁷"

Lo expresado tiene su justificación en los razonamientos expuestos por esta Corte en la sentencia C-069/953, en la cual, a propósito de la declaración de exequibilidad condicionada del art. 66 del C.C.A., se dijo:

"Considera la Corte que el texto constitucional ha de hacerse valer y prevalece sobre la preservación de normas de rango inferior. La función de la Constitución como

¹⁵⁷ Sentencia de la Corte Constitucional, SU-250/98 MP: Dr. Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO. Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

determinante del contenido de las leyes o de cualquier otra norma jurídica, impone la consecuencia lógica de que la legislación ordinaria u otra norma jurídica de carácter general no puede de manera alguna modificar los preceptos constitucionales, pues la defensa de la Constitución resulta más importante que aquellas que no tienen la misma categoría".

"Dentro de la supremacía que tiene y debe tener la Constitución, esta se impone como el grado más alto dentro de la jerarquía de las normas, de manera que el contenido de las leyes y de las normas jurídicas generales está limitado por el de la Constitución. Así pues, debe existir siempre armonía entre los preceptos constitucionales y las normas jurídicas de inferior rango, y si no la hay, la Constitución Política de 1991 ordena de manera categórica que se apliquen las disposiciones constitucionales en aquellos casos en que sea manifiesta y no caprichosa, la incompatibilidad entre las mismas, por parte de las autoridades con plena competencia para ello¹⁵⁸".

Ahora bien, en la sentencia C-037 de 2000 nombrada en varias oportunidades se dijo: "La fuerza vinculante de las normas constitucionales se irradia también a todo el ámbito del resto de la actividad jurisdiccional. Si bien el juez natural en las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa debe aplicar la ley respetando la jerarquía de las normas que emana de la Carta, lo cual le impone descartar aquellas que resultan inarmónicas o contradictorias con las superiores, debe hacerlo permitiendo que los valores superiores permeen la interpretación y aplicación de las normas.

La Constitución tiene un impacto directo sobre todo el resto del orden jurídico, que impone a cualquier juez el fallar realizando, es decir haciendo efectivos en el plano de los hechos, los principios y valores contenidos en la Constitución, especialmente los enunciados en el artículo 2° superior¹⁵⁹".

Finalmente en sentencia T-1017 de 1999, donde a través de la Resolución N° 181 de 19 de marzo del 1996, la Electrificadora del Cesar S.A., decidió declarar insubsistente el nombramiento hecho a los actores, para desempeñar los cargos que venían ocupando. La entidad motivó la adopción de la anterior decisión en dos únicas consideraciones: "(1) que la empresa adelanta un proceso de reestructuración administrativa; (2) que para el efecto se hace necesario replantear la nómina de cargos existentes"; la Corte afirmó:

¹⁵⁸ SENTENCIA Corte Constitucional C-069 DE 1995 MAGISTRADO PONENTE: DR. HERNANDO HERRERA VERGARA. Santa Fe de Bogotá D.C., veintitrés (23) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

¹⁵⁹ SENTENCIA Corte Constitucional C-037 de 2000 Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Referencia: expediente D-2441

“La interpretación según la cual en el juicio laboral administrativo procede la sentencia inhibitoria cuando la demanda omite el cumplimiento de alguno de los requisitos de conexidad establecidos en el inciso tercero del artículo 82 del CPC, vulnera el derecho de acceso a la administración de justicia. Existe otra interpretación del derecho vigente, que resulta más acorde con los principios generales del derecho procesal, la función del juez y los derechos fundamentales de las partes y, en todo caso, que hubiera evitado el fallo inhibitorio.

Según esta segunda interpretación, (1) el incumplimiento de los requisitos de conexidad mencionados constituye un mero impedimento procesal, pero, en ningún caso, un vicio de fondo o insubsanable. Se trata, como lo establece el propio artículo 82 de CPC, de un fenómeno que origina un defecto que queda subsanado si la parte interesada no lo alega oportunamente; (2) la supresión del incidente de excepciones previas en el proceso contencioso administrativo no significa que la parte demandada no tenga oportunidad para alegar el precitado vicio, pues nada obsta para que acuda al recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda; (3) si la parte interesada no recurrió el mencionado auto, el vicio queda saneado; (4) el juez contencioso administrativo no puede proceder a declarar de oficio un impedimento procesal que no afecta los derechos comprometidos en el litigio, ni el debido proceso, ni los elementos estructurales de la función judicial.

Como se ve, esta segunda interpretación, más acorde con la Constitución, no resultaría obligatoria para el juez contencioso administrativo si la primera tesis expuesta no condujera a la denegación del derecho de acceso a la administración de justicia de las partes comprometidas en la Litis. En estos eventos el juez debe declinar sus propias preferencias y ceder ante la protección del derecho fundamental de todas las personas de acceder a la judicatura y obtener una decisión de fondo que resuelva el conflicto planteado. Esa es, justamente, la noble y difícil tarea que le asigna la Constitución¹⁶⁰.

El objetivo del presente capítulo es esbozar los elementos que le permitan al juez una actividad más activa frente a la tensión que existe entre supresión de cargos y estabilidad en el marco de un proceso administrativo laboral, cuando se presenta un proceso de esta envergadura so pretexto de una reestructuración; para estos efectos se trae a colación la tesis de Alexy, “según la cual, los derechos fundamentales son principios y los principios son mandatos de optimización”¹⁶¹, postulados que permitirán conceptualizar los

¹⁶⁰ SENTENCIA Corte Constitucional T-1017 de 1999 Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ Santafé de Bogotá, D.C., diciembre trece (13) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

¹⁶¹ BERNAL PULIDO, Carlos, “Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la constitución española, documento consultado en

elementos para que el juez administrativo en el marco de un proceso judicial efectúe todas las acciones tendientes para proteger al funcionario que ha sido objeto de una supresión de cargos, por supuesto en el marco de un debido proceso, elementos que se determinaran y permitirán evaluar qué principios prevalecen.

Como es sabido, en la teoría jurídica, los planteamientos de Alexy, tienen detractores que señalan que asume un activismo judicial perjudicial, razón por la cual, se hace una referencia tangencial a estas oposiciones para demostrar que es a partir de esta teoría, y los elementos innovadores del presente trabajo de grado, que se pretende esbozar algunos insumos que pueden resultar útiles cuando el juez administrativo si es ajustada o no, la supresión del cargo, si responde a la finalidad constitucional o si por el contrario, procede a garantizar la estabilidad a través de una sentencia que anule las decisiones que choquen con el ordenamiento jurídico considerado integralmente.

Como quiera que, tal como arriba se expone, se puede dilucidar un choque de principios, existe la posibilidad de emplear la ponderación como herramienta interpretativa a la que puede recurrir el juez a la hora de verificar la afectación del principio de estabilidad frente a la decisión de la administración que concluye en la supresión de un cargo. La ponderación resulta de la racionalidad desde el plano teórico y práctico, la primera de las cualidades, en cuanto presupone una estructura libre de la contradicción para la aplicación de los derechos fundamentales; la segunda en cuanto su combinación argumentativa integra las exigencias de la racionalidad del discurso jurídico permitiendo cimentar correctamente sus resultados normativos en el marco del ordenamiento.

Frente al choque de principios cabe anotar que el sacrificio de la estabilidad a través de la supresión de un cargo deberá redundar en una máxima eficiencia lograda a través de la reestructuración, vale anotar, «Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro»¹⁶², este axioma ilustra la claridad conceptual de la ponderación que se fundamenta en los tres pasos enunciados por Alexy, en el Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales¹⁶³, pasos 1 y 2 establece la importancia de los principios mediante la escala triádica, que representa los niveles de importancia de los mismos: a. leve; b. moderada y c. grave.

Por su parte la fórmula de peso aporta un mayor espectro de la ponderación para incluir las premisas correspondientes al peso indeterminado de los principios y la contundencia de las valoraciones empíricas; está fórmula se aclara mediante la escala triádica que muestra como pueden compararse los grados de intervención en y de satisfacción de los principios en colisión, y mediante el cociente aclara cómo se determinan las relaciones de

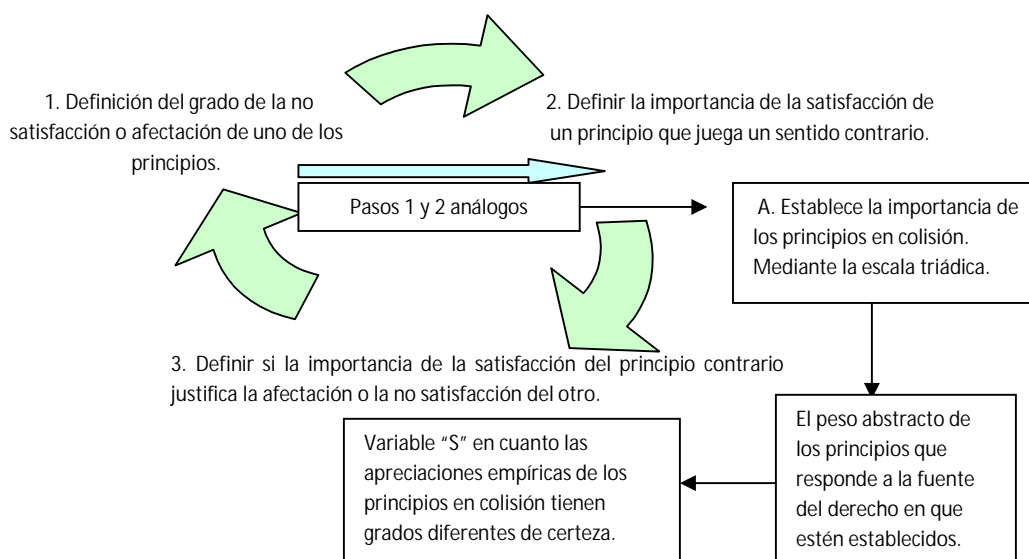
internet, consulta realizada el 12 de abril de 2012, URL: http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13135/1/DOXA_30_35.pdf
Pág. 2.

¹⁶² *Ibidem*

¹⁶³ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993

precedencia entre los principios en colisión. En esta fórmula se conjuga de peso abstracto de los principios cuando la colisión se presenta en principios de la misma naturaleza, debido a que esta inexorablemente ligada a las consideraciones morales e ideológicas del juez, que lo llevan a adoptar una posición con fundamento en la teoría sustancial de la Constitución, que en ocasiones no proporciona una decisión correcta.

La carga de la argumentación surge cuando aplicada la fórmula de peso presenta un empate, Alexy destaca que cuando se presente una situación de este tipo en el control de constitucionalidad de una ley, debe declararse no desproporcionada, y declararse el efecto de constitucionalidad, es decir se decide privilegiando la voluntad democrática.



* Fundamentos del diagrama¹⁶⁴

Es decir los principios no señalan que algo debe hacerse "sino que las normas exigen que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes"¹⁶⁵, en consecuencia la ponderación no avala una articulación de todos los principios, ni tampoco una tautología de los principios de justicia, modelo que fue diseñado por Rawls al definir la justicia como principio prioritario, entonces la ponderación, no se trata de una relación absoluta sino "una relación de precedencia condicionada entre los principios a la a la luz de las circunstancias del caso, a fin de determinar la decisión

¹⁶⁴ R. ALEXYY. "Epilogo a la "Teoría de los derechos fundamentales", Carlos Bernal Pulido. Revista Española de Derecho Constitucional, No. 66, 2002, pág. 32.

¹⁶⁵ El Neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho" Carlos Bernal Pulido. Pág. 29

judicial”¹⁶⁶.

La eficiencia estatal como principio, manifestada en el permanente proceso de modernización y reestructuración de las entidades estatales se enfrenta al principio de estabilidad teniendo ambos jerarquía constitucional.

Los principios, en tanto tales, son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. (Mandatos de optimización). Esto significa que pueden ser realizados en diferente grado y que la medida de su realización depende no solo de las posibilidades fácticas sino también jurídicas. Las posibilidades jurídicas de la realización de un principio están determinadas esencialmente, a más de por las reglas, por los principios opuestos. Esto significa que los principios dependen de y requieren ponderación. La ponderación es la forma característica de la aplicación de principios”.¹⁶⁷

La herramienta seleccionada, supone la posibilidad de racionalidad¹⁶⁸ en los juicios de constitucionalidad y en específico, en aquellos en donde se entrevea colisión de principios y en ese sentido un grado de objetividad que lleve a hablar, de un lado de seguridad jurídica y del otro de límite a la discrecionalidad del Juez.

La ponderación, comprende distintas etapas que varían según las tendencias, varias de las cuales se enuncian a continuación. En un primer acercamiento se tendrían 4 pasos así: el primero, Juicio de adecuación, consiste en verificar si la restricción del derecho fundamental persigue un objetivo constitucionalmente válido. Determinado lo anterior, debe examinar si la medida para lograr dicho objetivo es “adecuada” para ello, es decir si resulta idónea para alcanzar el propósito constitucional de que se trata. Establecida la idoneidad de la medida, debe constatar que la misma sea necesaria o indispensable para ese propósito, es decir debe verificarse que no existan otros medios alternativos para lograr el mismo objetivo, que no impliquen restricción de derechos fundamentales. Por último, el juez debe realizar un análisis de “proporcionalidad en estricto sentido” que consiste en establecer si el sacrificio del derecho fundamental implicado no resulta excesivo frente a la realización de los logros o beneficios obtenidos.¹⁶⁹

Otra secuencia de pasos¹⁷⁰ es un modo similar de realizar un test de proporcionalidad con el siguiente orden lógico: 1) Identificar un trato diferenciado basado en supuestos de

¹⁶⁶ *Ibidem* pág. 30

¹⁶⁷ Alexy, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Editorial Gedisa, S.A. Barcelona 1994. pág 75

¹⁶⁸ ALEXI, Robert, *A theory of legal argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 33 - 39

¹⁶⁹ Tomé del examen que se realiza en el Salvamento de voto de las sentencia C – 355 de 2006 Ver, entre otras, las Sentencias C-221 de 1992, C-430 de 1993, T-230 de 94, C-445 de 1995, C-022 de 1996. T-352 de 1997, C-563 de 1997 y C-112 de 2000 C-093 de 1991, etc.

¹⁷⁰ BORRERO, Camilo/ GALVIS, María Clara/ UPRIMNY YEPES, Rodrigo y otros, Análisis Jurisprudencial de la Igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, en Pensamiento Jurídico No. 15, Universidad Nacional de Colombia, 2002, p, 347 ss

hecho diferentes; 2) Verificar la existencia de un objetivo perseguido con el trato diferenciado; 3) Examinar la validez del objetivo del trato diferenciado frente a la constitución: Que se trate de una necesidad social imperiosa; 4) Comprobar la racionalidad interna de la aplicación de esa diferenciación así: a. Que el medio sea adecuado, b. que el medio sea necesario, c. que exista conexidad entre el trato diferente y el objetivo propuesto, d. que la medida sea efectiva; 5) Estudiar la proporcionalidad en sentido estricto, constatando que el logro del fin perseguido no sacrifique principios o fines de mayor jerarquía; y, 6) analizar los efectos del trato diferenciado.

La tendencia, con raíces en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, se funda en la existencia de distintos niveles de intensidad en los “escrutinios” o “test” de igualdad (estrictos, intermedios o suaves). Así, cuando el test es estricto, el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso, mientras que si el test es flexible o de mera razonabilidad, basta con que la medida sea potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento.¹⁷¹

Adicionalmente como paso también contemplado por R. Alexy¹⁷² se tiene la determinación del grado de afectación de un determinado derecho. En ese sentido dispone el autor de una primera etapa en donde se señala como leve, grave o moderada la pérdida o amenaza que sufre un derecho en procura del otro a lo que denomina la escala triádica.

De manera general, dicha herramienta, la ponderación, es de acuerdo a la tesis de Alexy, la acertada cuando de dirimir conflictos entre principios se trata. Para llegar a tal conclusión se parte de la diferencia encontrada entre principios y reglas¹⁷³. Los primeros se tienen como mandatos de optimización que como tal tienen una dimensión de peso. Las segundas se aplican a todo o a nada, y en el evento de conflicto entre ellas una ha de ser declarada inválida o inaplicable. Al tener los principios la dimensión que se les atribuye, de peso, se distancia Alexy de Dworkin en cuanto a la presunta Jerarquía precedente que trae cada uno de ellos y se sitúa en un campo de jerarquía móvil que da lugar a que de acuerdo al caso analizado y el problema planteado se halle que uno de los principios se sobreponga al otro sin que por éste motivo lo desplace por completo.

Contempla Alexy varias características¹⁷⁴ de la metodología de ponderación una de ellas es el método del test de proporcionalidad mismo el cual debe ser agotado en todas sus etapas no importando el orden que se le asigne al análisis que cada una de ellas representa.

¹⁷¹ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia: C- 093 de 2001, MP: Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

¹⁷² ALEXI, Robert, Sobre la ponderación y la Subsunción. En Pensamiento Jurídico No. 16, Universidad Nacional de Colombia, 2006, p. 100 – 106.

¹⁷³ Distinción planteada por R. Dworkin aceptada por Alexy en ALEXI, Robert, Derecho y Razón Práctica, Introducción, p. 11, 12

¹⁷⁴ ALEXI, Robert, Derecho y Razón Práctica, Introducción, Editorial: Fontamara S.A. México : 1993, p. 15 - 22

Una segunda característica es la propensión que debe haber hacia la formulación de subreglas. Las Subreglas son usadas en otros países sólo de manera tangencial, en el nuestro, por su parte, se corresponde con la noción de norma adscrita que equivale también al concepto de Ratio decidendi. Se tiene como la regla jurisprudencialmente construida para solucionar casos concretos. A partir de cada examen realizado, se establece una solución para el caso y para eventos similares que diga: si se presenta una colisión de los mismos principios por los mismos hechos prevalecerá el principio de acuerdo a las condiciones que se fijan de la misma decisión.

Por último, se tiene como característica la posibilidad siempre abierta de existencia de principios que prima facie cuenten con un peso mayor al principio que confrontan en el caso particular pero que las circunstancias del mismo determinan la posibilidad de adscribirle una carga argumentativa al principio menor que posibiliten su prevalencia.

Cuando el empleado público ha quedado cesante por efecto de un acto que decidió suprimir el cargo que ocupaba en la administración, el daño en sus expectativas profesionales, la pérdida económica, el daño moral e, inclusive, el daño familiar ya se ha producido sin que para ello exista un procedimiento previo o consideración de tipo administrativo que se dirija a paliar o subsanar dicha situación, por el sencillo hecho que ninguna norma legal lo contempla.

Ante el Juez se presenta la oportunidad de entrar a evaluar los daños a la luz de los derechos que se ponen en la balanza teniendo en cuenta que son antijurídicos los daños en la medida que se produzcan sin el debido sustento legal o, en definitiva aparejen menoscabo a cualquier tipo de derecho fundamental.

9.1 Papel activo del Juez

Acciones como las anteriormente propuestas comprometen el papel del juez. De la acción y dinámica que éste imprima al proceso, de asumir un papel más activo depende en suma la realización de los derechos y la justicia. Si bien el abogado tiene inmersas también sus responsabilidades, y de éste se exige hallar la mejor argumentación en aras de demostrar los hechos, probar que se cometió una violación al orden jurídico, entre otros requerimientos, el trabajo del juez no es el de un mero espectador y si advierte falla de cualquier naturaleza, debe pronunciarse de fondo. Como lo ha indicado Calamandrei, que su fuerza de concentración no lo convierta en un durmiente; por el contrario, que su labor, no esté seguida de *“la via minoris resistentiae”*; pues el abogado se acostumbrará a sembrar sus defensas en atajos laterales que induzcan al juez a no seguir el camino

real”¹⁷⁵.

En ese sentido, una vez más, sostiene Calamandrei “Creo que en muchas ocasiones el sueño de los jueces es premeditado, se duermen voluntariamente, a fin de no oír lo que dice el abogado y poder así todavía, según su conciencia, dar la razón a la parte a quien aquél defiende¹⁷⁶”; “(...) También los jueces como todos los hombres, prefieren normalmente moverse siguiendo las vías de la menor resistencia. Si una causa que representa numerosas cuestiones difíciles se puede resolver *in limine* con una excepción procesal que ahorre el trabajo de entrar de fondo, mejor que mejor: eso se sale ganando”¹⁷⁷

De lo que se trata en últimas es de la necesidad de un juez que tome una decisión con base en conclusiones razonables¹⁷⁸, sensatas y acordes con la realidad que se le presenta, un juez que sepa escuchar e interpretar razones <<su intuición en muchos casos, resulta significativa>>, un juez que abandone la figura del silencio, de la pasividad, la representación de una sentencia como un producto lógico, “(...) fríamente realizado, sobre conceptos abstractos, ligado por una inexorable concatenación de premisas y consecuencias; pero en realidad, sobre el tablero del juez, los peones son hombres vivos que irradian una indivisible fuerza magnética que encuentra resonancias o repulsiones ilógicas, pero humanas, en los sentimientos del juzgador. ¿Cómo se puede considerar fiel una motivación que no reproduzca los subterráneos meandros de esas corrientes sentimentales, a cuyo influjo mágico ningún juez, ni el más severo, puede sustraerse?”¹⁷⁹

Un juez, que interprete la realidad a la luz de los nuevos preceptos, un juez constitucionalista ante todo, que no aplique la ley por inercia, o porque siempre lo ha hecho así, un juez dispuesto a garantizar los derechos del trabajador, para el caso específico, los del empleado público de carrera administrativa.

Una vez más, , como lo sostiene Calamandrei, “el verdadero peligro no viene de fuera, es un lento agotamiento interno de las conciencias, que las hace aquiescentes y resignadas; una creciente pereza moral, que a la solución justa prefieren cada vez más, la transacción, porque la intransigencia exige demasiado trabajo... jueces indolentes, desatentos, dispuestos a detenerse en la superficie con tal de evitar el duro trabajo de perforación que tiene que emprender el que quiera descubrir la verdad; la pereza lleva a adormecerse en la costumbre, lo que significa embotamiento de la curiosidad crítica y esclerosis de la sensibilidad humana; a la punzante piedad que obliga al espíritu a vigilar permanentemente, sustituye con los años a cómoda indiferencia del burócrata, que le

¹⁷⁵ CALAMANDREI, Piero. “Elogio de los jueces” Grupo Editorial Ibáñez, 2012.

¹⁷⁶ *Ibíd.* p. 151

¹⁷⁷ *Ibíd.* p. 207

¹⁷⁸ *Ibíd.* Sumado a ello, recordar que no siempre sentencia bien motivada quiere decir sentencia justa ni viceversa. “A veces, una motivación descuidada y breve indica que el juez, al decidir, estaba tan convencido de la bondad de su conclusión, que consideró tiempo perdido el que se empleará en demostrar su evidencia; como otras veces, una motivación difusa y bien esmerada, puede revelar en el juez el deseo de disimular, ante si mismo y ante los demás, a fuerza de arabescos lógicos la propia perplejidad”

¹⁷⁹ *Ibíd.* p. 202

permite vivir dulcemente adormecido”

Ahora bien, no se intenta desconocer, que aún el accionar de un juez, en un proceso como el de la supresión de cargos y reformas a las plantas de personal integrados por empleados públicos de carrera, resultan insuficientes, cuando el enfrentamiento es de cara a la potestad pero aun más a la discrecionalidad de la administración, para llevar a cabo dichas reformas.

Pero a pesar de ello, y sabiendo de antemano que los jueces no ejercen las funciones que competen a la administración, pueden, excepcionalmente, como sostiene Cassagne, sustituir sus decisiones, cuando sea imprescindible para la realización de la justicia, en supuestos en los que no existe otra posibilidad de realizarla, o sea la única solución válida, sin perjuicio de las medidas cautelares que tiendan a proteger los derechos de los particulares durante en el pleito o con independencia del proceso principal, para realizar la tutela urgente y de manera efectiva de los derechos individuales o colectivos¹⁸⁰.

Entiéndase, que ya no se concibe la tesis según la cual la función de administrar consiste en la aplicación automática de la ley, ni que el juez sea un órgano cuya actividad se reduce a ser algo así como la boca que pronuncia las palabras de la ley que aplica; el juez no es un autómatas, en el proceso.

En efecto, una característica que exhibe el actual derecho público de algunos países europeos radica en “la evolución que ha tenido el concepto de constitución, el cual ha pasado a configurarse como una norma básica, cuya supremacía y operatividad se impone sobre la totalidad del ordenamiento de inferior jerarquía aplicándose directamente a todos los órganos estatales”¹⁸¹.

Así pues, el derecho laboral, ordinario o administrativo, indistintamente, debe necesariamente adaptarse a un marco de normas y principios de mayor perdurabilidad, que no son otros que los constitucionales, sin que ello signifique desbordar competencia o prevaricar.

De este modo, el sistema jurídico, apoyado en un basamento constitucional superior, adquiere mayor estabilidad, la cual, como es sabido, no sólo protege los derechos e intereses individuales o colectivos de las personas, sino que es el motor de las inversiones que precisa el Estado para su desarrollo económico, por lo que no necesariamente el derecho laboral choque o retrase el proyecto de la “modernización” en el mundo global.

Consciente el juez de la realidad atinente al manejo ordinario que se da en las relaciones públicas, haciendo uso de facultades dispuestas en el ordenamiento procesal administrativo, debe indagar en todos los medios probatorios puestos a su disposición las

¹⁸⁰ CASSAGNE, Juan Carlos. El Principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa. Marcial Pons, 2009.

¹⁸¹ *Ibíd.* Cap. IV. La Discrecionalidad Administrativa. p. 178

verdaderas motivaciones que conllevan a las reestructuraciones administrativas, debe consultar la coherencia y aplicabilidad de los respectivos estudios técnicos, analizar la estructura misma del acto administrativo que da lugar a la supresión, tener en cuenta la aplicación del derecho de opción y la posibilidades de reincorporación y, por sobre todo, tener presente la estatura constitucional del principio de estabilidad para medir la equivalencia del grado de eficiencia en la prestación del servicio, que se alega como fundamento de la reestructuración, en cotejo con el sacrificio del derecho del empleado público.

9.2 ¿Otras Jurisdicciones?

Se ha insistido en el desarrollo de este trabajo sobre la pertinencia de substraer argumentos propios de la jurisdicción ordinaria laboral para adoptarlos como propios en lo contencioso administrativo, por lo que no resulta necesario vislumbrar la asunción por parte de la jurisdicción ordinaria laboral de los conflictos, como los que en éste trabajo se tratan, laborales administrativos.

Al contrario de lo que proponen otros sistemas como el español, donde en efecto dichos conflictos se trasladan a la jurisdicción de lo social, se insiste en la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para asumir dichos conflictos, insistencia que de ninguna manera puede tildarse de caprichosa.

Pues bien, desde el punto de vista del derecho sustantivo, se sostiene que lo que en realidad se produce es una zona de intersección común entre lo que sería el campo propio del derecho administrativo y el correspondiente al derecho laboral ordinario.

Piénsese entonces, si se quiere, en una teoría de conjuntos donde A es el conjunto del derecho laboral administrativo, B el conjunto del derecho laboral ordinario, tanto uno como el otro conformados por contenidos constitucionales que los inspiran y entre ellos una intersección que sería el derechos y más exactamente los principios constitucionales..

“Los principales códigos de leyes expedidos desde el siglo antepasado, siguiendo los modelos americano y francés, contienen un capítulo titulado *De las Garantías Individuales*. Es a partir del renacimiento cuando se inicia la lucha por las garantías individuales: La burguesía se preparaba para la toma del poder y como primera manifestación ideológica hizo estallar el movimiento conocido con el nombre de *La Reforma*- cuyo iniciador fue Lutero y sus continuadores Calvino y Zwinglio”¹⁸².

¹⁸² DE LA CUEVA, Mario. DERECHO MEXICANO DEL TRABAJO. Cáp V “EL DERECHO DEL TRABAJO COMO UN MINIMO DE GARANTIAS SOCIALES”. Librería de Porrua Hnos. y Cia. Av. Rep. Argentina y Justo Sierra México, 1938. p. 180

Seguido a ello, vendrían las Cartas Norteamericanas como garantías individuales en el sentido moderno del turno, puesto que reservan a los particulares un aspecto de la actividad humana, fueron otorgadas, contra el Estado absolutista, donde el divorcio es absoluto entre gobernante y gobernados. Las garantías individuales son así, en su origen, limitaciones a la actividad de los poderes superpuestos al pueblo.

Continuaría su desarrollo con el liberalismo económico, que es la tesis de la nueva fuerza que viene desarrollándose (burguesía y capitalismo), y que marcó un nuevo derrotero, al postular una concepción individualista de la sociedad: Los filósofos, juristas y políticos se dieron a la tarea de destruir el concepto pueblo que había legado Aristóteles.

“La sociedad no es un agregado natural, sino más bien artificial. La sociedad es resultado de un contrato, cuya finalidad, es garantizar a cada hombre su libertad plena; nadie deberá hacer uso de su fuerza material, pero la libertad de actuar” de acuerdo con su conciencia queda garantizada¹⁸³

De esa manera, “el Estado del siglo pasado se organizó de acuerdo con esos principios: Si la libertad plena es un derecho natural que corresponde al hombre por el solo hecho de ser hombre¹⁸⁴ la misión del Estado no puede ser otra que garantizar a cada individuo el máximo de libertad, y ese Estado que tiene esa finalidad, es precisamente el Estado democrático, el Estado que ha sido organizado por el pueblo para hacer que se respete su voluntad.

Las garantías individuales se han transformado “(...) ya no son dadas en contra del poder del Estado absolutista, sino que ahora son derechos que el individuo impone como condición para entrar a formar parte de una 'sociedad, son pues garantías en contra del pueblo, garantías que el Estado está obligado a asegurar al hombre contra el pueblo¹⁸⁵”.

Sumado a ello sostiene Mario de la Cueva: “(...) la injusticia social fue cada vez mayor. El régimen de garantías individuales facilitó la división social y destruyó la "unidad pueblo, substituyéndola por clases enemigas¹⁸⁶. Como consecuencia de esta situación, empezó a moverse una nueva clase social, el proletariado, que exigió también sus garantías, mas no para el individuo, sino para la clase, pretendiendo atenuar en el presente la explotación de que venía siendo víctima por parte de la burguesía y en el futuro suprimirla, constituyendo esos dos propósitos las finalidades inmediata y mediata del derecho del trabajo.

“El derecho del trabajo es así totalmente diverso de las garantías individuales: Estas significan que el individuo impone su interés a la colectividad y contribuye, especialmente con la institución de la propiedad privada; a la división de la sociedad en clases. El

¹⁸³ Ibíd. p. 182

¹⁸⁴ Ibíd. p. 183

¹⁸⁵ Ibíd. p. 148

¹⁸⁶ Ibíd. p. 183

derecho del trabajo vuelve a la idea primitiva del pueblo como un todo, como una unidad orgánica y significa, consiguientemente la posibilidad de la futura desaparición de las clases y de la reorganización de una nueva 'unidad, la república de los trabajadores. Las garantías individuales permitieron la explotación, el derecho del trabajo, como contrapartida, pretende restringirla"¹⁸⁷.

Así pues, el derecho del trabajo puede reivindicar el título de *garantías sociales*: En su origen, fueron las garantías individuales un límite al poder absoluto del Estado que estaba, en los siglos XVI, XVII, y XVIII, encarnado en el monarca, quien, aliado" a la nobleza, lo explotaba todo en su provecho.

Desde el siglo XVIII fueron garantías para la clase social dominante en contra del pueblo. Las nuevas garantías sociales tienen otra vez aquel primer carácter: Son dadas, igualmente, contra los explotadores, contra el Estado explotador que no es otra cosa que el instrumento de la clase que detenta el poder.

De ahí que el derecho del trabajo se erija como un mínimo de garantías sociales, lo que se aclara analizando sus dos objetivos: es, ante todo, un mínimo de garantías en la lucha; la organización de los trabajadores y la huelga son medios propios de lucha del proletariado; el sufragio universal es otro de ellos y si bien no toma parte del derecho del trabajo, ahí donde no existe o donde no es real o donde no se respeta, la clase trabajadora está aún en plano de inferioridad.

Pero donde se marca mejor su carácter de mínimo de garantías, es en su segundo propósito, mejoramiento de las condiciones de vida; aquí no se destruye la explotación, sólo se aminora; aún no es lo que el proletariado pretende, a lo que tiene derecho, sino el mínimo que en las circunstancias actuales, ha logrado obtener.

"Fue de la esencia de las garantías individuales su intocabilidad por parte del legislador; toda ley contraria a ellas era nula y muchos países, siguiendo a los Estados Unidos, establecieron órganos especiales de control, entre nosotros, el poder Judicial federal a través del juicio de amparo. Durante muchos años 'pugnó la burguesía porque las garantías individuales quedaran efectivamente aseguradas y por ello las hizo inscribir como partes especiales o como prólogos de las constituciones modernas. La clase trabajadora ha exigido también que las garantías sociales sean intocables y que figuren en la constitución y en este camino México dio el ejemplo al mundo con su artículo 123 que, cualquiera que sea el juicio que la historia forme, hará ocupar siempre un lugar principalísimo a Venustiano Carranza, a la comisión que lo redactó y al Congreso Constituyente de Querétaro"¹⁸⁸.

Finalmente, los párrafos anteriores explican por qué el derecho del trabajo de la misma manera que las garantías individuales es derecho constitucional. Uno y otras son la

¹⁸⁷ Ibíd. p. 183

¹⁸⁸ Ibíd. p. 185

estructura política de un orden social determinado, y una vez más se reitera no son exclusivos de una u otra jurisdicción.

La postura que se asume en el presente trabajo es que no hay invasión de competencias, no se le pide al juez administrativo que se extralimite en sus funciones, menos aún que prevarique, sino que materialice los principios constitucionales, en el caso concreto, de hecho el mismo sistema español así lo reconoce:

“Podría afirmarse que la jurisprudencia ha sufrido un notable cambio de orientación en muy corto período de tiempo: mientras que en los momentos bien iniciales de vigencia se entendió que los actos administrativos de la autoridad laboral no estaban sometidos a derecho administrativo y, en correspondencia, la revisión judicial de los mismos habría de corresponderle al orden social, inmediatamente vuelve la doctrina tradicional, atribuyendo tal competencia en todo caso a la jurisdicción contencioso administrativa.

No obstante, el último pronunciamiento efectuado supone una muy significativa excepción al planteamiento dominante hasta el presente, de modo que podría suponer una reconsideración de tal doctrina sustancialmente favorable a la remisión *in toto* de la materia a la jurisdicción contencioso administrativa¹⁸⁹,

Pero aún más afirma que: “Esta zona intersección entre lo administrativo laboral, desde el punto de vista sustantivo, se ha transferido de igual forma al terreno procesal. En la medida en que se han utilizado criterios diversos y no excluyentes en la determinación de la competencia de las jurisdicciones social y contencioso-administrativa, surge inmediatamente una zona de intersección que en principio cabe asignar indistintamente tanto a uno como otro orden jurisdiccional”¹⁹⁰.

La legislación procesal laboral delimita el ámbito de la competencia de los tribunales de trabajo por razón de la materia, en función del tipo contenido de las pretensiones planteadas: aquellas que afecten a la rama social del derecho; mientras que, de forma paralela la legislación contencioso administrativa efectúa tal delimitación en atención a la calidad de uno de los sujetos: actos de la administración pública sujetos a derecho administrativo y cuyas instituciones tienen como finalidad proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, la primacía de los intereses generales, la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico, el cumplimiento de los fines estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la administración, y la observancia de los deberes del Estado y de los particulares¹⁹¹.

Con independencia de que la fórmula legal haya empleado unas expresiones dogmáticas en exceso la consecuencia inmediata es el surgimiento de un terreno de coincidencia; es

¹⁸⁹ Jesús Cruz Villalón, Fernando Valdés Dal- Ré. Ministerio de Justicia. Lecturas sobre la reforma del Proceso Laboral. Artes Gráficas Suarez Barcala, S.L. Santa Engracia, 139. 28003 Madrid. <http://books.google.com.co/books?id=Y1Z->

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

decir, “la presencia de controversias que aunan a un mismo tiempo los dos criterios, subjetivo y material: en todos aquellos casos en que se produce una intervención de la administración sometida al derecho administrativo, pero que lo hace dentro de la rama social del derecho”¹⁹².

En estos casos de presencia de zonas de intersección, no existen reglas consolidadas, ni siquiera puede afirmarse que surjan condicionantes constitucionales que inviten a una u otra solución por parte del legislador ordinario.

Como ha señalado con claridad nuestro tribunal constitucional, el reparto de competencias obedece, en gran medida, a razones históricas y convencionales, y no a un principio general, lo que descarta la posibilidad de creer que la jurisdicción ordinaria, sea la única llamada a conocer de conflictos laborales.

De ahí que en el Parlamento de España se sostenga: “El texto constitucional se limita a estos efectos a establecer el principio de unidad jurisdiccional (art 117.5) sin que ello impida que puedan constituirse tribunales de justicia especializados en el conocimiento determinadas pretensiones y controversias; en cuyo caso, remite a la ley orgánica del poder judicial (LOPJ) la determinación de la constitución y funcionamiento de los juzgados y tribunales, así como el legislador ordinario la fijación de las correspondientes reglas de competencia (art. 117.3); a estos efectos el texto constitucional no contiene predeterminación alguna de semejantes reglas de competencia, salvo supuestos aislados que no hacen sino confirmar la regla general de libertad de opciones legislativas para el Parlamento”¹⁹³.

Una vez más, nada impide que la jurisdicción contencioso administrativa en el caso colombiano, conozca de los conflictos laborales de los empleados públicos utilizando los criterios universales y constitucionales propios de una relación laboral. “Hay que tener presente que los recursos contencioso administrativos aun cuando formalmente revisan actos administrativos, desde el punto de vista sustantivo, se aplica e interpreta una exposición laboral; y que de forma paralela, idénticos hechos o relaciones jurídicas pueden ser enjuiciados por un juzgado o tribunal laboral y aplicando idénticas disposiciones laborales”¹⁹⁴.

“La indiscutida mayor efectividad del proceso laboral, la mejor adaptación de sus principios informadores a la realidad social del momento, la uniformidad en la interpretación de la legislación laboral y evitación de resoluciones contradictorias, son razones que avalan la mayor idoneidad del proceso laboral. Frente a ello, ni siquiera se

¹⁹² *Ibíd.*

¹⁹³ *Ibíd.* p. 225

¹⁹⁴ *Ibíd.* p. 225 El ejemplo más señalado en España se produce en relación con el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración laboral. En estos casos, frente a un determinado incumplimiento de la legislación laboral se puede producir al propio tiempo una situación de ilícito administrativo e ilícito civil. Ilícito administrativo del que derivaría una posible sanción por la autoridad laboral, revisable ante la jurisdicción contencioso administrativa. Ilícitos civil del que derivarían ciertas responsabilidades contractuales o impuestas reclamarles ante la jurisdicción laboral.

podría alegar el desconocimiento por el juez laboral de los principios propios del derecho administrativo y su incidencia sobre una revisión judicial de los actos administrativos, puesto que los órganos de la jurisdicción laboral están hoy en día suficientemente familiarizados con este tipo de procesos a través de controversias tales las reclamaciones del personal laboral al servicio de las administraciones públicas etcétera. Por el contrario, el fenómeno contrario si que puede darse con mayor facilidad: la escasa familiarización del juez de lo contencioso con las pautas a principios informadores de la legislación laboral”¹⁹⁵.

Al juez administrativo no le es ajena, ni mucho menos prohibida, la aplicación de los principios laborales de acuerdo con las normas constitucionales y procesales vigentes.

A la fecha, en vigencia de la constitución política, resulta discutible la diferenciación entre trabajadores privados y trabajadores oficiales teniendo en cuenta la aplicación uniforme de los principios que orientan la existencia de unos y otros¹⁹⁶.

9.3 El juez y la discrecionalidad de la Administración

Por su parte, en el contexto jurídico, cultural e histórico en que se perfila el panorama de la discrecionalidad, cabe precisar que la función de la administración no se limita a la aplicación automática de las leyes que define o delimita el ámbito legislativo. La finalidad esencial de la administración es la de satisfacer las necesidades públicas de las personas que habitan en el territorio del estado y aún, de sus nacionales fuera de él.

Cassagne afirma que en Argentina, verbigracia, la médula de la administración es la de constituir una actividad servicial o vicarial para la realización del interés público o bien común, “(...) En nuestro sistema constitucional esa función no la puede cumplir, en el orden federal, otro poder que no sea un poder judicial independiente cuya cabeza es la Corte Suprema de Justicia, verdadero poder de naturaleza política”¹⁹⁷.

A su vez, Cassagne cita a VANOSSI, Jorge Reinaldo¹⁹⁸ (refiriéndose al caso argentino), para fortalecer la idea según la cual: “(...) la función de juzgar a la administración que compete a los jueces es plena en el sentido de que no puede haber actos de la administración que escapen a su control, aun los de naturaleza política. De lo contrario, la balanza de poderes inclinaría favor del ejecutivo al ejercer una porción del poder con franquía absoluta, exenta del control judicial. Resulta evidente, por cierto, que una

¹⁹⁵ Ibíd.p.231

¹⁹⁶ GONZÁLEZ PEREZ, Martha Amelia, ¿A partir de la constitución de 1991 se justifica las diferencias en el tratamiento salarial y prestacional de los servidores públicos y los trabajadores particulares? Perspectivas para su unificación, Tesis de grado para optar por el título de Magíster en Derecho, Universidad Nacional de Colombia, 2012

¹⁹⁷ CASSAGNE, Juan Carlos. El principio de la legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa. Cáp. IV. la “La discrecionalidad administrativa”. Marcial Pons p.180

¹⁹⁸ VANOSSI, Jorge Reinaldo Teoría constitucional, T° II, Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 75 y ss., especialmente ps. 84-86

posición institucional de tal naturaleza no enfrentaría obstáculo alguno para dictar actos arbitrarios en detrimento de la libertad y demás derechos de los ciudadanos."¹⁹⁹.

Por su parte, en España, la reducción de la discrecionalidad se hace a través de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados liderada por Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. Aquí resulta imprescindible distinguir entre conceptos determinados e indeterminados para saber si se está frente a una actividad reglada o discrecional.

“En los conceptos determinados la determinación normativa es precisa y no admite, en principio, duda alguna en cuanto a su aplicación al caso. En cambio, los conceptos jurídicos indeterminados presentan una estructura compleja que, sin embargo y como regla general, no admiten más que una solución justa.

En esa estructura compleja el concepto jurídico indeterminado que debe tener en cuenta al órgano que ejercita la potestad discrecional es básicamente tripartita y se compone de: a) un núcleo fijo o zona de certeza positiva, integrado por elementos precisos; b) un halo conceptual con zona de incertidumbre, de menor precisión, es decir, donde reina cierta ambigüedad y por último, c) una zona en certeza negativa, que excluye totalmente la posibilidad de una solución justa”²⁰⁰.

Basta advertir que, lo que se traslada al juez es el control de razonabilidad o justicia de la opción elegida por la administración y no la discrecionalidad, una calificación que debe ser racional y basarse en circunstancias objetivas.

Pues bien, mientras García de Enterría y Fernández sostienen que no hay aspectos de las decisiones administrativas exentos del control judicial, con la posibilidad, inclusive, de su sustitución por los jueces, otros juristas afirman que existen determinadas zonas inmunes a dicho control y rechazan la posibilidad de que el juez pueda sustituir la actividad de la administración.

No obstante, interesa pues, ahondar en los argumentos de García de Enterría y Fernández por el aporte significativo que ello representa para el objeto de investigación.

Pues bien, la referida tesis afirma “(...) la plenitud del control judicial sobre los aspectos discrecionales de la actividad administrativa, reconociendo la posibilidad, incluso, que el juez la sustituya en caso de ser necesario para la protección de los derechos e intereses de las personas lesionadas. Encuentra fundamento dogmático constitucional en tres principios básicos de la constitución española: el sometimiento de la administración a la

¹⁹⁹ CASSAGNE, Juan Carlos. El principio de la legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa. Cáp. IV. La “La discrecionalidad administrativa”. Marcial Pons p. 180

²⁰⁰ Ibíd. p. 185. DALLA VÍA, Alberto R., Derecho Constitucional Económico, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1949, p. 151 y ss. realiza un ponderado análisis del tema recogiendo la clasificación de las indeterminaciones constitucionales hecha por Nino quien las distingue en: a) semánticas; b) sintácticas; c) pragmáticas y d) lógicas. Entre las indeterminaciones lógicas incluye a las lagunas, contradicciones y redundancias (p. 153).

ley y al derecho, la interdicción de la arbitrariedad para todos los poderes públicos y al principio de la tutela judicial efectiva”²⁰¹.

Esa renuncia al método deductivo, “(...) permite acudir directamente a la tónica, es decir aquella técnica de la documentación que enlaza las circunstancias del caso con los principios generales del derecho o, en otros términos, que armoniza dialécticamente los supuestos de hecho con los principios de la justicia material, como método de hermenéutica y, en definitiva, de creación, aplicación e integración del derecho”²⁰².

Como puede apreciarse, lo anterior representa un apoyo para que el juez reafirme la idea se puede desconocer el acto administrativo que suprime un empleo, a pesar de gozar éste de presunción de legalidad. En otras palabras, la presunción de legalidad puede desvirtuarse, y el juez tiene un importante rol que asumir en dichos casos, saliendo del esquema lógico y sistemático que no permite asumir el proceso de una manera diferente.

En ese sentido, “(...) en el criterio central del razonamiento jurídico no se concibe entonces, una operación deductiva apreciada únicamente conforme al principio de legalidad sin ocuparse de su carácter justo, razonable o aceptable, es decir, sin atender a los juicios de valor que el juez efectúa siguiendo, por lo común, un razonamiento dialéctico, retórico o también llamado tónico.

Sí para Fernández cualquier poder legítimo de un derecho puede ser censurado por el juez cuando se ejerce en forma irrazonable, para García de Enterría lo que importa notar es “que la sentencia que trate de indagar una arbitrariedad deberá utilizar principios auxiliares para llegar a un topos jurídico identificable, como es común, con cualquier principio general del derecho, que en modo alguno son las acción o el instrumento del iudexrex, sino más bien lo contrario, una vía estrecha para articular cada caso en el complejo del sistema jurídico”²⁰³.

Lo que cabe subrayar, como último, en esta corriente doctrinaria, es el papel del juez en el proceso de elaboración del derecho y la plenitud del control judicial que comprende, incluso excepcionalmente, la sustitución de la decisión administrativa, sin incurrir en exceso de jurisdicción.

Nada diferente a lo que se ha venido sosteniendo, porque se parte de la idea según la cual la discrecionalidad de la administración para tomar sus decisiones está sustentada en criterios sólidos; sin embargo si dicha discrecionalidad desborda en arbitrariedad, que no tema el juez en desvirtuar el acto administrativo en discusión.

En virtud de lo anterior, sostiene Cassagne “(...) Así pues siempre que se transgrede la prohibición de arbitrariedad, los jueces poseen competencia para enjuiciar el respectivo

²⁰¹ CASSAGNE, Juan Carlos. El principio de la legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa. Cáp. IV. la “La discrecionalidad administrativa”. Marcial Pons. p. 188

²⁰² Ibíd. p. 189

²⁰³ Ibíd. p. 189

acto, contrato o reglamento administrativo. De este modo, la facultad de elección en que básicamente radica la discrecionalidad opera siempre dentro de la constitución y de los principios que la nutren, cuya esencia radica en no transgredir la prohibición de arbitrariedad o y razonabilidad. Discrecionalidad y razonabilidad son así como dos caras de una moneda que circula hasta tanto el juez compruebe que algunas de estas facetas no es válida o legítima.

La llamada discrecionalidad debe desenvolverse respetando ciertos estándares de racionalidad justicia y eficacia pero sobre todo, por los principios generales del derecho. Nunca debe convertirse en arbitrariedad, en lo injusto, irrazonable e ilegal, fundado en la sola voluntad del funcionario, pues éste es un límite sustantivo de la discrecionalidad, debe llevarse a cabo con proporcionalidad racionalidad y justicia²⁰⁴.

Pártase de la idea de que la administración no puede ordenar conductas contrarias a la ley ni al derecho, ni privar de lo que la ley no prohíbe; pues cabe advertir, que “la alteración de la constitución implica, en principio, una irrazonabilidad de esencia, por cuanto el acto administrativo contradice o no guarda proporción el texto o los fines que persiguen los principios y garantías constitucionales, lo mismo acontece cuando el acto administrativo exhibe una desproporción entre las medidas que involucra y la finalidad que persigue y una falta de coherencia. En definitiva, la proporcionalidad integra el concepto de razonabilidad que, como se ha visto, es más amplio. La ausencia de proporción hace que el acto carece de suficiente razón, convirtiéndose en un acto o afectado de irrazonabilidad, siendo pasible de la tacha de inconstitucionalidad”²⁰⁵.

Para evitar esa arbitrariedad, como ya ese había sostenido en otro aparte de este trabajo, es necesario y obligatorio que la administración motive sus actos, y esa obligatoriedad obedece a dos razones fundamentales.

La primera, como señala Fernández, “permite deslindar la discrecionalidad de la arbitrariedad, ya que al no haber motivación del acto administrativo parece, en el mundo jurídico, como un producto de la sola y exclusiva voluntad del órgano que lo dicta, lo que resulta incompatible con el estado de derecho, que es gobierno del derecho y no de los hombres. La segunda razón tiene que ver con la tutela judicial efectiva y, más precisamente, con la garantía de la defensa, pues si el acto no se encuentra motivado, el particular se haya impedido de ejercer las facultades que integran el llamado debido proceso”²⁰⁶.

Sumado a ello tal como se encuentra señalado en e libro de Cassagne, no cabe admitir la motivación contextual, es decir, la que surge del expediente, ni tampoco la que se produce *ex post factum*. Si la administración pudiera motivar el acto a posteriori se desvirtuaría la exigencia y la consecuente garantía, además de la afectación en que se

²⁰⁴ Ibíd. p. 193

²⁰⁵ Ibíd. p. 202

²⁰⁶ Ibíd. p. 204

incurriría con relación al principio de eficacia.

En Argentina, verbigracia, no pueden haber dudas acerca de que al controlar el ejercicio de poderes discrecionales de la administración los jueces pueden realizar y verificar, plenamente, la materialidad y esa actitud de los hechos y del derecho, es decir, lo que en nuestro ordenamiento configura, como se ha apuntado, la causa del acto administrativo.

“La discrecionalidad técnica no existe como tal. Lo que existe son decisiones administrativas basadas en juicios o reglas técnicas. Según SESIN, el fenómeno de la revisión judicial de las decisiones basadas en juicios técnicos debe ser descompuesto en dos aspectos: reglas técnicas tolerables o indiscutibles que como tales son adoptadas por el ordenamiento pasando a formar parte del bloque reglado o vinculado a y discrecionalidad que se individualiza en la valoración subjetiva y la posibilidad de elegir dentro de la juridicidad”²⁰⁷.

En suma, lo que entre líneas se advierte, es que lo técnico forma parte del mundo jurídico y del control de razonabilidad, lo que se traduce en luz verde, para que el juez también pueda evaluar, verbigracia, los estudios técnicos que se presentan como prueba de la administración para justificar la reforma a la planta de personal, porque de lo contrario, si los juicios técnicos fueran inmunes al control de los jueces, se cercenaría la tutela judicial efectiva, una de los pilares en que se asienta el estado de derecho.

El control judicial de las cuestiones técnicas no implica invasión de otras esferas del poder. Simplemente, “el juez puede controlar a través de peritos el ejercicio correcto y razonable de los juicios técnicos de la administración por más alta complejidad que contengan de modo que no encuentra justificación alguna en nuestro sistema constitucional la jurisprudencia que limita el control judicial a los supuestos en que medie la arbitrariedad. La alta complejidad no es un argumento que justifique válidamente que los jueces eludan el control de la actividad administrativa que les asigna e impone la constitución”²⁰⁸.

En otras palabras, ni la técnica ni la oportunidad pueden ser fundamentos suficientes para impedir la fiscalización plena por los jueces, quienes, de otro modo, no cumplirían con la misión de juzgar a la administración que le atribuye la constitución. Lo jurídico no radica tanto en la técnica ni en el criterio de oportunidad en sí mismo sino en el modo de aplicación o en la manera en que la administración elige las opciones compatibles con el interés público. Esas decisiones que adopta la administración, al ejercer la actividad discrecional, deberían ser siempre razonables y no fundarse en el capricho del funcionario de turno; en otras palabras, han de resistir el test de razonabilidad que entendemos incluye el análisis de la racionalidad.

²⁰⁷ *Ibíd.* p. 208

²⁰⁸ *Ibíd.* p. 209. Así, una decisión de oportunidad de la administración puede referirse a la elección del momento en que se dicta el acto, la determinación concreta del fines de interés público, el objeto que mejor ajuste al interés público, el procedimiento más adecuado para cumplir los fines que persigue la administración y en algunos casos, la competencia implícita o la que se funda en el principio de la especialidad cuando se trata de actas favorables al administrado.

Se entiende, que la decisión judicial no puede sustituir las razones que brinda la administración, pues ello violaría la separación de poderes o la potestad de la administración de tomar este tipo de decisiones. Sin embargo, “una mínima reflexión sobre el punto tiene que admitir, desde la lógica, que todas las sentencias que hacen lugar a los recursos o acciones promovidas contra la administración o el estado implican, en algunos casos, una suerte de sustitución en la medida que dejan sin efecto un acto sustituyéndolo por otro, por más que éste constituye su negación o rechazo, y la sustitución aparezca subsumida en la declaración de invalidez.

Ante todo, no caben dudas en el sentido de admitir la sustitución de la decisión administrativa por los jueces cuando se trata de vías de hecho administrativas que se declaran ilegítimas por carencia de base documental ilegal como también respecto de hechos administrativos; de la impugnación de actos administrativos reglados y de omisiones de la administración”²⁰⁹.

Debe entenderse que todo proceso presenta una textura amplia de pretensiones posibles y el juez tiene las herramientas para restablecer los derechos. En el ejemplo que expone la doctrina española nadie podría sostener que el juez posee competencia constitucional para disponer por qué sitio o lugar debe pasar una carretera, ya que al no existir un derecho o interés en el trazado no hay conflicto o caso que justifique la función jurisdiccional. En cambio, “(...) el juez, podría disponer si el trazado es caprichoso y por tanto irrazonable y lesiona el derecho de propiedad de una persona, que la administración deje sin efecto el trazado y realice uno nuevo. Ésta sería desde luego, una situación extrema que pondría a prueba la prudencia y el equilibrio que debe caracterizar a toda decisión judicial que sobre la base de la armonía y los poderes respete el esquema divisorio”²¹⁰.

Se reitera, “la cuestión ha de apreciarse, fundamentalmente desde la posición constitucional del juez, al que la constitución encomienda la función de decidir una controversia con fuerza de verdad legal para realizar la tutela efectiva de los derechos vulnerados y debe verse, además, con el alcance que tienen las sentencias que se dictan contra la administración, que en muchas ocasiones va más allá de la declaración de nulidad, cuando modifican un acto administrativo o bien, disponen de una condena consistente en el pago de una indemnización o la ejecución de una sentencia de dar sumas de dinero, en el supuesto que la administración no la cumpla voluntariamente”²¹¹.

En este sentido, como bien se lee en el capítulo IV denominado “La discrecionalidad Administrativa” del libro de Cassagne, no sólo el juez está obligado por el principio de tutela judicial efectiva y por la prohibición de arbitrariedad, a integrar en forma racional y razonable sus decisiones con el auxilio a los principios generales del derecho y los provenientes de la justicia material, sino que en la administración está paralelamente

²⁰⁹ Ibíd. p. 213

²¹⁰ Ibíd. p. 214

²¹¹ Ibíd. p. 214

sometida a un control pleno y suficiente por parte de los jueces, cuyas decisiones puede excepcionalmente sustituir, sin incurrir en exceso de jurisdicción. Y es evidente que en la delimitación de esta frontera se halla la clave para el correcto funcionamiento de un estado de derecho que sostenga y afirme principalmente las libertades y los demás derechos e intereses tanto individuales como colectivos de todas las personas.

Finalmente, “la prohibición de arbitrariedad configura un límite para el ejercicio de la potestad discrecional, que implica una garantía para el administrado y constituye, al propio tiempo, una pauta del control que ejercen los jueces para proteger los derechos e intereses de las personas con la mira puesta, fundamentalmente, en la defensa de sus libertades y someter a la administración al derecho. Por ese motivo, la revisión judicial ha de ser amplia y comprender tanto el análisis de las entrañas de los hechos como cuestiones jurídicas o de derecho”²¹².

9.4 Aplicación del Principio de Estabilidad en Sede Jurisdiccional

La estabilidad en el empleo de carrera administrativa como derecho y principio constitucional vs la potestad de la administración pública de suprimir empleos en las respectivas plantas de personal, y en general de reestructurar las entidades con fundamento en razones de modernización, eficacia y eficiencia, genera tensiones y conflictos propios de la dinámica administrativa, que en ocasiones podrán ser resueltos a favor de los trabajadores y en ocasiones a favor de la administración dependiendo del juicio razonado, objetivo y ponderado de cada situación particular analizada.

No obstante, se pretende destacar LA ESTABILIDAD en el empleo público, y por supuesto en la carrera administrativa, pues se erige como principio constitucional vinculante de manera directa en los casos a los que se enfrenta el juez administrativo como director del proceso y ante todo como juez constitucional, cuyo deber de intervenir de manera activa en el caso en concreto lo habilitará para tomar una decisión buscando además entre otras cosas, que no se convierta en regla, la opción de la indemnización como resarcimiento.

Así pues, la competencia de los jueces al declarar la invalidez de los actos correspondientes bajo la óptica de los principios supra legales vigentes en el ordenamiento jurídico u optar por la vigencia plena de las normas de rango constitucional que permiten al poder ejecutivo reestructurar las plantas de personal de las respectivas entidades, y suprimir los cargos, que en un momento dado resten a la realización de los fines, objeto de la respectiva entidad, requiere una carga argumentativa con el fin de evitar que el juez en aras de garantizar los derechos de los servidores públicos termine desconociendo la facultad de la administración, valor reconocido de igual forma constitucionalmente.

²¹² Ibíd. p. 216

En ese sentido se busca, plantear algunos elementos de juicio que pueden resultar útiles para llegar a la decisión que más se acerque a los postulados de la justicia y mejor se conjugue con el ordenamiento jurídico y sus fines teleológicos.

Así pues, en este apartado, se enuncian elementos, para cuando se ponga a consideración del juez, a través de una demanda, la validez del acto administrativo por medio del cual se suprime uno o unos cargos y los actos consecuentes que dan lugar a la extinción de la vinculación de un empleado público de carrera, desde el punto de vista jurisprudencial, utilizando las sentencias tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, sección segunda.

El análisis se realiza en el marco de un proceso judicial, puesto que se omite por el Estado Colombiano, seguir los postulados de la OIT referentes a la consulta e incluso la concertación con los trabajadores para la supresión de empleos, situación que refleja una vulneración al derecho fundamental a la libertad sindical, así como el desconocimiento al debido proceso, debido a que no existe para los actos de desvinculación (que tampoco están determinados) la posibilidad de agotar la vía gubernativa, pese a que afectan un derecho particular y concreto, como lo es, el derecho al cargo, en este sentido el trabajador público tiene conocimiento de la decisión de la administración cuando es un hecho la supresión, no antes, razón por la cual el proceso se convierte en el escenario que pretermitió la administración, en consecuencia, se incrementa la congestión judicial, y es un asunto que no se escapa al costo económico elevado, consecuencia de dicha falla en la gestión pública y la planeación administrativa.

Para lograr el objetivo, este análisis aborda dos fases, la primera de ellas que busca indagar lo que hasta ahora se ha decidido en casos semejantes para identificar los parámetros o elementos de juicio que ha observado el juez, y la segunda que busca dar cuenta de los restantes elementos de juicio que reafirman el principio de estabilidad para, de ese modo establecer la proporcionalidad de la medida tomada en la respectiva entidad y, de esa manera concluir si la cesión del principio de estabilidad, para ordenar una supresión es razonable y adecuada.

Como hasta ahora se ha visto, el tema de la supresión de cargos ha sido abordada básicamente, desde las causales de nulidad y restablecimiento del derecho, contempladas actualmente, en el artículo 138 del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Luego, si hasta ahora éstas han sido las razones que se arguyen para fallar, surgen preguntas como si éstas son las únicas razones frente a las cuales el juez se puede pronunciar, es decir, ¿principios constitucionales como la estabilidad en la carrera administrativa, no resultan vinculantes, de tal manera que pueda dejar sin efecto cualquier

acto que lo conculque y que no tenga relación con faltas señaladas en la ley²¹³?. ¿Es posible pronunciarse con instituciones jurídicas como la excepción de ilegalidad, y la excepción de inconstitucionalidad? ¿Es adecuado que un proceso administrativo laboral se concentre en las pruebas mencionadas por el demandante, o puede hacer uso de sus facultades oficiosas al tratarse de un tema laboral?.

El principio de estabilidad laboral ha sido objeto de varias definiciones pero en general, apunta a dos acepciones, la primera de ellas a la garantía de conservación del empleo mientras no exista justa causa en contrario, y la segunda a la expectativa subjetiva del trabajador con relación a la permanencia en dicho empleo.

Sobre el tema de la estabilidad laboral, la doctrina y la jurisprudencia, en Argentina, señalan: a) La estabilidad consagrada por el art. 14 bis de la Constitución Nacional en beneficio de los empleados públicos (nacionales, provinciales y municipales), es la llamada absoluta (su violación acarrea la nulidad de la cesantía y la reincorporación forzada del empleado) tal como ha sido reglamentada por los sucesivos estatutos de la función pública dictados por el Estado Nacional (dec. Ley 6666/57, ley 22.140 y la vigente ley 25.164), b) Como lo ha reconocido la Corte Suprema, tal garantía constitucional - estabilidad absoluta - tiene plena vigencia operativa, aún cuando no exista norma alguna que la reglamente; c) Los empleados públicos no dejarán de ser tales porque pasen a regirse total o parcialmente por el derecho laboral privado, por lo que serán inválidos los convenios colectivos, e inconstitucionales las leyes que dispongan que a aquéllos se aplicará el régimen de estabilidad impropia vigente para los trabajadores privados, por cuanto se los estaría privando así de la estabilidad absoluta que garantiza la Constitución Nacional (art. 14 bis).

La misma doctrina antes señalada indica que la estabilidad laboral sólo existe para los empleados públicos mientras que para los regidos por una relación de empleo funciona la así llamada estabilidad impropia, tema que, aparentemente, se propagó en aquel país a partir de Mario L.Deveali²¹⁴.

Para Francisco LAFONT²¹⁵, el principio de estabilidad laboral nace de una necesidad social y significa permanencia en el tiempo de la relación laboral (conservación del puesto de trabajo), sin que se pueda declarar cesante a un trabajador por una causal no establecida en la ley. Señala además que es una restricción al empleador al no poder

²¹³ Faltas contempladas en la ley tales como Actos administrativos que hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

O excepcionalmente cuando: 1. Con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero. 2. Cuando se trate de recuperar bienes de uso público. 3. Cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico. 4. Cuando la ley lo consagre expresamente.

²¹⁴CAPÓN Filas Rodolfo. *Estabilidad laboral. Aportes*. Revista Científica Equipo Federal del Trabajo - Núm. 47.<http://ar.vlex.com/vid/estabilidad-laboral-aportes-79930607>.

²¹⁵LAFONT Francisco, Tratado de derecho laboral. Tomo I individual. Ediciones Ciencia y Derecho. P. 101.

despedir a un trabajador por su sola voluntad: pero la estabilidad no es absoluta por no implicar la inmovilidad en el cargo.

En esta exposición menciona que fue la jurisprudencia francesa la que empezó a proteger a los trabajadores de la disolución arbitraria del contrato laboral, teniendo en cuenta las consecuencias sociales y económicas que se derivaban de su rescisión incausada, aplicando los principios del derecho civil de la culpa, primero, y del abuso del derecho después, situación que permitió la procedencia de una indemnización cuando, por culpa del empleador, el despido ocasionaba un daño, o se producía la ruptura del contrato de manera perjudicial a los intereses del trabajador.

Por su parte KROTOSCHIN, señala que “existen dificultades de orden psicológico y también de política económica y social en general. La protección contra el despido arbitrario debe ser jurídicamente eficaz pero por otro lado habrá que tener siempre en cuenta cierta exigencia de flexibilidad, propia de la vida económica y laboral”. Concluye diciendo que para que la estabilidad cumpla su función será necesario refinar la técnica jurídica al respecto con el fin de adaptarla en mayor grado a las circunstancias²¹⁶.

En este sentido, el jurista GONZÁLEZ CHARRY, indica que “La estabilidad laboral en el empleo es un fenómeno que no depende enteramente de la legislación. Esta desempeña un papel importante especialmente como freno, de un lado, y como sanción del otro, al abuso empresarial, pero en ella juegan un papel primordial factores tales como el desarrollo industrial, el grado de capacitación de los trabajadores y la educación empresarial en tanto tome conciencia de que es más útil a sus fines el aprovechamiento continuado, estimulado y razonable de una fuerza de trabajo no improvisada, que andar en fuga de las cargas sociales, que a la postre le son ineludibles”²¹⁷.

Para CABANELLAS “La estabilidad en el empleo crea una seguridad en el trabajo y produce como natural consecuencia esa satisfacción que debe mediar para que los sujetos a un salario tengan satisfacción de estar suficientemente definidos como para considerarse económicamente libres”.²¹⁸

VILLEGAS ARBELAEZ, define estabilidad como: “Derecho de permanencia de quien trabaja mientras subsista la materia de la relación del trabajo y no se aduzca o compruebe

²¹⁶ Citado por el anterior autor pag. 103.

²¹⁷ GONZÁLEZ CHARRY Guillermo. *Los orígenes de la estabilidad laboral en Colombia. Apartes de la Conferencia dictada en la Universidad Externado de Colombia en el mes de octubre de 1984 con ocasión del homenaje rendido a la memoria del Ex Presidente Alfonso López Pumarejo al cumplirse cuarenta años de promulgada la reforma social de su segundo gobierno.*

²¹⁸ Citado por Lafont, pág. 102. GUILLERMO CABANELLAS. *Compendio de derecho laboral*, Buenos Aires, Biblioteca Omeba, 1968.

una justa causa para la terminación de la relación de trabajo”²¹⁹. Este autor plantea seis principios que la soportan, y que se proceda a enunciar:

1. Principio de la primacía de la realidad, no en la esencia general señalada por el artículo 53 constitucional sino vista como la prevalencia del hecho objetivo de permanencia del objeto de trabajo, las funciones o la actividad, sobre el hecho subjetivo de la voluntad contractualista o la discrecionalidad patronal.

2. Principio de continuidad o de vocación de permanencia, según el cual la relación de trabajo por su propia naturaleza de ejecución sucesiva e indefinida de actos es de extraordinaria consistencia a partir del vínculo más que cada actividad concreta en particular.

3. Principio de asunción de los riesgos del patrono, Consistente en que si el empresario, en éste caso la entidad estatal, seleccionó al trabajador, lo sometió a período de prueba y finalmente lo vinculó, debe colegirse que lo hizo bien y acertó al enganchar al trabajador, quien por ello tiene derecho a permanecer.

4. Principio de protección al trabajo, expresado en razón de, que al existir una desigualdad económica entre patrono y trabajador, compensatoriamente para corregir esta situación, debe crearse en beneficio del trabajador, una desigualdad a favor de éste último, materializada, entre otras cosas en la estabilidad.

5. Principio de efectividad del derecho del trabajo, y aquellos que le son accesorios, dado que serían ineficaces las garantías de salarios, irrenunciabilidad prestaciones, etc., si el trabajador no puede acceder a ellas en virtud de la desvinculación.

6. Principio de realización de justicia social, dado que la certidumbre en el empleo, conlleva estabilidad social, dando lugar a un círculo virtuoso de carácter macroeconómico a partir de las perspectivas ciertas, garantizadas por el Estado de continuidad en la fuente de ingresos del trabajador oficial o empleado público²²⁰.

Con relación a la estabilidad laboral en el escenario concreto del sector público, a través de la Sentencia C-024 de 1994 la Corte Constitucional resaltó que la Carta Política, colocó al trabajo en una triple esfera armónica, pues se le considera como valor, como derecho y como deber, de suerte que el derecho al trabajo es un elemento definitivo dentro de la estructura del Estado Social de Derecho. Se enfatizó que el trabajo es una inclinación natural del hombre por ende es una inclinación natural de su personalidad, que no es su actuar hacia un fin, sino que se ejecute en condiciones de dignidad e igualdad en el seno de la sociedad, endilga entonces de lo anterior deudas en justicia al

²¹⁹ VILLEGAS ARBELAÉZ, Jairo, *Derecho Administrativo Laboral.Tomo I. Principios, estructura y relaciones individuales*.Ed. Legis. P. 277

²²⁰ Confrontar com op.cit. p. 23

trabajador: la no discriminación, la facultad de promoción, el estímulo hacia la superación, la estabilidad laboral y la solidaridad. Estos aspectos se deben realizar en un ambiente de respeto a la profesión o al oficio de cada cual: la justa remuneración y la valoración social así como se tiene derecho a la honra laboral.

Como el trabajo afianza la condición del hombre como acreedor del pleno de garantías y derechos y, bajo esa circunstancia es eminentemente representativo de la dignidad intrínseca del hombre. Así al trabajo se le puede incluir dentro de lo expresado en el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, cuando señala:

"CONSIDERANDO que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana." La citada norma internacional debe ser leída de manera armónica con el Preámbulo de la Constitución de la OIT que establece *"(...)la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social"*

Siempre que se reconoce la dignidad humana, en consecuencia, se alude al trabajo. Con base en esta consideración fue que la Asamblea General de la ONU de 1948 proclamó el artículo 23, relativo al trabajo, desarrollado en Colombia de manera más amplia por el actual artículo 53 de la Constitución Política.

La Corte Constitucional al referirse al artículo 53 Superior, señala una serie de principios mínimos fundamentales que el Congreso deberá tener en cuenta al expedir el estatuto del trabajo, y que constituyen una filosofía del ejercicio laboral. Estos principios son: "Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos en las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad".

Respecto al tópico de estabilidad laboral, la sentencia antes mencionada indicó que es una manifestación del principio de seguridad, pues el trabajo además de ser un medio de sustento vital es una manifestación del libre desarrollo de la personalidad. Se hace entonces necesario que exista una estabilidad básica en dicho empleo, que no significa que el trabajador sea inamovible en términos absolutos, porque siempre se tendrán en cuenta las justas causas para dar por terminado el empleo. Pero sí es conveniente que se sienta como principio laboral la estabilidad, como garantía del trabajador a permanecer en su actividad de provecho, tanto propio como social. Toda norma que tienda a vulnerar este principio es, en definitiva, no sólo un retroceso que supone olvidar logros laborales por los cuales la humanidad ha luchado denodadamente, sino que contraría los fines de la persona en sociedad.

La estabilidad en el empleo tiene un doble fin, derivado, como ya se ha enunciado del principio de seguridad. Por un lado, garantizar un medio para el sustento vital y, por otro, garantizar la trascendencia del individuo en la sociedad por medio del trabajo, en atención a la sociabilidad del hombre, que busca otras satisfacciones personales en el trabajo además de la remuneración: posición ante la sociedad, estimación, cooperación y desarrollo de su personalidad. De ahí que sea totalmente irrisoria en algunos casos la compensación por despido injustificado, por cuanto ella no representa casi nada frente a lo que el individuo espera de su actividad laboral, como medio de trascendencia social.

De conformidad con los argumentos expuestos acerca del principio de estabilidad, el mismo no debe confundirse con la inamovilidad absoluta e injustificada, se encuentra recogido en la filosofía que inspira la carrera administrativa, que no sólo consagra los postulados de eficiencia y eficacia, sino que es una realización de la igualdad y estabilidad. Por lo anterior, cualquier acto que introduzca la desigualdad entre los empleados de carrera, o cualquier facultad de discrecionalidad -plena al nominador-, se tienen como un atentado contra el contenido esencial de la estabilidad laboral recogido por la filosofía que inspira la carrera administrativa. Y es que uno de los mecanismos para lograr la eficacia y eficiencia en la administración pública es la carrera administrativa. Estos factores, junto con el respeto al régimen disciplinario, son los determinantes de la estabilidad laboral, y no la discrecionalidad plena del nominador. Es por ello que la carrera administrativa busca depurar a la Administración de factores ajenos al rendimiento laboral, para su vinculación o exclusión. Establece un proceso tendiente al logro de resultados, de forma gradual, donde la capacidad real demostrada es el mecanismo de promoción y la ineficacia comprobada el motivo de retiro, evitando así arbitrariedades por parte del nominador.

Es pertinente hacer alusión a la investigación de Carlos Eduardo Espinosa Martínez denominada "Supresión de empleo público. Debido proceso y control judicial"; pues esta investigación aborda un escenario tan controversial como el de la supresión de cargos en la administración pública desde el punto de vista sustancial y procesal; y proporciona pautas para superar los vacíos hasta ahora encontrados.

La hipótesis de Eduardo Espinosa es "demostrar que la conceptualización administrativa laboral se presenta, en términos generales, aislada del contexto constitucional del debido proceso y del acceso a la administración de justicia en dos sentidos: i) al omitir considerar el debido proceso administrativo en el proceso de gestación de la voluntad administrativa de supresión y ii) bajo el expediente procesal del fallo inhibitorio, por no precisar los demandantes, al ejercitar el derecho público al acción, cuál es en últimas el acto que debe ser objeto de tacha judicial, cosa que a su vez el legislador ha omitido regular²²¹"

Pues bien, su análisis está direccionado a demostrar que en cada decisión que se toma

²²¹ ESPINOSA MARTÍNEZ, Carlos Eduardo. "Supresión de empleo público. Debido proceso y control judicial" Bogotá, Colombia, 2012. p. 19. Grupo Editorial IBÁÑEZ. Colección Derecho Administrativo Laboral.

en ocasión a la supresión de cargos, el debido proceso puede resultar afectado, el procedimiento a seguir por parte del administración puede estar viciado, y ello incide directamente en la afectación de los derechos y principios constitucionales, tales como el trabajo, el mérito y la estabilidad; razón por la cual es el juez quien debe advertirlo, por ser el escenario propicio para protegerlos, como ya se enunció en líneas anteriores, las organizaciones sindicales no se hacen partícipes del proceso de supresión, lo cual es un tema que se escapa del presente análisis, pero que si conlleva a repensar esta situación.

Debido proceso que inicia con la actuación de iniciación de oficio, pasa por el estudio técnico, y termina con la participación de los empleados; ya que desde el principio interesa que los afectados participen directamente en el proceso de supresión en ocasión a poder ejercer su derecho a la defensa de manera oportuna, y que el estudio técnico sea más que el soporte legal del acto supresor y se constituya en la causa determinante, para ello deberá contar con todos los elementos fácticos y jurídicos que justifiquen la expedición del acto y que no olvide por supuesto los valores, principios y derechos constitucionales.

Se aborda la idea según la cual debe existir una secuencia lógica de los actos administrativos que devienen en supresiones, y que según Espinosa el juez parecería no entender pues en la misma jurisprudencia²²² el juez ha sostenido que no existe un orden para la expedición de los actos subsiguientes a la restructuración para determinar si hubo o no violación del debido proceso; también analiza si se viola el debido proceso cuando la administración le deja la carga de la prueba al funcionario para atacar lo que en efecto, tiene presunción de legalidad, verbigracia que pruebe que las funciones que él en calidad de empleado público tenía, las está cumpliendo otra persona y por lo tanto no se justificaba la supresión, al respecto afirma:

“Si la administración alteró de alguna forma las funciones, lo hizo en un acto anterior al acto de planta, que sólo ella conoce y que con seguridad no dio a conocer al empleado; por esto, trasladar la carga de la prueba a quien reclama la igualdad nominal de empleos, en tratándose de este aspecto es absolutamente descomedido, porque sólo la administración conoce a ciencia cierta el marco funcional del empleo que persisten la planta global. Ahora en la acto de alteración de funciones es independiente al acto de planta y no conforma con el en unidad normativa en ningún evento²²³”

Pues como se puede observar, el peso probatorio impuesto por la jurisprudencia, en ocasiones resulta absurdo y desproporcionado, recuérdese las conclusiones a las que se llegaron en el análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado que apuntaban a que son innumerables los casos en que se pierde la acción de nulidad y restablecimiento del derecho porque el demandante no pudo probar –por no decir que es una situación

²²² Sentencia del Consejo de Estado. Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON. Noviembre 1 de 2007. Numero Interno 1361-2004

²²³ ESPINOSA MARTÍNEZ, Carlos Eduardo, “Supresión de empleo público. Debido proceso y control judicial” Bogotá, Colombia, 2012. Pág., 19. Grupo Editorial IBÁÑEZ. Colección Derecho Administrativo Laboral. p. 50

reiterada-.

De ahí que, tal como lo afirma el autor en comentario, no es desatinado contemplar la posibilidad de que el juez administrativo, por supuesto atendiendo a principios constitucionales, imponga la carga probatoria a la entidad, a la cual le será más fácil controvertir una determinada situación, al poseer la información²²⁴Y aquí uno de los grandes aportes de esta monografía al objeto de investigación; la carga de la prueba vista así, permitirá un proceso más justo e imparcial.

Una vez más, se alude lo respectivo a la motivación de los actos, y en esta ocasión el autor recuerda que es una obligación constitucional precedida de unas recomendaciones del Estudio, en lo concerniente a criterios técnicos y jurídicos, a los límites fijados por el mérito, y a los principios que rigen la función administrativa, lo cual le resta subjetividad; pero sí el juez advierte violación de alguno de estos aspectos, deberá desplegar todo su accionar y competencia para garantizar los derechos del empleado.

Finalmente en la primera parte del trabajo de Espinosa, se hace mención a la trascendencia práctica que tiene el oficio o comunicación de supresión, pues la mayoría de las veces al empleado público le toma por sorpresa su desvinculación porque las actuaciones de la administración hasta cierto punto se tornaron secretas, luego el empleado ya no tiene como defenderse, sumado a ello, la ignorancia en la que se ve envuelto, si la administración no le hace saber con sus pro y contra las opciones que tiene de reincorporación o indemnización; pues su postura será maleable si el empleado público no está al tanto de la decisión y no tiene las herramientas para enfrentarlo; una ventaja a favor de la administración, que no resulta lógica en un proceso laboral, donde si hay ventajas estas deben ser para el administrado, para el subordinado.

Del mismo modo, en la segunda parte de este libro denominada “supresión de empleo y control judicial”, se encuentran argumentos que siguen llenando los vacíos hasta ahora identificados.

Verbigracia la referencia que se hace a la obligación del juez de interpretar la demanda, para que prevalezca el derecho sustancial, así como el control estricto de legalidad que debe adelantar para evitar sorpresas posteriores sobre la validez del acto; pues según el autor existen pocos los casos en que el juez administrativo hace uso ponderado de ese poder de dirección y ajuste del proceso desde el comienzo en que va a ser delimitada la Litis.

Asimismo, se hace un pronunciamiento en el que se insiste el juez debe evitar sentencias inhibitorias, lo que requiere una acción positiva del juez que impida la consecución de algún daño. Al respecto se afirma: “en esa dirección debería desarrollarse el deber legal

²²⁴ Sentencia del Consejo de Estado. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Junio 11 de 2011. Numero Radicado. No. 11001031500020110062400 (AC)

del juez, impidiendo que suceda del fallo inhibitorio, a través de una acción procesal propositiva, estamos frente al fenómeno que afecta un derecho/deber; por un lado, el derecho de los usuarios de la administración de justicia en la perspectiva de los derechos fundamentales a obtener una decisión del mérito y el deber correlativo del juez en evitar la inhibición”; pues según el autor, producir una sentencia inhibitoria puede desencadenar en el delito de denegación de justicia o falta disciplinaria a cargo del operador judicial, así como podría estarse comprometiendo la responsabilidad estatal.

Una vez más se propugna por el papel activo del juez como director del proceso, en aras de que despliegue toda su pericia y conocimiento para que se aborde cada caso de la manera más proporcional y razonable posibles.

Así pues, “(...) recae en el juez de la República, una carga más estricta de argumentación cuando emite un fallo inhibitorio, pues en definitiva afecta el derecho fundamental de acceder a la administración de justicia conectado con el debido proceso frente a una actividad realizada en el marco de una especial protección constitucional (artículos 25 y 53)²²⁵”

La decisión debe contener la motivación suficiente en donde se enumeren y expliquen al detalle cuales fueron esas determinaciones procesales adoptadas en procura de escapar de forma efectiva del inhibitorio.

Pues bien, “(...) El asunto es mucho más denso que como se nos presenta, el punto gris se produce por no aclarar en qué consisten esas conductas procesales activas que debe adoptar el juzgador para evitar el inhibitorio laboral, o dicho sea de otra manera, cuáles serían esas acciones que impedirían eficazmente el fallo inhibitorio en el estado de derecho y en particular frente al empleado público que debilitado en su derecho subjetivo al debido proceso ante la misma administración empleador por sus decisiones in pectore en el procedimiento administrativo, enfrenta ahora el último desafío procesal del inhibitorio, ante un juez de la república cuya obligación de evitar esa decisión se encuentran una norma en blanco a falta de determinación legal y judicial de cuál es el marco de acción en que se expresa su deber²²⁶.

Y si es dable extender esta afirmación, la zona gris no sólo se presenta cuando se trata de sentencias inhibitorias, sino en general en toda clase de sentencias, en donde a pesar de que exista pronunciamiento el juez, éste no sabe qué acciones debe adelantar, qué argumentos acoger para darle un rumbo diferente a la sentencia que profiere.

El trabajo de Carlos Eduardo Espinosa, llega a reconocer que en efecto, el juez no utiliza las herramientas disponibles porque no sabe cuáles son, y mucho menos cómo utilizarlas, en consecuencia, y ante esa incertidumbre procesal, esta investigación propone en

225 ESPINOSA Martínez, Carlos Eduardo. “Supresión de empleo público. Debido proceso y control judicial” Bogotá, Colombia, 2012. Pág., 19. Grupo Editorial IBAÑEZ. Colección Derecho Administrativo Laboral. p. 84

226 *Ibid.* p. 84

concreto, identificar esos instrumentos y mecanismos constitucionales inmersos en la Constitución Política de 1991, pero además propone que son capaces de ser aplicados en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho que se adelanten como consecuencia de actos administrativos que suprimen cargos.

Dejando de lado el trabajo de Espinosa, lo primero que se quiere dejar claro es que no se desconoce que la estabilidad, per se, sea criterio suficiente para impedir que la administración pública en un momento dado, suprima un número de cargos determinados, pues, la estabilidad que ofrece entre otras cosas la carrera administrativa, bajo ciertos criterios y situaciones donde prime el interés general y donde están en juego la eficacia y eficiencia de la función pública, no puede convertirse en un obstáculo para que en efecto la administración alcance la competitividad que se requiere²²⁷.

Así pues, en sentencia del 03 de septiembre de 2009 del Consejo de Estado²²⁸ el Consejero VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, para lo que en efecto compete argumentar, afirmó que: “los procesos de fusión, modificación y reestructuración, entre otros, que se surten al interior de las entidades estatales, han sido avalados legal y constitucionalmente en la medida en que se hacen necesarios para mejorar la prestación de servicios públicos y efectivizar los principios propios de la administración pública”²²⁹.

Dentro de estos procesos pueden presentarse la supresión de empleos figura que ha sido entendida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en los siguientes términos:

“Al tenor de lo dispuesto en los artículos 150-7 y 189-14, 15 y 16 de la Carta, es legítimo que el Legislador decida suprimir cargos de la administración pública, siempre y cuando con ello busque desarrollar motivos de interés general que se concretan en la eficiencia, moralidad, eficacia y máxima optimización del servicio público. De ahí pues que, tal y como lo ha sostenido esta Corporación en varias oportunidades²³⁰, los derechos subjetivos de los empleados al servicio del Estado no pueden oponerse al interés general que conlleva una reestructuración en aras de la eficiencia del servicio público.

Por consiguiente, los derechos particulares “no impide (n) que la Administración por razones de interés general ligadas a la propia eficacia y eficiencia de la función pública, pueda suprimir determinados cargos, por cuanto ello puede ser necesario para que el Estado cumpla sus cometidos. Por consiguiente, cuando existan motivos de interés

²²⁷ Sentencia Corte Constitucional C-095 de 1996, MP: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ Santafé de Bogotá D.C., siete (7) de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996) Es que "esa estabilidad, no significa que el empleado sea inamovible, como si la administración estuviese atada de manera irreversible a sostenerlo en el puesto que ocupa aún en los casos de ineficiencia, inmoralidad, indisciplina o paquidermia en el ejercicio de las funciones que le corresponden, pues ello conduciría al desvertebramiento de la función pública y a la corrupción de la carrera administrativa..."

²²⁸ Consejo de Estado, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B, 03 de septiembre de 2009; MP: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

²²⁹ *Ibidem*.

²³⁰ Al respecto, pueden consultarse las sentencias C-524 de 1994, C-522 de 1994, C-613 de 1994, C-095 de 1996, T-850 de 1999 y C-370 de 1999.

general que justifiquen la supresión de cargos en una entidad pública, es legítimo que el Estado lo haga, sin que pueda oponérsele los derechos de carrera de los funcionarios ya que éstos deben ceder ante el interés general. En consecuencia, en principio, es constitucionalmente válido que el Legislador decida suprimir cargos en la administración pública”²³¹.

Bajo estos supuestos, es claro que la supresión de empleos constituye 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 entidades públicas a los requerimientos del servicio para hacer más ágil, eficaz y eficiente la función que deben cumplir, en el marco de la modernización y competitividad del Estado, entre otros.

No obstante, como se ha reiterado a lo largo de este trabajo, dicha supresión deberá motivarse expresamente; fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración y basarse en estudios técnicos que así lo demuestren, caso en el cual los empleados públicos tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización.

No se trata de desconocer de manera alguna, la facultad de la administración pública de suprimir los cargos de carrera siempre y cuando exista una motivación y una justificación técnica y fáctica para hacerlo, ni tampoco abogar por la estabilidad laboral como principio fundamental de la carrera administrativa per se, o de manera automática.

De lo que se trata entonces, es de dibujar el escenario en el cual esa “motivación” o “justificación” no sean idóneas y legítimas, y por el contrario sean capricho de la administración y fácticamente el sustento que da lugar a la supresión del cargo no sea suficiente para justificarlo, y en virtud de las mismas se terminen desconociendo derechos fundamentales, pues en tal caso, cobra mayor importancia “la estabilidad” que ofrece la carrera administrativa, pues se erige como principio constitucional vinculante de manera directa.

La sentencia C-522 de 1995 destaca, “Fue propósito fundamental del constituyente de 1991, y así quedó consagrado en la Carta Política, la garantía para el servidor público a la estabilidad y permanencia en el cargo, en relación con los empleados de carrera administrativa, con la finalidad de que éstos no sean removidos de sus empleos, salvo que infrinjan las disposiciones constitucionales, legales o reglamentarias”²³²

En ese sentido, la sentencia mencionada anteriormente afirma: "Considera la Corte que el principio general en materia laboral para los trabajadores públicos es la estabilidad, entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que,

²³¹ Sentencia C-527 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero

²³² Sentencia de la Corte Constitucional, MP: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA. Santa Fe de Bogotá, D.C., Noviembre dieciséis (16) de mil novecientos noventa y cinco (1995)

mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo”.

Lo que quiere decir, que a la estabilidad laboral le corresponde el derecho de permanencia del trabajador en el empleo, hasta que no se compruebe una justa causa para su despido, principio del derecho a la protección del trabajo, dado que sería ineficaz las garantías de salarios, irrenunciabilidad, prestaciones, si el trabajador realmente no puede acceder a ellas en virtud del despido que se configura con el retiro compensado.

No obstante, no es posible desconocer que la jurisprudencia constitucional ha sido clara en señalar como ya se había dicho en páginas anteriores que la supresión de los empleos es una medida legal y legítima, pero que en todo caso deberá respetar los derechos fundamentales y adquiridos:

- Cabe destacar que, la Sala Plena de la Corte Constitucional en sentencia No. C-527 de 1994, MP. Dr. Alejandro Martínez Caballero, expresó:

“Cuando existan motivos de interés general que justifiquen la supresión de cargos en una entidad pública, es legítimo que el Estado lo haga sin que pueda oponerse los derechos de carrera de los funcionarios ya que estos deben ceder ante el interés general. Esto ocurre en este caso pues era necesario adecuar la estructura y la planta de personal de la Contraloría a las nuevas funciones que le asigna la Constitución. Pero incluso en tales casos, el empleado protegido por la carrera tiene derecho a la reparación del daño causado, puesto que él es titular de unos derechos adquiridos de contenido económico que debió ceder por la prevalencia del interés general”.

Igualmente, en sentencia No. T-515 de 1993, MP. Dr. Jorge Arango Mejía, señaló la misma Corporación a través de una de sus Salas de Revisión de Tutelas, lo siguiente:

“El empleado público de Carrera Administrativa es titular de unos derechos subjetivos adquiridos que gozan de protección constitucional. Por lo tanto, esos derechos no son inmunes al interés público pues el trabajo, como el resto del tríplico económico-del cual forman parte también la propiedad y la empresa-está afectado por una función social, lo cual no implica que la privación de tales derechos pueda llevarse a efecto sin resarcir el perjuicio que sufre su titular en aras del interés público. De allí que, si fuese necesario que el Estado, por razones de esa índole, elimine el empleo que ejercía el trabajador inscrito en carrera, como podría acontecer con la aplicación del artículo Transitorio 20 de la Carta, sería también indispensable indemnizarlo para no romper el principio de igualdad en relación con las cargas públicas, en cuanto aquél no tendría obligación de soportar el perjuicio”

Como es posible observar, siempre que la supresión no tenga un sustento técnico y fáctico sustentable y que por el contrario sea producto de “recomendaciones” o “criterios subjetivos”; la estabilidad debe primar además porque son derechos adquiridos obtenidos con mérito mediante concurso y es el juez el llamado a tutelarla, protegiendo el derecho al trabajo y la dignidad humana.

Tan es así, que frente a la situación administrativa de los provisionales, la Corte Constitucional ha sostenido: “la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que lo haga en provisionalidad, en otros términos, el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello”²³³

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, demostrar probatoriamente, que hubo razones políticas que van en contra de la ética, moral y deberes que debe cumplir un funcionario público movido por prácticas clientelistas que inspiraron el acto administrativo que ordena la supresión, o señalar que los responsables de adelantar el estudio técnico carecían del perfil para hacerlo, o que la persona quien expidió el acto administrativo carecía de competencia, o que en efecto dicha reestructuración no propugnó al mejoramiento del servicio, ni a una real estructuración administrativa, y que por el contrario la nueva nómina aumenta los gastos de personal, y que se trata de una extralimitación de las facultades o que el estudio técnico no era suficiente y conducente para que necesariamente tuvieran que suprimirse los cargos, en la práctica se torna difícil, pues en varias de las sentencias lo que se aduce es que la actividad probatoria no alcanza a demostrar la irregularidad alegada, y por lo tanto, carecen de sentido las afirmaciones hechas en la demanda para controvertir la ilegalidad del acto acusado en cada caso.

Así mismo se convierte en una exigencia exagerada al demandante afectado por una supresión el demostrar aspectos de conveniencia o funcionamiento de la nueva planta de personal.

- La sentencia de 2008 del Consejo de Estado que expone el caso de ELMY OVIDIO OROZCO GÓMEZ, quien solicita que se declare la nulidad de los decretos expedidos por el Departamento del Cauca, por medio de los cuales fue suprimido el cargo que ocupaba y se ordenó el pago de acreencias laborales e indemnización.

El demandante afirma que por escrito de 4 de julio de 2001 dirigido al Gobernador del Cauca optó por la indemnización, “presionado por el sustento diario de su familia, las obligaciones y compromisos adquiridos tanto familiares como particulares, los cuales no podía cancelar sin recibir entrada alguna durante seis (6) meses”:

El Consejo de Estado sostiene que: “(...) En casos como el debatido, el interés particular de los empleados públicos está llamado a ceder ante el interés general, puesto que cuando de reestructuraciones administrativas se trata, lo que está en juego es el mejoramiento del servicio público, así se trate de empleados escalafonados en carrera administrativa, siendo así que respecto de éstos, el derecho a la estabilidad laboral no

²³³ Ver, Sentencias T-800 de 1998, MP: Vladimiro Naranjo Mesa, reiterada en T-884 de 2001, MP: Clara Inés Vargas, T-392 de 2005, MP: Alfredo Beltrán Sierra, C-733 de 2005, MP: Clara Inés Vargas.

conlleva la obligación de la administración para mantener a un funcionario de manera indefinida e incondicional en el empleo”

“(…) Así las cosas, le correspondía a la parte demandante probar en el plenario, por un lado, que las decisiones contenidas en los actos atacados no fueron tomadas en orden al mejoramiento del servicio público, y que los mismos se encuentran incursos en vicios de ilegalidad, pero como en este caso, la prueba no se produjo ni la afirmación logró acreditarse, es evidente que aquellos continúan amparados por la presunción de legalidad que los cobija. O por otro, acreditar la continuidad en el número de cargos de igual denominación, o la no reasignación de sus funciones, lo que implicaba, no solo el cotejo de la planta de personal original o previa con la que definieron los actos demandados, sino el análisis de las funciones que tales cargos cumplían en la planta de personal previa a la supresión de cargos y las que asignó la nueva planta de personal, lo cual tampoco ocurrió”²³⁴

- O el caso planteado en sentencia del mismo año en la Alcaldía de Municipal de Cajicá donde la demandante afirma que el acto administrativo que ordenó la supresión de su cargo, está motivado en hechos “falsos” que “no obedecen a la realidad”, aunado al ataque que le hace a los estudios técnicos que soportaron el proceso de reestructuración, el cual tacha de “copia” y en otros apartes de “plagio”, de un documento elaborado el 8 de julio de 1996 por el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública.

El Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo estableció: “Respecto a la Falsa Motivación que se alega en la demanda en el sentido de que el estudio técnico en que se fundó el Decreto 019, es una fiel copia de la Circular 009, originaria del Despacho del Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, se dirá que, aún a pesar de la comparación que hace la apoderada de la parte actora tendiente a demostrar la anterior afirmación, ésta no resulta suficiente para enervar el estudio técnico.

En efecto, el hecho de que los encargados de elaborar el estudio técnico hubieran tomado algunos apartes del documento mencionado para soportarlo, no comprometen en manera alguna las propuestas allí plasmadas, máxime si dichos apartes sólo hacían referencia a los criterios para diseñar, tramitar y aprobar una reforma organizacional²³⁵”.

- Para finalizar, y advirtiendo que éstos son sólo algunos casos para soportar la afirmación, se tiene una sentencia donde se busca establecer la legalidad de la Resolución No.02831 del 13 de marzo de 2000, por la cual LYDA STELLA DÍAZ VDA. DE AMÉZQUITA fue incorporada a la planta de personal de la Contraloría General de la Nación, en el cargo de Profesional Universitario Grado 02; debido a que fue incorporada

²³⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A". Consejero ponente: JAIME MORENO GARCIA. Bogotá, D.C., tres (3) de abril de dos mil ocho (2008). Radicación número: 19001-23-31-000-2001-01758-01(5210-04)

²³⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "A". Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO Bogotá, D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil ocho (2008). Radicación número: 25000-23-25-000-1999-06662-01(0847-05)

en un nivel profesional que no correspondía a su perfil, desconociendo derechos adquiridos, pues en la planta de personal existían cargos vacantes para los cuales cumplía requisitos.

El proceso de incorporación fue definido por un aparente acuerdo entre la administración y la asociación sindical, creando una comisión bipartita que suplió el Consejo Superior de la Carrera Administrativa, estamento que no ha funcionado. Dicha comisión, desarrolló actos y políticas que echaron por la borda fundamentos y principios laborales adquiridos, relacionados con la carrera. Además, no se contó con la representación de los no sindicalizados y los inscritos en carrera.

Alegó: "(i) la ausencia de un grupo de trabajo responsable del estudio técnico que demostrara la conveniencia o no de mantener su cargo en la planta, y la falta de aprobación del mismo por parte del Departamento Administrativo de la Función Pública; (ii) falta de publicación del manual de funciones; (iii) falta de competencia de la Comisión Bipartita para intervenir en el proceso de reestructuración; y (iv) violación de la ley, al no ser incorporada a un empleo equivalente"²³⁶.

El juzgador determinó:

"Si alguna inconsistencia presentaba el estudio técnico que dio lugar a la reestructuración administrativa, ha debido la interesada demostrar mediante prueba idónea tal irregularidad, probando, por ejemplo, (i) que el equipo consultor no reunía condiciones o que carecía del perfil necesario para adelantar un proceso de esa naturaleza, y (ii) que se hacía indispensable mantener el cargo de profesional universitario grado 13 dentro de la nueva estructura. Nada se probó al respecto.

En cuanto a la supuesta falta de aprobación de los estudios técnicos por parte del Departamento Administrativo de la Función Pública, simplemente afirmó la Sala que en la demanda no se alegó expresamente tal situación.

Tampoco atribuye falta de competencia porque dice que la participación de la asociación sindical en el proceso de reestructuración no fue la expedición por la asociación de empleados de las contralorías territoriales y nacionales - ASDECOL – de los respectivos actos administrativos, mal haría en predicarse una falta de competencia, por el simple hecho de haber sido parte de la Comisión Bipartita que cumplió una finalidad específica, colaborar en la fijación de criterios objetivos para efectos de incorporación del personal a la nueva planta.

Luego la decisión hace referencia a que el derecho preferencial era a ser incorporada a un empleo equivalente y no a uno de superior jerarquía, no obstante reunir requisitos para

²³⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A"
Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON Bogotá, D.C., primero (1º) de noviembre de dos mil siete (2007).
Radicación número: 25000-23-25-000-2000-05211-01(1361-04)

éste, así pues, según el Consejo de Estado, no hubo un desmejoramiento en sus condiciones laborales. Negó por lo tanto las pretensiones.

Ahora bien, prima la estabilidad porque en un Estado Social de Derecho, no pueden tomarse medidas de reestructuración y supresión de cargos que afecten de manera directa la dignidad humana, el derecho al trabajo reconocido como derecho individual y una obligación social que goza de especial protección del Estado (art. 25 C.P.), y una de sus garantías es el estatuto del trabajo, que según el artículo 53 superior debe contener unos principios mínimos fundamentales, entre otros, la igualdad de oportunidades, la estabilidad en el empleo, la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos, la situación más favorable al trabajador. Es de tal trascendencia la protección que el Estado brinda a este derecho fundamental, que incluso en los estados de excepción le está vedado desmejorar los derechos sociales de los trabajadores (C.P. art. 215); luego no pueden tomarse medidas sin observancia de los postulados constitucionales, aumentando los niveles de desempleo y subempleo, lo que sin lugar a dudas pone en grave peligro la dignidad de los colombianos.

Ya en el escenario judicial, y como verdadera forma de realización de los derechos individuales y de primacía de la realidad sobre las formalidades se hace necesario que se pruebe por parte de la administración pública que el propósito de la administración con un proceso de supresión de cargos no ha sido otro que el del mejoramiento del servicio a través de la modernización del Estado. De esta forma es necesario el establecimiento de una presunción legal en la que, ante la demanda del empleado invocando el principio de estabilidad se presuma la falsa motivación hasta no demostrarse que ha existido un propósito encaminado a la prevalencia del interés general manifestado en el mejoramiento del servicio público.

9.5 Primacía de los derechos adquiridos en carrera administrativa

Uno de los derechos adquiridos más importantes en carrera administrativa, sin lugar a dudas, es la estabilidad, sin embargo, cuando esta no es posible mantenerla, necesariamente, surgen otro tipo de derechos que deben ser respetados en aras de no hacer tan gravosa la situación para el administrado; pues bien, dichos derechos los contempla la ley 909 de 2004, cuando contempla las figuras de incorporación, reincorporación e indemnización; por eso antes de entrar en materia se hace necesario entender sus diferencias:

Como se venía diciendo, la ley 909 de 2004 en el artículo 44 contiene las figuras de incorporación, reincorporación e indemnización, de manera que constituyen derechos del empleado de carrera administrativa en caso de supresión del cargo y cuya aplicación se dará en la forma y orden establecido en dicha norma.

Pues bien, la norma dice que la incorporación se efectuará, 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 las entidades en las cuales venían prestando sus servicios, si no hubieren sido suprimidas.

Análogamente, la ley 909 fija el derecho preferencial a ser incorporado en un empleo igual o equivalente al suprimido de la nueva planta de la entidad u organismo donde prestaba sus servicios, es decir, el efecto de la incorporación es inmediato y debe darse en la misma entidad.

En ese sentido, el artículo 87 del decreto 1227 de 2005 dispone que los “empleados de carrera a quienes se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, como consecuencia de la supresión o fusión de entidades o dependencias o del traslado de funciones de una entidad a otra o de modificación de planta, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta, y de no ser posible, a optar por ser reincorporados o a percibir la indemnización de que trata el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, conforme a las reglas previstas en el decreto ley que regula el procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones (...)”.

De acuerdo con lo anterior, se pueden establecer las siguientes subreglas²³⁷: i) los servidores públicos que se encuentren inscritos en la carrera administrativa ostentan unos derechos subjetivos que materializan el principio de estabilidad en el empleo; ii) la administración pública está facultada para suprimir cargos de carrera administrativa en los términos establecidos por la Constitución y la ley; iii) en los casos de supresión de cargos de empleados inscritos en la carrera administrativa estas personas, en virtud del derecho a la estabilidad laboral, tienen derecho a optar libremente por la incorporación, reincorporación o la indemnización. En los primeros dos eventos se tiene un límite temporal de seis meses para efectuar la incorporación o reincorporación, término después del cual si no es posible encontrar una vacante se procede a indemnizar al servidor; iv) el respeto a tales reglas fijadas en la ley configura el debido proceso administrativo a seguir en estos eventos.

En últimas, el primer derecho que surge para un trabajador de carrera administrativa es la incorporación, que nace de la obligación que le asiste a la entidad de nombrarlo en un cargo igual o del mismo nivel, dentro de la nueva planta de personal una vez ha operado la supresión del cargo.

Según lo expresa la CNSC, dicha incorporación tiene las siguientes características:

1. El único obligado es el nominador, quien después de verificar la supresión del cargo

²³⁷ Sentencia de la Corte Constitucional Sentencia T-389/11. Magistrado Ponente: JORGE IVAN PALACIO PALACIO Bogotá D.C, diecisiete (17) de mayo de dos mil once (2011).

debe revisar si existe empleo igual o equivalente para mantener la vinculación laboral.

2. La incorporación sólo tiene lugar en la nueva planta de empleos de la misma entidad pública en la que se encontraba vinculado el empleado.

3. La incorporación tiene oportunidad de manera previa al retiro del servicio, ya que se entiende que el nominador después de examinar la nueva planta de empleos no halló empleo con condiciones iguales o equivalentes.

4. El responsable de la unidad de personal debe expresar los motivos sustanciales por los cuales no fue procedente la incorporación de un servidor con derechos de carrera.

A renglón seguido la misma norma estipula que de no ser posible, podrá optar por ser reincorporado y fija igualmente unas reglas, las cuales son:

La reincorporación se efectuará dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha en que el Jefe de la entidad comunique a la Comisión Nacional del Servicio Civil que el ex empleado optó por la reincorporación, en empleo de carrera igual o equivalente que esté vacante o provisto mediante encargo o nombramiento provisional o que de acuerdo con las necesidades del servicio se creen en las plantas de personal en el siguiente orden:

1. En la entidad en la cual venía prestando el servicio.

2. En la entidad o entidades que asuman las funciones del empleo suprimido.

3. En las entidades del sector administrativo al cual pertenecía la entidad, la dependencia o el empleo suprimido.

4. En cualquier entidad de la rama ejecutiva del orden nacional o territorial, según el caso.

5. La reincorporación procederá siempre y cuando se acrediten los requisitos exigidos para el desempeño del empleo en la entidad obligada a efectuarla.

Por su parte, el Artículo 7° decreto 1227 de 2005 contempla: la provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:

7.1. Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.

7.2. Por traslado del empleado con derechos de carrera que demuestre su condición de desplazado por razones de violencia en los términos de la Ley 387 de 1997, una vez impartida la orden por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

7.3. Con la persona de carrera administrativa a la cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial a ser reincorporado a empleos iguales o equivalentes, conforme con las reglas establecidas en el presente decreto y de acuerdo con lo ordenado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

7.4. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles vigente para el cargo y para la entidad respectiva.

7.5. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles vigente, resultado de un concurso general.

7.6. Con la persona que haga parte del Banco de Lista de Elegibles, de acuerdo con el reglamento que establezca la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá realizarse proceso de selección específico para la respectiva entidad.

Y finalmente de no ser posible la reincorporación dentro del término señalado, el ex empleado tendrá derecho al reconocimiento y pago de la indemnización.

Para los efectos de reconocimiento y pago de las indemnizaciones, el tiempo de servicios continuos se contabilizará a partir de la fecha de posesión como empleado público en la entidad en la cual se produce la supresión del empleo.

No obstante lo anterior, cuando el cargo que se suprime esté siendo desempeñado por un empleado que haya optado por la reincorporación y haya pasado a este por la supresión del empleo que ejercía en otra entidad o por traslado interinstitucional, para el reconocimiento y pago de la indemnización se contabilizará además, el tiempo laborado en la anterior entidad siempre que no haya sido indemnizado en ella, o ellas.

Ahora bien, en el campo fáctico qué significa que un funcionario público tenga prevalencia de sus derechos adquiridos, pues bien, como se sustentó en Sentencia C-880/03238, “al Estado le corresponde establecer criterios claros de mérito y eficiencia, de suerte que se puedan garantizar óptimos niveles de rendimiento, para lo cual se le impone la previsión de mecanismos institucionales aptos para lograr la modernización, eficiencia y eficacia de los entes públicos”

Luego, medidas como la supresión de cargos deberían ser excepcionales y en casos extremos, cuando evidentemente se demuestre que la entidad no está contribuyendo con el objeto social para la cual fue creada y sus objetivos misionales y direccionamiento

²³⁸ Referencia: expedientes D-4427 y 4432, Magistrados Ponentes: Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA Y JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, Bogotá, D. C., primero (1) de octubre de dos mil tres (2003). Sala Plena de la Corte Constitucional

estratégico por el contrario van en detrimento de la efectividad y gestión de la administración pública. Y aún en este último caso, el empleado sigue gozando de los derechos de incorporación, reincorporación e indemnización, como se dijo anteriormente.

Las anteriores condiciones como ya se dijo, se encuentran hoy en la Ley 909 de 2004 garantizando la estabilidad laboral de los trabajadores de carrera administrativa ya que establecen unas reglas que procuran que el trabajador de carrera a quien le fue suprimido el cargo siga desempeñándose como tal y en el caso de no ser posible proveer el cargo a pesar de la preferencia establecida para los empleados de carrera para ocupar cargos se indemniza al trabajador con el objetivo de reparar el daño causado.

Las reglas concretan la estabilidad laboral al otorgar una prevalencia a los derechos de las personas inscritas en la carrera administrativa pero también permiten un margen a la administración pública para que pueda actuar de acuerdo con los principios que la rigen y tales reglas configuran el debido proceso administrativo

Pues, en todo caso, razones como la modernización del Estado y reducción de la burocracia administrativa, no podrán significar el desconocimiento de los derechos fundamentales de las personas, particularmente los que les atañen en su calidad de trabajadores y, en el caso que nos ocupa la de trabajadores al servicio del Estado.

Aunado a ello, importante no olvidar, que incluso en casos como el de la supresión, "el empleado protegido por la carrera tiene derecho a la reparación del daño causado, puesto que él es titular de unos derechos adquiridos de contenido económico que debió ceder por la prevalencia del interés general." [v]

En ese sentido la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que: "(...) en situaciones excepcionales como sería el caso de la supresión del cargo, no valen consideraciones acerca del mérito demostrado en su desempeño a efecto de decidir la permanencia o retiro del empleado, porque el empleo no existe. Pero, no por ello se desprotege al afectado: la administración no puede imputar las consecuencias negativas de sus propias determinaciones a los sujetos pasivos directos o indirectos de éstas determinaciones que si bien son lícitas, pueden resultar lesivas de los derechos fundamentales de las personas.

De allí que una vez suprimido el cargo, se ofrezca al empleado inscrito en la carrera administrativa la opción de ocupar un cargo similar que se encuentre vacante u ocupado en provisionalidad en cualquier otra dependencia u organismo del Estado, o siendo imposible tal alternativa por no existir mas cargos semejantes o estar éstos ocupados en propiedad, se le reconozca una indemnización por el daño causado."²³⁹

Por su parte, claro es que el Presidente de la República no tiene un poder absoluto en el

²³⁹ Sentencia Corte Constitucional C-095 de 1995, MP: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ Santafé de Bogotá D.C., siete (7) de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996)

ejercicio de esta atribución, pues ella se encuentra limitada por lo dispuesto en la ley, lo que significa que esa competencia es "condicionada y sujeta a las definiciones normativas de la ley, que puede establecer no sólo principios y reglas generales para su definición, sino, también, imponer elementos específicos que la orienten y encaucen"²⁴⁰

Así pues, si bien es cierto que el Estado necesita adaptarse al cambio, y a las nuevas dinámicas que le imprime la sociedad, dichos cambios deben ser planeados, direccionados y con estrategias claras que le permitan enfrentarse de manera competitiva a dicho cambio; y se entenderá entonces que no basta con un estudio de diagnóstico de necesidades sin argumentos de peso que decida que hay que suprimir cargos o fusionar entidades, pues el hecho de hacerlo no garantiza que el Estado será más eficiente, en ese orden de ideas, la sentencia C-479/92 dispone:

“El Estado moderno necesita tecnificarse para brindar a los gobernados plena garantía en el sentido de que controle los diversos factores de carácter económico y social que debe atender para cumplir el papel que le corresponde en orden a obtener el bienestar de la comunidad. Eso es imposible si no se cuenta con mecanismos aptos para diseñar, en el corto y en el largo plazo, una planificación que, más allá del simple diagnóstico de necesidades, indique los medios a través de los cuales-en los distintos órdenes-se orientará una acción coordinada de las agencias estatales para atenderlas, señalando las prioridades y las metas propuestas, dentro de un contexto adecuado al desarrollo integral”.²⁴¹

Como se ha venido sosteniendo, resulta de una claridad meridiana que al ordenarse la supresión de un empleo se ocasiona, sin lugar a duda, un daño a quien lo venía desempeñando; “perjuicio que el Estado está en la obligación de reparar, porque "si bien es cierto que el daño puede catalogarse como legítimo porque el Estado puede en función de la protección del interés general determinar la cantidad de sus funcionarios (arts. 150-7 y 189-14 de la C.P.), esto no implica que el trabajador retirado del servicio tenga que soportar íntegramente la carga específica de la adecuación del Estado, que debe ser asumida por toda la sociedad en razón del principio de igualdad de todos ante las cargas públicas (C.P. art. 13).

Los derechos laborales entran a formar parte del patrimonio del titular y no pueden ser desconocidos por leyes posteriores (art. 58-1 de la C.P.). Además, las autoridades de la República están obligadas a protegerlos (art. 2o. de la C.P.). Esto armoniza con una de las finalidades del Estado social de derecho: la vigencia de un orden social justo (Preámbulo de la Carta). Por ello se trata de una indemnización reparatoria fundamentada

²⁴⁰ Ibidem.

²⁴¹ Sentencia de la Corte Constitucional, MP: José Gregorio Hernández Galindo, Santafé de Bogotá D.C., trece (13) de agosto de 1992.

en el reconocimiento que se hace a los derechos adquiridos en materia laboral (...)²⁴²"

9.6 Eficacia y Eficiencia en la Administración como Razones Justificativas para Suprimir el Empleo

La eficacia y la eficiencia son razones que constantemente reitera la jurisprudencia para justificar la validez de un acto administrativo a la hora de suprimir los cargos, es decir, acudiendo a ellas, en más de una ocasión la acción de nulidad de un acto administrativo que suprime un cargo se ha visto desvirtuada.

Sin embargo, eficacia y eficiencia son términos que se utilizan indistintamente, sin que haya rigor por parte de la administración para demostrar, en efecto, cuál es la relación directa que existe entre la supresión del cargo y nuevamente la eficacia y la eficiencia que se alcanzaría como consecuencia de dicha supresión.

Pues bien, la Real Academia Española –RAE- define eficacia así: “Dicho de cosa, que produce el efecto propio o esperado”; y eficiencia: “Dicho de persona, ‘competente, que rinde en su actividad”, de manera que, en últimas, lo que se busca es que la administración haga lo que tiene que hacer aprovechando al máximo sus recursos para prestar el servicio determinado de manera óptima, sin embargo eso no es sinónimo de reducción de personal, piénsese el caso de la reducción de la nómina en una empresa social del estado, al contrario de lo que podría pensarse, la disminución del personal puede tener como consecuencia un bajo rendimiento y hasta puede ponerse en peligro el objetivo misional de la misma, porque el personal actual no de abasto para responder a las necesidades propias de la ESE; pero aún más podrían tener sobrecargas en su trabajo, lo que dificulta aún más una gestión competitiva, violando, dicho sea de paso, la estabilidad en el empleo.

No obstante, lo anterior, en este aparte se quiere demostrar, cómo aun siendo legítima la invocación de estos términos, ello no lo convierte de manera automática en una razón de peso para que el juez ponga en riesgo la estabilidad de la carrera administrativa, es decir, a pesar de que el objetivo sea una administración eficiente y eficaz, ello no resulta suficiente para que de por sí quede demostrada o justificada la supresión de cargos.

Ello con el objetivo de que el juez asuma un rol más activo, no solo puede bastarle el cumplimiento de los elementos reglados, es decir, competencia, procedimiento y demás formalidades sino que debe dotarse de razones de fondo que constaten la realidad y obedezcan a principios de proporcionalidad y razonabilidad.

²⁴² Sentencia Corte Constitucional C-095 de 1995, MP: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ Santafé de Bogotá D.C., siete (7) de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996)

- En ese sentido, la Corte Constitucional en sentencia T 201 de 1995, la peticionaria denuncia la vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo, pues estima que la omisión del Concejo Municipal de Bucaramanga, de decretar para el cargo que ocupa - Secretario de inspección de control de calidad, precios, pesos y medidas - un incremento salarial para el año de 1994 equivalente al de los demás funcionarios de la administración local, constituye un trato discriminatorio, inequitativo e indiscutiblemente arbitrario. Por otra parte, advierte que la omisión administrativa - que se traduce en un desmejoramiento salarial -, y la posibilidad de renunciar al cargo de carrera administrativa y acogerse a un cargo de libre nombramiento y remoción, con una mayor asignación salarial (Acuerdo 109 de 1993, artículo 9), violan el derecho al trabajo²⁴³

Es decir, a una funcionaria que adquirió derechos de carrera, no se le hace el ajuste salarial legal, y en cambio de ello se le propone acepte un cargo de libre nombramiento y remoción con el cual si obtendrá el reajuste salarial; frente a ello la sala sostuvo:

“La autoridad municipal eligió la diferenciación salarial como medio para modificar los empleos de la administración municipal. En sí mismo, el reajuste del salario a unos cargos y a otros no, puede ser un eficaz instrumento para persuadir a ciertos funcionarios para que acepten un cambio de empleo que se considera conveniente. No obstante, para que la diferenciación introducida no devenga en trato discriminatorio o arbitrario, la autoridad pública debe evaluar si el medio utilizado es adecuado, necesario y proporcional a los fines propuestos.

Pues bien, el medio escogido por la administración de Bucaramanga para propiciar la sustitución de empleos en el ámbito municipal, consistente en no reconocer a los servidores públicos que ocupan el cargo de secretario grado 10 el incremento salarial correspondiente al año 1994, es ostensiblemente inadecuado y desproporcionado, pese a la posibilidad de aceptar un cargo de mejor remuneración.

En efecto, si bien las autoridades municipales están facultadas para suprimir cargos (CP art. 315-7), no es indiferente cómo lleven a cabo este cometido. El ejercicio de la autonomía, se repite, está sujeto a la Constitución y a la ley (CP art. 287), por lo que las decisiones a nivel local deben respetar bienes y valores de superior jerarquía. A este respecto, el Concejo de Bucaramanga no tiene en cuenta que la peticionaria goza de la calidad de empleada de carrera administrativa, condición protegida por la Constitución (CP art. 125) y la ley (L. 27 de 1992) que no puede ser desconocida por actos u omisiones de las autoridades administrativas”²⁴⁴.

La inadecuación del medio empleado, se hace patente en el ofrecimiento a la funcionaria,

²⁴³ La comparación de las escalas salariales aprobadas por el Concejo de Bucaramanga para los años 1993 (acuerdo 113 de 1992) y 1994 (acuerdo 109 de 1993), muestra que para el cargo de Secretario de Inspección se mantuvo en 1994 la asignación de \$ 199.800 dispuesta para 1993, mientras que los demás funcionarios de la administración local recibieron un aumento en su asignación mensual del 26%

²⁴⁴ Corte Constitucional. Sentencia No. T-201/95 Ref: Expediente T-56630 Magistrado Ponente: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

como única opción para no ser desmejorada salarialmente, de un empleo de libre nombramiento y remoción de mayor remuneración, pese a su condición de funcionaria de carrera administrativa. La estabilidad del cargo, una de las garantías constitucionales y legales más importantes de la carrera administrativa, resulta desconocida con el mecanismo diseñado por la autoridad pública para modificar la planta de personal de la administración.

La demandante, quien con justificada razón se niega a perder su calidad de funcionaria de carrera administrativa, debe soportar, por ese sólo hecho, una reducción (en términos reales) de su salario, dada la inflación registrada en 1993 (23% aproximadamente). Luego es evidente, que el medio utilizado por la autoridad pública es desproporcionado.

En ese sentido, “(...) los beneficios administrativos de la supresión del cargo de secretario grado 10 y su sustitución por el de secretario II, grado 11, de ninguna manera serían equiparables a la lesión de derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo de la petente y del principio medular de la organización estatal y de la función pública según el cual los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, salvo específicas excepciones (CP art. 125)”²⁴⁵.

Debe ponerse de presente, que las autoridades municipales habrían podido escoger un medio menos lesivo para la consecución de la finalidad buscada, por ejemplo mediante el ofrecimiento de una remuneración suplementaria o de un mayor grado en la escala salarial sin afectar el poder adquisitivo ni la calidad de los funcionarios de carrera que optaren por permanecer en su cargo, lo que sí resultaría compatible con la igualdad de oportunidades para todos los servidores públicos y con la protección del trabajo en condiciones dignas y justas.

Por lo tanto la Corte Constitucional opta por conceder a Sonia Esmeralda Ariza Guerrero la tutela de sus derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo. Y así, ordenar al Alcalde de Bucaramanga y al Concejo de la misma ciudad, en vista de la indicada omisión inconstitucional, que adopten las medidas pertinentes para garantizar que en el próximo acuerdo que fije las asignaciones salariales de los servidores públicos del municipio, se incorpore el reajuste salarial de 1994 y de 1995, con base en el salario reajustado de 1994, a que tiene derecho la peticionaria.

En consecuencia, se reitera, el juez no puede ser indiferente al cómo se adelanta la competencia de supresión de cargos, máxime cuando esta entra en colisión con los derechos subjetivos de los funcionarios.

Como puede verse en este caso, la eficacia no es precisamente el objeto de reproche, lo cuestionable es que un funcionario de carrera deba soportar una disminución en su salario, sino opta por aceptar un cargo de libre nombramiento y remoción, ello es lo que genera la desproporción.

²⁴⁵ *Ibidem*.

En ese sentido, expone Jorge Iván Rincón Córdoba “El control ejercido en sede judicial no solo debe revisar si se observaron las fases que se consideran fundamentales en el procedimiento administrativo, sino que además puede y debe adentrarse en el proceso racional que desemboca en la decisión final.

Por tanto, el análisis se detiene en observar el cómo se analizó la información recaudada, la metodología que se empleó, y en muchos casos resultará necesario que se analice si la alternativa propuesta resultaba ser la más indicada en el momento en que se ponderó la potestad de autoorganización con la estabilidad en el empleo. La carga de la prueba recaer en estos casos sobre la persona que demanda la nulidad del acto administrativo, a ella corresponderá demostrar que el estudio técnico no se sustenta en un análisis serio de la realidad que caracteriza a la entidad pública, o que existiendo un estudio serio éste no guarda correspondencia con las medidas adoptadas”²⁴⁶.

Finalmente, así como lo describe Jorge Iván Rincón Córdoba en su libro de Derecho Administrativo Laboral, la asistencia de un expediente por sí sola no garantiza la legalidad de la decisión, mediante el mismo se arbitra un mecanismo de revisión que no se queda en un estudio racional mínimo de la norma, por lo tanto conlleva indagar si la resolución final fue emitida a la luz de una completa información sobre el problema resolver y si las técnicas adoptadas permiten evidenciar un cumplimiento de los fines propuestos que guarda relación de proporcionalidad en relación a los objetivos de la ley. Se trata de un juicio negativo, no se trata de un pronunciamiento sobre cuál hubiera sido la solución óptima sino sobre si la adoptada puede incluirse dentro del elenco de las posibles.

Además, de los anteriores argumentos, se suma otro según el cual, el juez podría invocar argumentos tales como los que se desprenden en sentido amplio del artículo 90 de la Constitución Política, según el cual el ciudadano no tiene por qué soportar las cargas de las acciones y omisiones de la administración y en virtud de ello perder su derecho al trabajo, una entidad no es inviable en el corto plazo, y si ya no funciona habrá que ver como potenciar la gestión sin que necesariamente la medida sea despidiendo el personal, y se insiste una reparación económica no siempre resultará suficiente, ni equiparable al daño que se le hace al servidor público que ingresa a la carrera con la seguridad que le ofrece la estabilidad y posible ascenso en la entidad.

- En ese sentido, en sentencia C-370 de mayo 27 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz, expresó al respecto: “(...) De otra parte, dicho resarcimiento del daño encuentra también apoyo en el artículo 90 del estatuto superior, que conmina al Estado a responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

Así las cosas, la indemnización que en la norma acusada se consagra no viola la

²⁴⁶ RINCÓN Córdoba, Jorge Iván. Derecho Administrativo Laboral. Empleo público, sistema de carrera administrativa y derecho a la estabilidad laboral. CÁP 4. “El derecho al cargo en movimiento: la potestad de autoorganización” Pág. 445. Universidad Externado de Colombia. 1ra Ed, 2009.

Constitución, pues constituye un instrumento eficaz para resarcir el daño que el Estado le ocasiona al empleado público perteneciente a la carrera administrativa con ocasión de la supresión del cargo que venía desempeñando, sin interesar que esa decisión haya obedecido a claros fines de interés general o de mejoramiento del servicio”.

Es decir, esté o no argumentada la supresión, sea necesaria o no, es evidente, que se causa un daño al funcionario, pues con o sin justificación se afecta la estabilidad de la carrera y se frustra la posibilidad de ascenso dentro de la misma, ya que en últimas, lo que se está alterando son las bases mismas que sirvieron de fundamento para la convocatoria pública, y como no siempre será posible la reubicación, no queda más que el Estado se haga responsable del daño y lo repare en la medida de lo posible.

Se insiste, ésta debe ser una medida si se quiere, de última ratio, debe caracterizarse por su excepcionalidad y antes de hacerla efectiva, deben adelantarse otras opciones que hagan viable la modernización y la competitividad de la función pública sin afectar los servidores públicos tanto en sus derechos adquiridos como en sus expectativas.

Por su parte, si de lo que se trata es que el servidor público no tenga que asumir cargas innecesarias, la administración debe contar con medidas de planeación que le permitan proyectarse a futuro, visibilizar amenazas y hallar oportunidades que le permitan hacer frente al cambio, el cambio no es por sí solo desestabilizante, en cierto modo, genera nuevas y mejores oportunidades, hasta rompe viejos paradigmas que hacen lentas y paquidérmicas las entidades, lo desestabilizante es que el cambio no esté preparado, que no esté planeado, que sea una cuestión de azar o que responda a situaciones clientelistas o de gobiernos de turno, sin un horizonte que oriente en el largo plazo.

De presentarse ésta última situación, según la cual el cambio no es planeado, y responde a conceptos y estudios emitidos “de la noche a la mañana” será el juez el llamado a analizar dicha situación y tutelar los derechos de carrera, garantizando ante todo la estabilidad de la misma.

Suprimir o fusionar una entidad tiene serias implicaciones que deben pensarse como política de estado y no de gobierno, luego, en este escenario la administración debe tomar sus decisiones con bases y argumentos sólidos, no con discrecionalidad y cayendo en arbitrariedades, a propósito de ello la sentencia T 512 de 2001247 de la Corte Constitucional ha señalado que tales procesos de restructuración, no pueden realizarse de manera libre, sino que a las autoridades les asiste el deber de respetar ciertos parámetros. Entre ellos, se ha destacado la necesidad de respetar y proteger los derechos de los trabajadores.

Igualmente, en sentencia C-209 de 1997, la Corporación fijó su posición en los siguientes términos: “Como se ha establecido por esta Corporación, el señalamiento de las políticas

²⁴⁷ Sentencia Corte Constitucional, T-512, MP: Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, Bogotá, D.C., diecisiete (17) de mayo de dos mil uno (2001).

administrativas o económicas del Estado desarrollan el ordenamiento jurídico constitucional, siempre y cuando, con las mismas se protejan los bienes y derechos consagrados en la Carta Política y garanticen la igualdad de oportunidades de los ciudadanos, la libertad de empresa y el derecho al trabajo y otros derechos fundamentales, de los mismos, que forman parte del orden público constitucional”²⁴⁸.

En desarrollo de dichas políticas el proceso de modernización del Estado colombiano persigue mejorar la eficiencia de las actividades adelantadas por los entes públicos en el cumplimiento de los fines esenciales del Estado (C.P., art.2o.).

De ahí que, “dichos procesos, en su mayoría, han sido analizados por esta Corporación, la cual desde el punto de vista de la incidencia de los mismos en las condiciones laborales de los trabajadores, ha señalado que reflejan los principios y valores constitucionales en cuanto aseguren el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas y las garantías y derechos adquiridos por los trabajadores”²⁴⁹.^[iv]

Luego, la reforma de las entidades y organismos sólo será procedente si, conforme a los mandatos constitucionales, se ajusta a las funciones asignadas a los poderes públicos y no vulnera los derechos fundamentales de los ciudadanos, en especial, los derechos laborales de los servidores públicos (C.P., arts. 53 y 58).

“En consecuencia, el proceso de reestructuración que adopte el Legislador en una entidad dentro de los principios enunciados para su cabal funcionamiento, es conducente si en él se protegen los derechos de los trabajadores y si las actuaciones no exceden los límites legalmente establecidos para realizarlo ; esto significa, que el retiro de su personal debe ir acompañado de las garantías necesarias para que el trabajador no quede desprotegido en sus derechos y el proceso en sí no se convierta en un elemento generador de injusticia social²⁵⁰.”

En el mismo orden de ideas, en la sentencia T-321 de 1999 se precisó:

“Los procesos de privatización, transformación y reestructuración de entidades públicas y las sustituciones patronales sólo pueden adelantarse sobre la base constante y prevalente del respeto a la dignidad de los trabajadores, a su estabilidad y a sus derechos irrenunciables”

En la revisión de los casos sub lite, la Corte Constitucional partirá de criterios reiterados en su jurisprudencia, relativos a la intangibilidad de los derechos fundamentales de los trabajadores y del postulado constitucional que exige condiciones dignas y justas en toda relación laboral, los cuales deben permanecer incólumes en el curso de cualquier proceso

²⁴⁸ Sentencia Corte Constitucional, C-209 MP: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA, Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de abril de mil novecientos noventa y siete (1997).

²⁴⁹ *Ibidem*.

²⁵⁰ *Ibidem*.

de privatización, reorganización, reestructuración, transformación y cambio de estatutos en entidades públicas, y en la sustitución patronal que se produzca en toda clase de establecimientos, públicos o privados, y por supuesto en los de las empresas de servicios públicos.²⁵¹”

Luego como se decía anteriormente, la regla general, es que en los procesos de reestructuración deben procurar garantizar la estabilidad de los trabajadores. Así, se considera que, de ser posible, debe procurarse mecanismos que aseguren la reubicación de los trabajadores dentro de la entidad. Cuando ello no es posible, procede la indemnización.

En la sentencia C-370 de 1999, la Corte recogió su jurisprudencia sobre la materia en los siguientes términos:

“Dado que la supresión de cargos así sea con los fines anotados implica necesariamente un daño, surge con claridad meridiana el deber de reparación por parte del Estado, por que “si bien es cierto que el daño puede catalogarse como legítimo porque el Estado puede en función de la protección del interés general determinar la cantidad de sus funcionarios (arts. 150-7 y 189-14 C.P.), esto no implica que el trabajador retirado del servicio tenga que soportar íntegramente la carga específica de la adecuación del Estado, que debe ser asumida por toda la sociedad en razón del principio de igualdad de todos ante las cargas públicas (C.P. art. 13).

Los derechos laborales entran a formar parte del patrimonio y no pueden ser desconocidos por leyes posteriores (art. 58-1 C.P.). Además, las autoridades de la República están obligadas a protegerlos (art. 2 C.P.). Esto armoniza con una de las finalidades del Estado social de derecho: la vigencia de un orden social justo (Preámbulo de la Carta). Por ello se trata de una indemnización reparatoria fundamentada en el reconocimiento que se hace a los derechos adquiridos en materia laboral. (...)”²⁵².

A causa de esto es que la jurisprudencia reitera, que la indemnización funge como medida reparatoria en todo sentido y en caso de no poder ubicar al servidor público en un empleo igual sin desconocer su régimen salarial, éste será el único mecanismo, de hecho, la sentencia T 204 de 2011 pronunció:

“El artículo 44 de la Ley 909 de 2004[6], en concordancia con lo dispuesto en el artículo 87 del Decreto 1227 de 2005, que la reglamenta parcialmente, estipula una prerrogativa para los empleados inscritos en la carrera administrativa a quienes se les suprima el cargo del cual son titulares, como consecuencia de los procesos de reestructuración de las entidades, consistente en el derecho preferencial a ser incorporados a un empleo igual

²⁵¹ Sentencia de la Corte Constitucional, T-321, MP: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Santa Fe de Bogotá, D.C., a los diez (10) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

²⁵² Sentencia de la Corte Constitucional, MP: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ, Santafé de Bogotá, D.C., mayo veintisiete (27) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

o equivalente al suprimido, en la nueva planta de personal. De la misma forma, disponen la Ley y su Decreto Reglamentario citados, que en caso de no ser posible la incorporación, se podrá optar por ser reincorporados a otros empleos equivalentes o a recibir una indemnización²⁵³”:

Dado que la supresión de cargos así sea con los fines anotados implica necesariamente un daño, surge con claridad meridiana el deber de reparación por parte del Estado, por que “si bien es cierto que el daño puede catalogarse como legítimo porque el Estado puede en función de la protección del interés general determinar la cantidad de sus funcionarios (arts. 150-7 y 189-14 C.P.), esto no implica que el trabajador retirado del servicio tenga que soportar íntegramente la carga específica de la adecuación del Estado, que debe ser asumida por toda la sociedad en razón del principio de igualdad de todos ante las cargas públicas (C.P. art. 13).

Los derechos laborales entran a formar parte del patrimonio y no pueden ser desconocidos por leyes posteriores (art. 58-1 C.P.). Además, las autoridades de la República están obligadas a protegerlos (art. 2 C.P.). Esto armoniza con una de las finalidades del Estado social de derecho: la vigencia de un orden social justo (Preámbulo de la Carta). Por ello se trata de una indemnización reparatoria fundamentada en el reconocimiento que se hace a los derechos adquiridos en materia laboral.”

El deber de indemnizar encuentra fundamento constitucional, en el hecho de que el empleado público de carrera administrativa “es titular de unos derechos subjetivos adquiridos que gozan de protección constitucional, al igual que ocurre con la propiedad privada, según el artículo 58 de la Carta. Por lo tanto, esos derechos no son inmunes al interés público pues el trabajador, como el resto del tríplico económico –del cual forma parte también la propiedad y la empresa- está afectado por una función social, lo cual no implica que la privación de tales derechos pueda llevarse a efecto sin resarcir el perjuicio que sufre su titular en aras del interés público. De allí que, si fuese necesario que el Estado, por razones de esa índole, elimine el empleo que ejercía el trabajador inscrito en carrera, como podría acontecer con la aplicación del artículo 20 transitorio de la Carta, sería también indispensable indemnizarlo para no romper el principio de igualdad en relación con las cargas públicas (art. 13 C.N.), en cuanto aquél no tendría obligación de soportar el perjuicio, tal como sucede también con el dueño del bien expropiado por razones de utilidad pública. En ninguno de los casos la licitud de la acción estatal es óbice para el resarcimiento del daño causado.²⁵⁴”

²⁵³ Sentencia de la Corte Constitucional, MP: NILSON PINILLA PINILLA, Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil once (2011)

²⁵⁴ Sentencia de la Corte Constitucional T574 de 2007 Magistrado Ponente: Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA Bogotá, D.C., veintisiete (27) de julio de dos mil siete (2007).

9.7 El Debido Proceso

Otro elemento de juicio para el juez, se desprende del principio constitucional del debido proceso, con plena aplicación en decisiones de desvinculación de servidores de carrera por supresión del cargo; básicamente se ve reflejado cuando falta la motivación del acto administrativo, cuando existe falta de competencia, falta de notificación, entre otras, causas todas ellas que afectan el debido proceso y por ende los derechos de la carrera.

Antes de entrar en el análisis jurisprudencial, importante hacer un recuento histórico, en ese sentido: "(...) la construcción de un régimen de carrera administrativa que conduzca a la integración de un aparato burocrático idóneo, técnico, eficiente y eficaz, comprometido con los fines esenciales del Estado, integrado con funcionarios que gocen de garantías de estabilidad laboral, nombrados mediante concursos de méritos abiertos y transparentes, ajeno a consideraciones de orden partidista, clientelar o nepotista y respetuoso del principio de igualdad de oportunidades en el acceso a la función pública, no ha sido una tarea fácil en el escenario colombiano²⁵⁵".

Ligado a ello, la Carta Política introdujo profundos cambios en materia de derechos fundamentales y en la estructura del Estado, los cuales han conducido a repensar por completo la caracterización y conceptualización de los sistemas de carrera para la provisión de empleos públicos en Colombia. No se trata, como antaño, de un simple problema de reparto del denominado "botín burocrático" entre los distintos partidos y movimientos políticos en el marco de un sistema presidencial fuerte, sino de diseñar e implementar sistemas de carrera administrativa con perspectiva de derechos fundamentales, teniendo en cuenta los retos que debe asumir el Estado de cara a la globalización económica.

"A decir verdad, el desarrollo económico de un país depende, entre otras variables, de la calidad del talento humano de la burocracia, es decir, de la capacidad de contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades que les han sido confiadas.

De la misma forma, es necesario reconocer que la implementación de un sistema de burocracia basado en el mérito y la igualdad de oportunidades contribuye a la consolidación de la democracia en el marco de un Estado social de derecho, como lo demuestran experiencias comparadas relativamente recientes"²⁵⁶.

Pues en últimas, las instituciones las hace su talento humano, y si de él se requiere más productividad y competitividad para obtener mejores resultados, pueden contemplarse programas de capacitación y actualización de los servidores públicos antes que

²⁵⁵ Sentencia SU.917/10 Magistrado Ponente: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO Bogotá, D.C., dieciséis (16) de noviembre de dos mil diez (2010).

²⁵⁶ *Ibid.*

supresiones que atentan contra los derechos de los empleados públicos.

Así, la jurisprudencia constitucional ha partido de la premisa según la cual la carrera representa el “instrumento más adecuado ideado por la ciencia de la administración para el manejo del esencialísimo elemento humano en la función pública”, acompañada de la “necesidad correlativa de interpretar restrictivamente las disposiciones que permiten excluir ciertos cargos de dicho régimen general”, para de esta forma evitar que, en contra de la Constitución, “la carrera sea la excepción y los demás mecanismos de provisión de cargos la regla general”.

Es así como las autoridades públicas y en este caso particular el juez constitucional deben adoptar los correctivos necesarios para que no se perpetúen situaciones de anormalidad en la provisión de empleos en la administración pública, como la preservación indefinida en diversas instituciones del Estado de un elevado número de funcionarios nombrados en provisionalidad, consecuencia directa de la falta de voluntad política para implementar verdaderos concursos de méritos.

Adicionalmente, le corresponde velar porque la desvinculación de este grupo amplio de funcionarios no obedezca a prácticas clientelares, es decir, que no sea el producto de la arbitrariedad sino del ejercicio prudente de la discrecionalidad con miras al cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

El Debido proceso como exigencia de todas las actuaciones administrativas, resulta en el catalizador de los restantes derechos subjetivos del empleado teniendo de lado además el principio de legalidad.

No puede existir entonces decisión de la administración que no siga unos pasos especiales para su elaboración y producción y que no se someta a unos plazos y reglas de competencia.

Los defectos en este sentido afectan la validez misma del acto ya sea por vía de una expedición irregular, una falsa motivación, una falta de competencia o sencillamente por contrariar el ordenamiento jurídico.

Este capítulo es dedicado a resaltar la importancia vertebral que la motivación de los actos tiene en su validez.

El tema de la motivación de los actos administrativos hace parte de los criterios de validez de los mismos y ha sido tratado por la jurisprudencia con distintos matices. En sentencia C-371/99, se demandó la inconstitucionalidad parcial de los artículos 35 y 76 del Código Contencioso Administrativo, en cuanto consagran el requisito de motivar ciertos actos administrativos "al menos en forma sumaria", ya que, según él lo entiende, lo allí dispuesto equivale a una autorización para que tales actos no sean motivados.

Frente a ello sostuvo la sala "Lo que la disposición enjuiciada contempla es un mínimo, exigible a quien profiere el acto e imprescindible para la validez del mismo, por medio del cual se asegura al particular afectado que tendrá, cuando menos, noticia sucinta sobre las razones que invoca la Administración.

En esas condiciones, la motivación es imprescindible para dictar tales actos, lo que significa que si son expedidos sin motivación implican abuso en el ejercicio de la autoridad y necesariamente responsabilidad de quien ha omitido tal deber. La norma impugnada debe entenderse en su sentido integral y completo, de manera que para fijar el alcance de las expresiones que se demandan es necesario tener en cuenta el inciso segundo de aquélla, según el cual "en la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite".

Luego no está exonerada la Administración de expresar en su acto la totalidad de los elementos jurídicos y de hecho en que se funda, en lo relativo al origen de la actuación administrativa, que puede consistir, de acuerdo con el Código (art. 4), en el ejercicio del derecho de petición en interés general o particular, en el cumplimiento de una obligación o deber legal, o en la actividad oficiosa de la autoridad. Lo sumario de la motivación no puede confundirse con su insuficiencia o superficialidad. Alude a la extensión del argumento y no a su falta de contenido sustancial, de suerte que el señalamiento de los motivos en que el acto encuentra soporte, no por sumario puede tildarse de incompleto y menos de inexistente.

Todos los actos administrativos que no sean expresamente excluidos por norma legal deben ser motivados, al menos sumariamente, por lo cual no se entiende que puedan existir actos de tal naturaleza sin motivación alguna. Y, si los hubiere, carecen de validez, según declaración que en cada evento hará la autoridad judicial competente, sin perjuicio de la sanción aplicable al funcionario²⁵⁷

Por su parte en sentencia T-752/03, la señora Betty Emilce Gómez Figueredo presenta acción de tutela contra el Club Militar de Oficiales de Bogotá por considerar que se le ha vulnerado sus derechos al trabajo y al mínimo vital, al haber expedido la resolución 1464 del 10 de octubre de 2002, mediante la cual fue declarada insubsistente.

Se afirmó que para el caso de los empleados de carrera, el artículo 26 del decreto - ley 2400 de 1968 establece que los nombramientos "sólo podrán ser declarados

²⁵⁷ Sentencia C-371/99. MP: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO Referencia: Expediente D-2250. Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los veintiséis (26) días de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

insubsistentes por los motivos y mediante los procedimientos establecidos en la ley o reglamento que regule la respectiva carrera. La declaración de insubsistencia conlleva a la pérdida de los derechos del funcionario de carrera."

Así, en relación con la motivación de la decisión de desvincular a una persona que esté ocupando un cargo de esta naturaleza, ya sea nombrado en propiedad o provisionalmente, la Corte sostuvo que la falta de motivación constituye una violación del derecho al debido proceso. Al respecto, planteó lo siguiente:

Esa actitud de retirar a una persona del cargo, sin motivar el acto administrativo correspondiente, ubica al afectado en una indefensión constitucional. El art. 29 C. P. incluye entre sus garantías la protección del derecho a ser oído y a disponer de todas las posibilidades de oposición y defensa en juicio, de acuerdo con el clásico principio *audiatur et altera pars*, ya que de no ser así, se produciría la indefensión. La garantía consagrada en el art. 29 C.P., implica al respecto del esencial principio de contradicción de modo que los contendientes, en posición de igualdad, dispongan de las mismas oportunidades de alegar y probar cuanto estimaren conveniente con vistas al reconocimiento judicial de sus tesis.

La idea de indefensión contiene, enunciándola de manera negativa, la definición del derecho a la defensa jurídica y engloba, en un sentido amplio, a todas las demás violaciones de derechos constitucionales que pueden colocarse en el marco del art. 29, por ser esta norma de carácter abierto.

Es, pues, de la esencia de las garantías de protección, la posibilidad de debatir, de lo contrario se cae en indefensión y, por ende, se restringe y viola el debido proceso en su fase de la defensa.

No es lógico ni justo que al afectado por un acto administrativo de desvinculación (salvo en los casos de libre nombramiento y remoción) no se le indica el motivo del retiro para que se defienda del en señalamiento que se le hace.

Y si ello ocurre (desvinculación sin motivación) se viola el debido proceso consagrado en el artículo 29 C.P. para "actuaciones judiciales y administrativas", porque se coloca en

indefensión a la persona afectada, ya que no puede hacer una real defensa jurídica y esto repercute en el acceso a la justicia establecido en el artículo 229 C.P.²⁵⁸”

Finalmente, el señor Germán Ernesto Muñoz Díaz, actuando en nombre propio, instauró acción de tutela en contra del Ministerio de Defensa Nacional y la Dirección General de la Policía Nacional, para que se protegiera su derecho al debido proceso, el cual considera vulnerado por la entidad tutelada, al proferir el Decreto N° 3647 de Septiembre de 2007, mediante el cual es retirado del servicio sin motivación alguna²⁵⁹

EL problema jurídico a resolver, fue ¿Se vulnera el derecho al debido proceso de los accionantes (...), con la decisión adoptada por la Policía Nacional de retirarlos por razones del servicio, mediante un acto administrativo en el cual no se expresan las razones por las cuales se produce la desvinculación, con base la facultad discrecional que tiene la citada Institución?

Como en todas las instituciones del Estado, la permanencia en el cargo debe estar sujeta a los principios de eficiencia y de moralidad, especialmente en la Policía Nacional, encargada de respetar y proteger los derechos y libertades, la seguridad ciudadana y la convivencia pacífica

No obstante, la discrecionalidad para la remoción de subalternos por parte de la respectiva autoridad, no significa arbitrariedad sino que ella es un instrumento necesario, para el correcto funcionamiento de tales instituciones.

“Se ha señalado que la misma no puede ser confundida con la arbitrariedad en la toma de la decisión de retiro, ya que, en la mayoría de los casos, tal disposición se encuentra supeditada a un concepto o pronunciamiento de un órgano colegiado, la Junta Asesora del Ministerio de Defensa o la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva, según la institución y el grado del funcionario, recomendación que, a su vez, debe estar precedida y sustentada en un examen completo y cuidadoso de las razones que se invocan para el retiro de los miembros de dichas instituciones, en los informes que se alleguen y en todos

²⁵⁸ Sentencia T-752/03. Magistrada Ponente: Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ Referencia: expediente T-727626 Magistrada Ponente: Bogotá, D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil tres (2003).

²⁵⁹ Sentencia T-111/09 Magistrada ponente (E): Dra. CLARA ELENA REALES GUTIÉRREZ Bogotá D.C., veinte (20) de febrero de dos mil nueve (2009). Referencia: expedientes acumulados T-2029364, T-2030904 y T-2030906

los elementos objetivos que permitan proponer el retiro o no del servicio del funcionario”²⁶⁰.

En ese sentido, como la decisión de retiro de un miembro de la Policía Nacional debe estar precedida del concepto de la Junta de Evaluación y Clasificación, en el caso indicado por la ley, la Corte ha entendido que esta recomendación, se insiste, debe estar sustentada en elementos de juicio objetivos y razonables que permitan justificar el retiro del funcionario de la Institución. Al respecto ha dicho esta Corte que:

“En ese orden de ideas, la recomendación que formulen tanto el Comité de Evaluación para las Fuerzas Militares, como la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, cuando se trate de Oficiales, o de la Junta de Evaluación o Clasificación respectiva para los Suboficiales, debe estar precedida y sustentada en un examen de fondo, completo y preciso de los cargos que se invocan para el retiro de miembros de esas instituciones, en las pruebas que se alleguen, y en fin todos los elementos objetivos y razonables que permitan sugerir el retiro o no del servicio de un funcionario.”²⁶¹

La misma debe ser ejercida dentro de los límites constitucionales y legales, como quiera que se trata de una facultad enmarcada dentro de ciertos parámetros que impiden desembogue su arbitrariedad.

En caso de optar por el retiro se debe aludir en el acto de desvinculación al informe respectivo, el cual no puede ser reservado para el afectado, salvo en casos excepcionálsimos y de manera temporal, en aras de garantizarle el debido proceso y permitirle conocer dicho informe para defenderse controvertiéndolo”²⁶². Y se insiste, cómo defenderse de lo que no se conoce.

Atendiendo lo anterior, se considera que la decisión tomada por la Dirección General de la Policía, debió basarse en el informe previo de la respectiva junta, aludir a la existencia de dicho informe y permitir que los afectados lo conocieran y controvirtieran. Al no hacerlo, desconoció el debido proceso administrativo, derecho que será amparado.

Por las razones expuestas, esta Sala revocó las sentencias dictadas el 29 y 14 de mayo de 2008, por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y en

²⁶⁰ *Ibíd.*

²⁶¹ Sentencia C-179 de 2006, MP: Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA

²⁶² *Ibíd.*

su defecto, dejó sin efectos los Decretos Nos. 3647 y 4722 de septiembre y diciembre de 2007 respectivamente y ordenó a la Dirección General de la Policía Nacional, que expida nuevamente los actos administrativos los cuales deberán ser motivados y puestos en conocimiento de los actores, para que éstos puedan controvertirlos, si así lo consideran.

Igualmente, en la Sentencia C-054 de 1996, donde la Corte declaró exequible la norma que impone a las autoridades el deber de motivar la negativa al acceso a documentos públicos, precisó su importancia a la luz del principio de publicidad:

“El deber de motivar los actos administrativos no contradice disposición constitucional alguna y, por el contrario, desarrolla el principio de publicidad, al consagrar la obligación de expresar los motivos que llevan a una determinada decisión, como elemento esencial para procurar la interdicción de la arbitrariedad de la administración²⁶³”.

La publicidad que se refleja en la motivación constituye una “condición esencial del funcionamiento adecuado de la democracia y del Estado de Derecho”, pues es claro que la sociedad en general y el administrado en particular tienen derecho a estar informados no sólo de las decisiones adoptadas por los poderes públicos, sino a conocer con claridad las razones que le han servido de sustento. La publicidad del acto sin el conocimiento de los motivos en que se fundamenta en nada se diferencia de la arbitrariedad y el despotismo”.

En suma, el deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder.

De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, estos es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente.

Una vez más, “el deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo

²⁶³ Sentencia de la Corte Constitucional C-054 de 1996 Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ Santa Fe de Bogotá, D.C., febrero quince (15) de mil novecientos noventa y seis (1996).

que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, estos es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente²⁶⁴”

Finalmente, se reitera, que la motivación ha de ser suficiente, esto es, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión poniendo de presente que la necesidad de motivación del acto se encuentra circunscrita a evitar la arbitrariedad de la administración en sus decisiones, arbitrariedad que no puede confundirse con discrecionalidad.

Por su parte, la Corte Constitucional ha relacionado el debido proceso con el principio de publicidad, y la notificación de las actuaciones procesales. En ese sentido se apoya en la Constitución Política, que en su artículo 29, prescribe que "el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas". En virtud de tal disposición, se reconoce al principio de legalidad como pilar fundamental en el ejercicio de las funciones por parte de las autoridades judiciales y administrativas, razón por la cual, éstas se encuentran obligadas a respetar las formas propias de cada juicio y a asegurar la efectividad de todas las garantías constitucionales básicas como son el derecho de defensa, de contradicción, de impugnación, etc.

“En estos términos, el deber de salvaguardar dichas garantías constitucionales le impone a las autoridades públicas, la obligación de motivar sus determinaciones y de publicarlas de conformidad con los sistemas de comunicación previstos en la ley.

De ahí que esta Corporación haya definido el derecho fundamental al debido proceso, como la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los individuos, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley²⁶⁵”.

²⁶⁴ Sentencia SU.917/10 Magistrado Ponente: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO Bogotá, D.C., dieciséis (16) de noviembre de dos mil diez (2010).

²⁶⁵ Sentencia de la Corte Constitucional, MP: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL. Bogotá D.C, trece (13) de agosto de dos mil dos (2002). Referencia: expediente D-3865

En consecuencia, como ya se había sostenido, las decisiones que se adopten dentro de cualquier procedimiento deben ser puestas en conocimiento de los interesados", pues " la publicidad viene a ser garantía de imparcialidad y de operancia de los derechos de contradicción y de defensa, pues sólo quien conoce las decisiones que lo afectan puede efectivamente oponerse a ellas.

En otras palabras, "la comunidad tiene derecho a estar informada, la sociedad no es indiferente al conocimiento de las resoluciones que le puedan interesar y por consiguiente para esa sociedad son importantes los motivos que originan una remoción; esta es una proyección del principio de publicidad y es corolario del Estado democrático. La publicidad, que implica motivación, es esencial en el ordenamiento colombiano. Esa necesidad de motivar los actos (salvo excepciones expresamente consagradas), se integra a la publicidad, entendida como lo contrario al secreto o reserva"²⁶⁶

Recapitulando, la Constitución de 1991 dispuso al Estado como social de derecho, es decir, que una de sus consecuencias es el sometimiento al derecho, de ahí la importancia de la motivación del acto administrativo puesto que de esta manera se le da una información al juez en el instante que pase a ejercer el control jurídico sobre dicho acto, constatando si se ajusta al orden jurídico y si corresponde a los fines señalados en el mismo. La discrecionalidad no supone la libertad de la administración para actuar prescindiendo de la necesidad de justificar la realidad de la actuación concreta.

Sobre la necesidad de motivación expresa García de Enterría²⁶⁷: "La motivación, como ya dijimos, es un medio técnico de control de la causa del acto. Por ello no es un simple requisito meramente formal, sino de fondo (más técnicamente: la motivación es *interna corporis*, no externa; hace referencia a la perfección del acto más que a formas exteriores del acto mismo).

En síntesis, estas apreciaciones son de recibo no solo en la motivación de los fallos judiciales sino también en la motivación de los actos administrativos porque, en primer lugar, tanto en unos como en otros la motivación se orienta al convencimiento de las partes, eliminando cualquier arbitrariedad y facilitando el saber por qué se tomó la decisión respectiva, lo cual permite la viabilidad de los recursos.

²⁶⁶ Sentencia de la Corte Constitucional, SU-250/98 MP: Dr. Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO. Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

²⁶⁷GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la administración*, Madrid : Civitas, 2000, p 44

En segundo lugar, porque pone de manifiesto la vinculación de la Administración al ordenamiento jurídico y por consiguiente, la motivación se puede caracterizar como la explicación, dada por la Administración, mediante fundamentación jurídica, de la solución que se da al caso concreto.

Y, en tercer lugar, porque también permite el control de la actividad administrativa por parte de la opinión pública, como extensión del principio de publicidad del artículo 209 de la C. P. en la parte que consagra: "La función administrativa está al servicio de los intereses generales" y del artículo 123 en la parte que indica: "los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad"²⁶⁸

No es lógico ni justo que al afectado por un acto administrativo de desvinculación (salvo en los casos de libre nombramiento y remoción) no se le indica el motivo del retiro para que se defienda del señalamiento que se le hace. Y si ello ocurre (desvinculación sin motivación) se viola el debido proceso consagrado en el artículo 29 C.P. para "actuaciones judiciales y administrativas", porque se coloca en indefensión a la persona afectada, ya que no puede hacer una real defensa jurídica y esto repercute en el acceso a la justicia establecido en el artículo 229 C.P.

En este contexto, las actuaciones de la administración deben guiarse por los principios de publicidad y legalidad para concretar el derecho a la defensa del administrado. En consonancia, el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo establece respecto de las notificaciones que contienen decisiones sobre intereses particulares que las mismas deben hacerse de manera personal:

La Corte Constitucional ha sostenido que la existencia de dicho derecho fundamental, se concreta, en cuanto a los mecanismos de protección de los administrados, en dos garantías mínimas, a saber: (i) En la obligación de las autoridades de informar al interesado acerca de cualquier medida que lo pueda afectar; y (ii) en que la adopción de dichas decisiones, en todo caso, se sometan por lo menos a un proceso sumario que asegure la vigencia de los derechos constitucionales de contradicción e impugnación.

De esta manera, el debido proceso administrativo se ha definido como la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los administrados, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas siempre a los procedimientos señalados en la ley.

El debido proceso administrativo consagrado como derecho fundamental en el artículo 29

²⁶⁸ *Ibíd.*

de la Constitución Política, se convierte en una manifestación del principio de legalidad, conforme al cual toda competencia ejercida por las autoridades públicas debe estar previamente señalada en la ley, como también las funciones que les corresponden y los trámites a seguir antes de adoptar una determinada decisión (C.P. arts. 4° y 122)²⁶⁹ de modo tal que así como las actuaciones encaminadas a la desvinculación de empleados públicos de carrera administrativa a través de supresión de los cargos compromete la aplicación del debido proceso, a nivel judicial se debe analizar la validez de los actos con miramiento a tal premisa constitutiva de garantía fundamental.

²⁶⁹ Sentencia de la Corte Constitucional, Sentencia T-982/04 Referencia: expediente T-916680. M.P: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL. Bogotá D.C., ocho (8) de octubre de dos mil cuatro (2004).

10. CONCLUSIÓN

El Estado, con las transformaciones propias de la evolución constitucional y la adaptación a las dinámicas económicas del contexto mundial y las relaciones internacionales, mantiene su interés en el diálogo social, por mantenerse aún el monopolio de la emisión de leyes, la administración de justicia y, de manera prioritaria y generalizada: de la solución de conflictos.

Adicionalmente, el Estado sigue siendo uno de los principales empleadores en todas las latitudes, dando lugar a que todo comportamiento que se adopte en materia de empleo público impacte necesariamente la economía del respectivo estado.

No puede echarse de menos la necesidad constante de modernización que tienen estos mismos Estados en cuanto a sus estructuras burocráticas, máxime cuando los indicadores de eficiencia no excluyen a los entes públicos y, hoy por hoy, la gestión de cada entidad se evalúa a partir de los resultados que ofrezca con relación a la prestación de los servicios a su cargo.

La estabilidad de los empleados de carrera, es un derecho inherente al derecho al trabajo teniendo en cuenta que la vigencia plena de la estabilidad hace que se materialicen la posibilidad de desempeñarse en un empleo sin más apremio que el cumplimiento pleno de las obligaciones contraídas en torno a las funciones propias del cargo.

De igual forma la estabilidad resulta en una aplicación del derecho a la igualdad, teniendo en cuenta que tal derecho fundamental constituye el sustrato fundamental de la existencia de la carrera administrativa pues, es en virtud de la igualdad, que se garantiza el acceso a los cargos públicos sin que medien criterios discriminatorios como la raza, la filiación política, el sexo o la creencia religiosa.

La estabilidad en el empleo, como derecho fundamental es objeto de amenazas por la utilización de modalidades de contratación que prefieren la deslaboralización o la tercerización, tales como la vinculación de empleados a través de cooperativas de trabajo asociado o empresas de servicios temporales, la utilización de modalidades de *outsourcing* y la recurrida – e indebida en la mayoría de casos – contratación a través de órdenes de prestación de servicios (ODS).

La facultad administrativa de modificación de su propia estructura o la de las entidades adscritas, a través de procesos de reestructuración que conllevan a supresión de cargos, además de afectar el núcleo del derecho a la estabilidad, es de por sí una facultad excepcional que comporta el ejercicio de un poder que por muy amplio que se tenga no adquiere la categoría de discrecional.

En el escenario de una democracia y un Estado de Derecho caben todos los controles al poder que sean posibles más cuando se trata de la utilización de facultades excepcionales como la de supresión de empleos de la administración. La necesidad de dichos controles se hace apremiante ante la inminencia de amenazas contra la

institucionalidad, más exactamente contra los derechos de los empleados públicos, cuando se hace uso desaforado de las mencionadas facultades con fines clientelistas o sin un propósito objetivo y razonable concreto.

De acuerdo al análisis efectuado, no existe en el ordenamiento jurídico colombiano, un control a los procedimientos de reestructuración administrativa en el que se establezca la validez de los mismos, las facultades de los funcionarios que las ordenan, la necesidad, la adecuación, la motivación de la reestructuración y la observancia de los derechos de los empleados de carrera.

Es por eso que, el momento de inicio de una actuación judicial, se debe tomar como la oportunidad para evaluar la actuación de la administración con miras a identificar las presuntas desviaciones del poder o cualquier otra falencia y, de ser el caso, expulsar del ordenamiento jurídico los actos contraventores del debido proceso o los derechos subjetivos.

La mayoría de los conflictos en que se debate el alcance de la potestad de auto organización de la administración surgen como consecuencia directa del reclamo que se hace ante los jueces administrativos de la vulneración de derechos y garantías individuales, como consecuencia de la reestructuración de entidades públicas y de los procedimientos de creación, modificación y supresión de puestos de trabajo²⁷⁰

Ello pone en un lugar protagónico al juez administrativo quién en últimas será quien garantice o no los derechos derivados del sistema de carrera administrativa, así como la protección del derecho a la estabilidad de los funcionarios.

Existen razones constitucionales y legales como herramientas para que el juez en efecto pueda desconocer en un caso dado, el acto administrativo que ordena la supresión de un cargo

En la parte inicial del trabajo, se expuso la posición asumida por la instancia correspondiente en torno a los conflictos presentados a su consideración como

²⁷⁰ RINCÓN Córdoba, Jorge Iván. Derecho Administrativo Laboral. Empleo público, sistema de carrera administrativa y derecho a la estabilidad laboral. CÁP 4. "El derecho al cargo en movimiento: la potestad de auto organización" Pág. 407. Universidad Externado de Colombia. 1ra Ed, 2009. La Corte declarará la exequibilidad de la frase acusada del artículo 35 del C.C.A., en el entendido de que las decisiones que se tomen en materia de derecho de petición, así se motiven tan solo sumariamente, sí deberán resolver el fondo del asunto sometido a consideración y no limitándose la autoridad competente a dar una respuesta formal sobre el trámite o el estado de la solicitud.

En cuanto a la frase demandada del artículo 76, que se refiere a la responsabilidad de los funcionarios por faltas en el ejercicio de sus funciones y que consagra en el numeral 6, como causal de mala conducta que implica sanciones disciplinarias, la de resolver sin motivación siquiera sumaria cuando sea obligatoria, la Corte encuentra que tampoco viola la Constitución, si se entiende que alude a determinados actos que el legislador ha declarado que, por su propia naturaleza, no requieren ser motivados según la amplitud de la atribución conferida a la autoridad, si bien advirtiendo que la referencia legal correspondiente ha de ser expresa, taxativa y de interpretación estricta, y que las posibilidades de no motivación de los actos en que así lo autorice la ley no se confunden con la arbitrariedad de la administración, es decir, que su contenido está expuesto a examen judicial para verificar si son conformes o no a la Carta Política, y si los acompaña la racionalidad que a toda determinación oficial se exige.

consecuencia de una supresión de cargos. Se pudo observar que la jurisdicción ha concentrado su análisis a la naturaleza de los actos que producen la desvinculación del empleado para llegar a los extremos de declararse inhibida para conocer de demandas contra actos de contenido general cuando el interés del ex empleado demandante se centra en la anulación de su desvinculación como acto particular.

Se determinó también como circunstancia tenida en cuenta por los jueces competentes, la falta de concordancia entre el acto que ordena la supresión de los cargos con el estudio técnico previo, así como la existencia de multiplicidad de estudios técnicos.

La falta de competencia del funcionario que ordena la supresión ha sido también aspecto analizado por la justicia contencioso administrativa que determina la validez de los actos propios de la reestructuración.

Como puede verse, el análisis de la validez de los actos administrativos que dan lugar a la supresión de un empleo público ha abordado única y exclusivamente circunstancias formales.

Es necesario, en aras de una concreta y real administración de justicia, de una realización plena de los valores constitucionales, de una defensa acertada del principio de estabilidad y del derecho al trabajo y de un adecuado control al poder administrativo de supresión de empleos, hacer inclusión en el análisis del juez de otros elementos de juicio que determinen el ajuste al ordenamiento del respectivo acto a partir de la materialidad misma del procedimiento llevado a cabo, teniendo presente que toda reestructuración administrativa debe tener como propósito el mejoramiento en el servicio, la modernización de las respectivas entidades y la realización plena de los fines del estado a través de tal proceso, objetivos éstos que, en todo caso deben tener indicadores de medición que permitan establecer la verdadera eficacia de la medida.

Como elemento de juicio, se erige necesariamente, el análisis constitucional y legal que el juez administrativo haga de los estudios técnicos requeridos, pero no desde el punto de vista formal, es decir, de la corroboración de un documento que así lo exprese, sino con juicios de fondo que permitan verificar que dichos estudios se ajustan a los requisitos anteriormente desarrollados y a la realidad, sobre todo a la verificación que se desprenda de dichos estudios en lo atinente a la no vulneración flagrante de los derechos de los funcionarios, entre ellos el de la estabilidad.

De antemano, se sabe que los actos administrativos se presumen legales, pero esa presunción admite prueba en contrario, y los estudios técnicos pueden ser esa prueba que desvirtúe la legalidad. Para ello será necesario un juez activo que promueva acciones durante el proceso; se propone entonces, que la revisión de los estudios técnicos puede hacerse a iniciativa de éste.

Se habla entonces, de un estudio previo, que no busque reducir por reducir, como lo sostiene el doctrinante RINCÓN, siguiendo una moda globalizadora, a partir de la cual surge la "promesa" de que un estado mínimo solucionará los problemas a los que se ven

avocadas las instituciones, por el sólo hecho de reducir su tamaño.

Sumado a ello, el juez administrativo no debe restar peso a los argumentos que indican la continuidad en los derechos que se desprenden de la carrera administrativa, el juez debe declarar la incorporación automática como lo reitera la jurisprudencia sin solución de continuidad, dándole prelación a los funcionarios de carrera frente a los provisionales o en otras situaciones administrativas y por encima de aquella medida que busca indemnizar el daño económicamente.

Se entiende que habrá casos en que ello sea imposible, pero esa situación debe ser la excepción, y en todo caso se mantendrán los derechos de reincorporación e indemnización.

Ello incluye que el carácter salarial y prestacional no puedan ser desmejorados por las decisiones de la administración. Recuérdese que como lo ha sostenido la jurisprudencia, lo que en realidad cuenta es la identidad o similitud entre el puesto de trabajo suprimido y donde puede ser reubicado; igualdad o similitud funcional.

Por otra parte, el juez debe hacer un razonamiento lógico, según el cual es claro, que la afectación a la estabilidad no debe mostrarse como la única solución posible.

Razonamiento que se desprende del deber ser de las plantas de personal, pues, se parte de que las éstas últimas, no son instrumentos cuya elaboración sea pensada para una vigencia temporal o transitoria, al contrario están diseñadas para permanecer en el largo plazo, y si de manera inconsulta o improvisada la administración cambia de parecer, eso debe ser advertido por el juez a fin de encontrar la irregularidad; se insiste, deben atender a criterios de racionalidad, y proporcionalidad; los cambios que sufran deben estar motivados en necesidades reales y/o exigencias de la administración, instrumentos que en últimas, propenden por una actividad más acorde con los principios de eficacia y eficiencia.

Además porque tienen serias repercusiones sobre las expectativas y derechos individuales de los agentes de la Administración, “en ese sentido, aunque en principio sea una herramienta de ordenación objetiva del puesto como núcleo básico de la estructura, no puede dejar de lado un cierto carácter de subjetividad; subjetividad que hace referencia por ejemplo a que cuando se crean, fusionan y suprimen empleos es inevitable que exista el eterno debate referente a si algunos colectivos de funcionarios (los pertenecientes a carrera administrativa) tienen derecho a la conservación de la estabilidad”²⁷¹.

Por consiguiente, cualquier modificación de las plantas de personal siempre debe incluir un análisis de la posible afectación del derecho a la estabilidad, que como se vio es requisito para la supresión, análisis que debe contemplar el impacto de la restructuración y tener planes diseñados desde antes de notificar el acto administrativo que suprime,

²⁷¹ *Ibidem*. Págs. 429-435

sobre las incorporaciones y reincorporaciones que se harán, auxiliado para ello por la lista de vacantes actualizada que debe tener la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Así mismo, si después de ese análisis se concluye que no es posible la utilización de esas dos figuras, deberá de antemano contar con la disponibilidad presupuestal para las indemnizaciones que de allí se desprendan. Sólo así podrá aceptarse que hubo planeación, y que las medidas adoptadas fueron justas.

Lo anterior, nuevamente para que las decisiones sean transparentes y no arbitrarias, lo que incluye por supuesto, la no admisibilidad de razones posteriores a la supresión, porque ello implicaría entre otras cosas:

“1. Intentar desentrañar la psique de quien decide, y desde el punto de vista del control democrático se generaría una duda legítima respecto de si la determinación obedece impulsos meramente personales.

2. Estaríamos frente a una motivación que podría llegar a acomodarse para ocultar situaciones en las cuales la intención real no es el mejoramiento de la organización sino la afectación directa de un determinado funcionario. “Las reformas de planta de personal, que frecuentemente se producen a raíz de los procesos de restructuración del estado, deben justificarse técnicamente para que no sean aprovechadas, por ejemplo, con el fin de sacar a relucir mal querencias particulares, del partido, o motivaciones protervas de cualquier otro orden que desvirtúan el propósito del legislador de brindar de instrumentos legales para la introducción de cambios en los diferentes estamentos de la administración pública”²⁷²

3. Por último, el desconocimiento de que la decisión debe obedecer a un proceso de formación previa, requerimiento que se constata precisamente en la motivación, de lo contrario lo que está de fondo es el aval a un poder personal”²⁷³.

Ahora bien, de ninguna manera, se desconoce la importancia que hasta ahora ha tenido el desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado, las causales de nulidad dispuestas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en su artículo 137 deben seguir marcando el camino, siempre que se advierta que los actos administrativos hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

²⁷² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda, sentencia de octubre 2 de 2003. Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante.

²⁷³ RINCÓN Córdoba, Jorge Iván. Derecho Administrativo Laboral. Empleo público, sistema de carrera administrativa y derecho a la estabilidad laboral. CÁP 4. “El derecho al cargo en movimiento: la potestad de autoorganización” Pág. 407. Universidad Externado de Colombia. 1ra Ed, 2009.

Sin embargo, como quedó demostrado en la primera fase de este análisis jurisprudencial, cuantiosas sentencias a pesar de que acusan los actos por alguna de estas causales, no llegan al feliz término, porque el juez administrativo no encuentra probadas las afirmaciones, luego la solución a este cuello de botella que no le permite al juez moverse con mayor facilidad dentro del proceso, está en quién recaiga la carga probatoria, y si ésta se deja en manos de la administración, será ésta quien deba desvirtuar las afirmaciones, dándole un giro sustancial al proceso en el que no se desconocen los derechos de ninguna de las partes, porque en todo caso debe permitirse el principio de contradicción.

Luego ya no funge de excusa que el demandante no “probó”, y por ello no hay nada que hacer, como se vio, no resultaría lógico en muchos casos exigir la carga de la prueba al demandante cuando la información que tiene resulta incompleta y sesgada, una sola cara de la moneda, que en pocas ocasiones podrá completar, sencillamente porque no la posee.

En concordancia con lo anterior, y buscando otros elementos que coadyuven a fijar los criterios de los jueces para tomar decisiones más justas frente a los actos que ordenan la supresión, en la segunda parte de este análisis, se encontró que en efecto, existen otro tipo de argumentos, diferentes a los legales, que se desprenden de la propia Constitución, y que no tienen reparo alguno para ser el sustento que motive las decisiones de los jueces.

Principios y criterios constitucionales que salvaguardan la estabilidad de la carrera como eje orientador, para que el juez fundamente sus decisiones; si se quiere, una brújula que marca el camino y guía el proceso en aras de la protección a los derechos fundamentales y adquiridos con la inscripción en la carrera administrativa, y habrá que decirlo más acorde con el ordenamiento jurídico y el componente teleológico propio de un Estado Social de Derecho.

De ahí que, se observarán los argumentos que tienen que ver con la estabilidad como principio constitucional; la primacía de los derechos adquiridos en carrera administrativa, la eficacia y eficiencia en la administración como razones justificativas para suprimir el empleo; los daños y cargas que no debe soportar el trabajador; el debido proceso; las providencias inhibitorias y la motivación de los actos administrativos, que constituyan el bloque constitucional y legal, que no tiene nada de novedoso en nuestro ordenamiento, pero que en ocasiones no es considerado en las acciones que adelanta el juez administrativo.

Un poco el llamado, a reiterar con fuerza vinculante y plena aplicabilidad estos criterios en los procesos administrativos en general, pero específicamente en aquellos donde se controvierta la supresión de cargos, finalmente la Constitución es norma de normas y nada tiene de extraño que sus postulados encuentren plena aplicabilidad en estos procesos, un juez más activo y una sociedad más participativa, constituyen la díada necesaria, para enfrentar de manera más holística, integral, sistémica y garante los procesos administrativos laborales.

Aunado a lo anterior, se reconoce que siempre habrá choques frente a la potestad de ordenación y el derecho a la estabilidad porque se limitan recíprocamente, encontrar soluciones intermedias que intenten proteger los derechos que se han consolidado no resulta fácil, pero habrá que pensar siempre que las medidas de supresión de empleos deben ser excepcionales, y que el funcionario no tiene por qué soportar la carga de decisiones y actuaciones negligentes y poco planeadas, así como politiqueras, de favoritismo y burocráticas por parte de la administración; y en tal caso, siempre se buscarán medidas que perjudiquen lo menos posible al funcionario de carrera, pues recuérdese que en últimas se está hablando de un proceso laboral.

El juez administrativo tiene una gran misión que cumplir, y que lo que de él se espera respecto del problema de estudio abordado, no resulta utópico, ni desproporcionado, tampoco es una labor titánica, y heroica, se trata de la aplicación de principios constitucionales vinculantes que deben protegerse y que pueden aplicarse lógicamente a casos concretos, máxime cuando se trata de un proceso de naturaleza laboral, pues la pregunta que debe responderse, a nivel de control jurisdiccional del que aquí se habla, es si el desconocimiento al mínimo fundamental de la estabilidad del empleado público con derechos de carrera, es proporcional o vale la pena en comparación con el logro de la eficiencia y la mejor prestación del servicio comprobados tras la expedición de los actos que conllevan a una supresión de cargos.

Se hace en el presente trabajo una reflexión dedicada a la actitud del Juez frente a casos concretos, en la que tal parece haber sido preponderante la exhibición de resultados notables reflejados en estadísticas, más que en la producción de jurisprudencia que verdaderamente apunte a la solución del conflicto planteado. A tal efecto se muestra en la parte inicial la forma en que habitualmente se ha dado término a las demandas de los ciudadanos víctimas de reestructuraciones estatales y muestra un conjunto de elementos a tenerse en cuenta en un análisis más de fondo de las situaciones.

La misma actitud es acorde con un control a la discrecionalidad de la administración, manifestada en cualquier tipo de decisión encaminada a modificar la planta de personal de una entidad pública. Tal como en su momento se analiza, la discrecionalidad es un elemento necesario en el funcionamiento de cualquier poder, en la medida que el poder, íntegramente reglado es imposible.

Dicha discrecionalidad se manifiesta en el poder de expedir leyes, lo que la Corte Constitucional Colombiana denomina: "Libertad de Configuración Legislativa", se manifiesta en las decisiones judiciales, a partir de la advertencia realista del Juez Holmes y los mismos teóricos clasificados como positivistas, v. gr. H. Hart. En la administración, pese a la existencia del principio de legalidad, a partir del cual todos los actos de la administración se sujetan a unas reglas predeterminadas, García de Enterría advierte claramente sobre la existencia de "conceptos jurídicos indeterminados" que necesariamente suscitan la discrecionalidad.

Para la autora del presente trabajo no se encuentra viable la proscripción de la

discrecionalidad a nivel administrativo, por ser necesaria la ejecución de las políticas públicas con un grado alto de eficiencia en cuanto a resultados se refiere. No obstante, tal como se plantea desde la parte inicial del trabajo, es imposible pasar desapercibido el riesgo latente que dicha discrecionalidad pueda tocar los límites de la arbitrariedad.

La arbitrariedad vista está en el caso concreto como la posibilidad que se apliquen las facultades de modificación y reestructuración de las plantas de personal de una manera sujeta solamente al criterio del respectivo funcionario.

Es el riesgo que advirtieron los Federalistas, cuando diseñaron una Constitución para los Estados Unidos de Norteamérica, sobre la probabilidad de desborde en cualquier poder de los existentes en la Nación.

Y es la misma fórmula desde aquella época utilizada, control del poder por el poder, la que se sugiere en el presente trabajo. El papel del Juez entonces no se reduce al análisis de unas demandas concretas dirigidas a la obtención de una nulidad o semejante, sino que abarca el presupuesto amplio de la evaluación de una actuación por parte de un poder público a partir de las facultades establecidas por la constitución y desarrolladas por la ley en cabeza de los jueces administrativos.

Es ahí donde entra a jugar la estabilidad de los empleados públicos de carrera su papel de mayor relevancia. Si lo que ha sido sacrificado es esa misma estabilidad, el Juez ha de indagar de manera plena y certera en la motivación del acto administrativo, el propósito que se buscó y se obtuvo a fin de identificarlo plenamente, no como una mera enunciación al mejoramiento del servicio o a la modernización del Estado a la manera de un saludo a la bandera sino en cuanto a procura y logro de objetivos tangibles. Dicha estabilidad como asiento principal de cualquier derecho de connotación laboral predicable incluso de las relaciones con el Estado.

Tal estabilidad, respaldada de manera especial por las condiciones de acceso exigidas a los funcionarios que acceden a un cargo público a través de un concurso en el que el mérito entra a ser el criterio de selección.

Pero nuevamente un Juez se vería enfrentado a una dificultad de carácter fáctico relacionada con la fundamentación de la decisión en cualquier sentido por falta de elementos de juicio. Los elementos de juicio echados de menos serían aquellos que permitan dilucidar la existencia de arbitrariedad en la administración y determinar el verdadero propósito de cualquier reestructuración. El Juez sencillamente dirigiría cualquier fallo a dar aplicación a la presunción de legalidad de los actos administrativos sin que se haya evidenciado circunstancia alguna que afecte dicha presunción.

Al margen quedaría entonces cualquier derecho adquirido predicable de la condición de empleado público nombrado en carrera administrativa y la misma estabilidad pasaría desapercibida en la decisión de ese talante.

Claramente al demandante, antes vinculado en carrera administrativa, le quedaría casi

imposible demostrar una motivación política, una conveniencia partidista o clientelista, un favorecimiento o pago de favores o cualquier otro criterio discriminatorio, inmediatista o inconsulto del interés general, cuando aparece la plena documentación que respalda los respectivos actos de la administración en las exigencias formales contenidas en la Ley.

Si el Juez se dirige a la lectura del respectivo acto administrativo, va encontrar que el mismo hace precisa alusión a un estudio técnico, de viabilidad financiera y, en suma a la necesidad de mejoramiento del servicio.

La sentencia que así se profiera será en todo caso adversa a las reivindicaciones pretendidas por el expleado público objeto de la supresión.

¿Qué hace falta entonces?. Por un lado, la motivación de la sentencia a partir de la consideración de la estabilidad de los empleados de carrera y el reconocimiento de tal estabilidad como derecho adquirido.

Por su parte el sacrificio de dicha estabilidad debe obedecer a un total privilegio del interés general materializado en una prestación del servicio en mejores condiciones de eficiencia. Pero en boca del expleado público, e incluso del Juez, dichos postulados pueden quedar vacíos de contenido, por lo que debe ser la administración pública la que entre a demostrar que la motivación del acto administrativo no sea letra muerta.

Ante la demanda de un expleado público que reclama la prevalencia de la estabilidad como derecho constitucional, debe ser invertida la carga probatoria a través del establecimiento de una presunción legal en la que al solicitante le corresponda demostrar la desvinculación y la supresión en sentido formal y a la administración le compete demostrar la verdadera motivación del acto.

Como parte estructuralmente poderosa en la relación legal y reglamentaria, la entidad correspondiente o la autoridad que ha ordenado una supresión, estaría en plena capacidad de demostrar con indicadores de gestión si verdaderamente se propugnó por el mejoramiento del servicio a través de la reestructuración.

Deberá demostrar que dicha supresión era el mecanismo idóneo para el mejoramiento del servicio pretendido y, si existiendo otros mecanismos para alcanzar el mismo fin, fueron tenidos en cuenta en el análisis previo correspondiente.

Debe ser analizado el impacto esperado en cotejo con el obtenido a fin de establecer la proporcionalidad entre el fin propuesto con el sacrificio del derecho a la estabilidad.

La realización de la justicia material en las relaciones laborales públicas, del principio de igualdad en los términos arriba descritos y el miramiento de la estabilidad en el control judicial correspondiente es posible si la administración pública enfrenta la carga de la prueba en los términos atrás descritos. La conclusión final será el ejercicio de la facultad discrecional derivada de la aplicación de las normas constitucionales que disponen la posibilidad de suprimir empleos de la administración pública, de una manera

verdaderamente encaminada al cumplimiento de los fines del Estado, por medio del mejoramiento en la prestación de los servicios a cargo de cada entidad estatal, so pena de encontrar el decaimiento de los actos que le son propios por no pasar el filtro adecuado: el control del Juez.

11. BIBLIOGRAFÍA

1. ALESSANDRO, Pizzorusso. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1.984
2. ALEXI, Robert, *Sobre la ponderación y la Subsunción*. En *Pensamiento Jurídico* No. 16, Universidad Nacional de Colombia, 2006
3. ALEXI, Robert. *EL Concepto y la Validez del Derecho*. Editorial Gedisa, S.A. Barcelona : 1994
4. ALEXI, Robert, *A theory of legal argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Oxford, Clarendon Press, 1989
5. ALEXI, Robert, *Derecho y Razón Práctica*, Introducción, EditorialFontamara S.A, México : 1993
6. ALZATE Ríos,Luis Carlos.“*Temas de Derecho Procesal Administrativo Contemporáneo. El proceso contenciosos administrativo y otros trámites procesales desde una perspectiva garantista*”. Universidad la Gran Colombia, Seccional Armenia, 2011.
7. ARNAIS AMIGO, Aurora, *Ética y Estado*, Universidad Autónoma de México, México : 2004
8. BERNAL PULIDO,Carlos, *El neoconstitucionalismo a Debate*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2006
9. BORRERO, Camilo y otros, *Análisis Jurisprudencial de la Igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, en Pensamiento Jurídico No. 15, Universidad Nacional de Colombia, 2002*
10. CABANELLAS, Guillermo, “*Compendio de derecho laboral*”, Buenos Aires, Biblioteca Omeba, 1968.
11. CALAMANDREI, Piero. “*Elogio de los jueces*” Grupo Editorial Ibáñez, 2012.
12. CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, *El empleo público: entre estatuto funcional y contrato laboral*. Marcial, Pons Michigan, 2001.
13. CASSAGNE, Juan Carlos. *El Principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Marcial Pons, 2009.
14. CRUZ Villalón Jesús, Fernando Valdés Dal- Ré. Ministerio de Justicia. *Lecturas sobre la reforma del Proceso Laboral*. Artes Gráficas Suarez Barcala, S.L. Santa

15. CAPÓN FILAS Rodolfo, *Estabilidad laboral. Aportes*. Revista Científica Equipo Federal del Trabajo - Núm. 47
16. CARRETERO Miramar, José Luis. *La imparable crisis del derecho del trabajo. Nómadas*. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas. 19(3): 415-420, 2008. España: Universidad Complutense de Madrid, 2008. p 3. <http://site.ebrary.com>. Copyright © 2008. Universidad Complutense de Madrid.
17. CONSEJO SUPERIOR DE LAJUDICATURA, *Bloque de Formación de General: Relación Estado-Sociedad*. Eje Nº 1 Transformaciones del Estado Moderno. Unidad 5.
18. CRISTOBAL, Gloria Nielfa, Trabajo, legislación y género en la España contemporánea: los orígenes de la legislación laboral. <http://www.unizar.es/eueez/cahe/nielfa.pdf>. Universidad Complutense.
19. CRUZ VILLALÓN, Jesús, y otros, *Lecturas sobre la reforma del Proceso Laboral*, Artes Gráficas Suarez Barcala S.L. Santa Engracia, 139. 28003 Madrid, 2002.
20. DE LA CUEVA, MARIO, *Derecho Mexicano del Trabajo*, Librería de Porrúa Hnos. y Cia. Av. Rep. Argentina y Justo Sierra México, 1938
21. DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, *Guía de modernización de las Entidades Públicas*, Documento Publicado en Internet: <http://mecicalidad.dafp.gov.co/documentacion/>
22. ESPINOZA Martínez, Carlos Eduardo. *"Supresión de empleo público. Debido proceso y control judicial"* Bogotá, Colombia, 2012.
23. FERRAJOLI, Luigi. Democracia Constitucional y Derechos Fundamentales. La rigidez de la Constitución y sus garantías, en La Teoría del Derecho en el paradigma constitucional. FERRAJOLI Luigi y otros. Madrid. Editorial Fundación Coloquio Europeo.
24. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la administración*, Madrid : Civitas, 2000
25. GEORGE HOLLAND Sabine, *Historia de la teoría política*, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 2000
26. GONZÁLEZ CHARRY Guillermo. *Los orígenes de la estabilidad laboral en Colombia*, Conferencia, 1984
27. GONZALEZ CHARRY Guillermo, *Derecho del Trabajo*. Cuarta Edición Santafé de Bogotá, Editorial Temis 1976

28. GONZÁLEZ PEREZ, Martha Amelia, *¿A partir de la constitución de 1991 se justifica las diferencias en el tratamiento salarial y prestacional de los servidores públicos y los trabajadores particulares? Perspectivas para su unificación*, Tesis de grado para optar por el título de Magíster en Derecho, Universidad Nacional de Colombia, 2012
29. GUERRÓN Ayala, Santiago. *Flexibilidad Laboral en el Ecuador*. Universidad Andina Simón Bolívar. Corporación Editorial Nacional.
30. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Filosofía del Derecho*, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1968
31. HOBBSAWM, Eric, *The Age of Revolution*, Nueva York; New American Library, 1977
32. HOUTART, François. *El camino a la utopía desde un mundo de incertidumbre*. Argentina: CLACSO, 2009
33. LAFONT Francisco, *Tratado de derecho laboral*. Tomo I individual. Ediciones Ciencia y Derecho.
34. LARENZ, Karl. *La Filosofía Contemporánea del Derecho y del Estado*. Ediciones Jurídicas Axel. Bogotá Colombia. 2009
35. LÓPEZ, Andrea. *La administración pública nacional en la Argentina (1983-2001): el impacto de las reformas sobre su estructura y el personal*. Argentina: Red Revista Argentina de Sociología, 2009
36. LURCOVICH, Marcos, *Reingeniería del Estado*, Internet: <http://www.cai.org.ar/>
37. MÉDA, Dominique. *El Trabajo un valor en peligro de extinción*. Ed. Gedisa
38. MORA Salas, Minor. *El riesgo laboral en tiempos de globalización*. Estudios Sociológicos, 21(3): 613-642, 2003. México: El Colegio de México, A.C., 2010
39. OECD, "[Employment in government as a percent of the labour force \(2005\)](#)", *Employment in government in the perspective of the production costs of goods and services in the public domain*", OECD, 28-Jan-2008
40. OJEDA, Aviles. *La Deconstrucción del Derecho del Trabajo*. Editorial Claves la Ley. 2010
41. OSZLAK, Oscar, *Teoría de la burocracia estatal : enfoques críticos*, Buenos Aires : Paidós, 1984

42. PECES BARBA, Gregorio. Reflexiones sobre los derechos sociales en Derechos sociales y ponderación; en ALEXY, Robert y otros. México: Editorial Fontamara, 2007.
43. PÉREZ ESCOBAR, Jacobo, *Derecho Constitucional Colombiano*, Editorial Temis, Bogotá, 2003
44. PIZZORUSSO, Alexandro. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid : 1.984
45. RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. “El derecho administrativo en los albores del siglo XXI. Universidad del Rosario, facultad de Jurisprudencia. Editorial Universidad el Rosario, 2007.
46. RINCÓN CÓRDOBA, Jorge Iván. “Derecho administrativo laboral. Empleo público, sistema de carrera administrativa y derecho a la estabilidad laboral”. Universidad Externado de Colombia. 2009.
47. ROZENBERG, Enrique M., "[Nuevas perspectivas del empleo público](#)", tomada de Errepar, 07/01, (2001). Se encuentra en el sitio web www.legalmania.com
48. SERRANO GÓMEZ, Enrique. *La infraestructura moral del mercado y la democracia: reflexiones a partir de la teoría de Adam Smith*. Colombia: Red Coherencia, 2009
49. SUPIOT, Alain. “*Homo Juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*” Siglo XXI editores Argentina. S.A, 2007.
50. THESING, Josef, *Estado de Derecho y democracia. Una Introducción*. Editorial Konrad Adenauer. 1997
51. TRUJILLO CABRERA, Juan Carlos, *Supresión de Cargos en la Administración Pública*, Librería Ediciones del Profesional, Bogotá D.C., 2005
52. VILLEGAS ARBELÁEZ, Jairo, *Derecho Administrativo Laboral*, Tomo I, Sexta Edición, Editorial Legis, Bogotá 2010
53. VON HAYEK, Friedich, *The Constitution of Liberty: Definitive Edition*, Capítulo: *Freedom in the welfare state* Internet: Books Google

12. JURISPRUDENCIA

1. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN "A" CONSEJERO PONENTE: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO Bogotá D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil once (2011) Radicación No.: 68001-23-15-000-2000-01288-02
2. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-389/11, Magistrado Ponente: JORGE IVAN PALACIO PALACIO Bogotá D.C, diecisiete (17) de mayo de dos mil once (2011).
3. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Radicación número: 05001-23-31-000-1998-1686-01 (1646 -03); CONSEJERO PONENTE: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO Bogotá D.C., siete (7) de abril de dos mil once (2011)
4. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, MP: NILSON PINILLA PINILLA, Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil once (2011)
5. CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO, Sentencia de Marzo 17 de 2011. Exp. 1591-10, Consejero Ponente: Dr. ALFONSO VARGAS RINCÓN, Radicación número: 25000-23-25-000-2004-04050-02(1591-10)
6. CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO, Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ. Bogotá, D.C., tres (3) de marzo de dos mil once (2011) Radicación número: 41001-23-31-000-2000-00168-01(1864-09)
7. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B". Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Bogotá D.C., diez (10) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 68001-23-31-000-2002-01342-01 (401-10)
8. Sentencia Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCIÓN "B"; Consejero Ponente: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Bogotá D.C., tres (3) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 05001 23 31 000 2003 00481 01 (1189-2010)
9. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B". Consejera ponente: BERTHA LUCI RAMIEZ DE PAEZ Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil once (2011) Radicación número: 25000-23-25-000-2004-05423-01(1263-10)

10. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia SU - 917/10 Magistrado Ponente: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO Bogotá, D.C., dieciséis (16) de noviembre de dos mil diez (2010).
11. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B". Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ Bogotá D.C., ocho (8) de abril de dos mil diez (2010).Radicación número: 05001-23-31-000-2000-02667-01(0263-08)
12. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B, 03 de septiembre de 2009; MP: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA
13. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION B. Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá D.C., catorce (14) de agosto de dos mil nueve (2009). Radicación número: 05001-23-31-000-2000-00606-01(2629-07)
14. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-111/09 Magistrada ponente (E): Dra. CLARA ELENA REALES GUTIÉRREZ Bogotá D.C., veinte (20) de febrero de dos mil nueve (2009).
15. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "A". Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO Bogotá, D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil ocho (2008). Radicación número: 25000-23-25-000-1999-06662-01(0847-05)
16. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B" Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ Bogotá, D.C., cuatro (4) de septiembre de dos mil ocho (2008). Radicación número: 25000-23-25-000-1999-05049-01(4169-04)
17. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Radicación: 47001-23-31-000-2009-00332-01; Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON. Bogotá, D.C., veintiséis (26) de junio de dos mil ocho (2008)
18. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A". Consejero ponente: JAIME MORENO GARCIA. Bogotá, D.C., tres (3) de abril de dos mil ocho (2008). Radicación número: 19001-23-31-000-2001-01758-01(5210-04)
19. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA, CONSEJERA PONENTE: DOCTORA BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ, Sentencia de trece (13) de diciembre de dos mil siete (2007).- Radicación: No. 500012331000200100418 01

20. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A" Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON Bogotá, D.C., primero (1º) de noviembre de dos mil siete (2007). Radicación número: 25000-23-25-000-2000-05211-01(1361-04)
21. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "B".Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ. Bogotá, D. C., dieciocho (18) de octubre de dos mil siete (2007). Radicación número: 25000-23-25-000-2001-07828-01(2517-04)
22. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-574 Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA, Bogotá, D.C., veintisiete (27) de julio de dos mil siete (2007).
23. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-384 de 2007, MP: Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA. Bogotá, D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil siete (2007).
24. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C-279 de 2007 MP: Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA Bogotá D.C., dieciocho (18) de abril de dos mil siete (2007)
25. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-653/06 Referencia: expediente T-1345509 Magistrado Ponente: Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO Bogotá D. C., nueve (9) de agosto de dos mil seis (2006)
26. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Salvamento de voto de Sentencia C – 355 de 2006 por el Magistrado RODRIGO ESCOBAR GIL.
27. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C-179 de 2006, Magistrado Ponente: ALFREDO BELTRÁN SIERRA
28. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA, Subsección "B". Consejero ponente: ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO. Bogotá, D.C. treinta (30) de noviembre de dos mil seis (2006). Radicación número: 25000-23-25-000-2001-12066-01 (4077 -04)
29. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN "B" Consejero ponente: ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO (E) Bogotá, D.C., diez (10) de agosto de dos mil seis (2006) Radicación número: 25000-23-25-000-2000-05533-01 (4563 -04)
30. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A" Consejera ponente: ANA MARGARITA OLAYA FORERO Bogotá, D.C., seis (6) de julio de dos mil seis (2006). Radicación número: 25000-23-25-000-2001-07600-01(2268-05)

31. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Consejero Ponente: ALBERTO ARANGO MANTILLA. Bogotá D.C., veintitrés (23) de febrero de dos mil seis (2006). No. de Referencia: 080012331000199800824 01
32. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA-SUBSECCION "A" Consejera ponente: ANA MARGARITA OLAYA FORERO Bogotá, D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil cinco (2005). Radicación número: 08001-23-31-000-1998-02397-01 (2460 -04).
33. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA-SUBSECCION "A" Consejero ponente: ALBERTO ARANGO MANTILLA. Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de mayo de dos mil cinco (2005). Radicación número: 76001-23-31-000-2001-02493-01 (3131 -04)
34. Corte Constitucional, Sentencia T-982/04 Referencia: expediente T-916680. M.P: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL. Bogotá D.C., ocho (8) de octubre de dos mil cuatro (2004).
35. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda sentencia de marzo 25 de 2004 Consejera Ponente ANA MARGARITA OLAYA FORERO, expediente 1686-01, Radicación número: 50001-23-31-000-1998-0260-01 (3440 -02).
36. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda, sentencia de octubre 2 de 2003 Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante
37. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, expedientes D-4427 y 4432, Magistrados Ponentes: Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA Y JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, Bogotá, D. C., primero (1) de octubre de dos mil tres (2003). Sala Plena de la Corte Constitucional
38. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-752/03. Magistrada Ponente: Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ Referencia: expediente T-727626 Magistrada Ponente: Bogotá, D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil tres (2003)
39. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia, MP: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL. Bogotá D.C, trece (13) de agosto de dos mil dos (2002). Referencia: expediente D-3865
40. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-512, MP: Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, Bogotá, D.C., diecisiete (17) de mayo de dos mil uno (2001).
41. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia: C- 093 de 2001, MP: Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

42. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T – 374 de 2000, Magistrado Ponente: ÁLVARO TAFUR GALVIS
43. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C-037 de 2000 Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Referencia: expediente D-2441
44. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-1017 de 1999 Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ Santafé de Bogotá, D.C., diciembre trece (13) de mil novecientos noventa y nueve (1999)
45. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, MP: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ, Santafé de Bogotá, D.C., mayo veintisiete (27) de mil novecientos noventa y nueve (1999).
46. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C-371/99. MP: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO Referencia: Expediente D-2250. Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los veintiséis (26) días de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999)
47. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-321, MP: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Santa Fe de Bogotá, D.C., a los diez (10) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).
48. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-800 de 1998, MP: Vladimiro Naranjo Mesa
49. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, SentenciaSU-250/98 MP: Dr. Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO. Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998)
50. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C-003/98. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá, D.C., veintidós (22) de enero de mil novecientos noventa y ocho (1998).
51. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C-209 MP: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA, Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de abril de mil novecientos noventa y siete (1997).
52. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C-666/96. MP: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO Referencia: Expediente D-1357
53. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C – 095 de 1996, Magistrado Ponente: CARLOS GAVIRIA DIAZ
54. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C-054 de 1996 Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ Santa Fe de Bogotá, D.C., febrero quince (15) de mil novecientos noventa y seis (1996)

55. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia de MP: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA. Santa Fe de Bogotá, D.C., Noviembre dieciséis (16) de mil novecientos noventa y cinco (1995)
56. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C-588 de 1995. M. P. Doctor Antonio Barrera Carbonell.
57. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C – 262 de 1995, Magistrado Ponente: FABIO MORÓN DÍAZ
58. Corte Constitucional. Sentencia No. T-201/95, Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ
59. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C-069 DE 1995 MAGISTRADO PONENTE: DR. HERNANDO HERRERA VERGARA. Santa Fe de Bogotá D.C., veintitrés (23) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995)
60. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C-527 de 1994, Magistrado Ponente: ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO
61. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-524 de 1994, Magistrado Ponente: ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO
62. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C – 299 de 1994, Magistrado Ponente: ANTONIO BARRERA CARBONELL
63. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C- 024/94. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá D.C, veintisiete (27) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).
64. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C – 479 de 1992, Magistrados Ponentes: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO y ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.
65. Sentencia de la Corte Constitucional, MP: José Gregorio Hernández Galindo, Santafé de Bogotá D.C., trece (13) de agosto de 1992
66. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-422 de la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional del 19 de junio de 1.992. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz