REPUBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL DEL PODER PÙLICO
JUZGADO DIECISITE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTA
SECCION SEGUNDA

Bogotá D.C., veinte (20) de mayo de dos mil veinte (2020)

Sentencia No. 6

Nulidad y restablecimiento del derecho Laboral
Proceso No. 110013335017-2015-00869-00
Demandante: Neyith Humberto León Gil[1]
Demandado: Municipio de Sibaté [2]

No evidenciando causal alguna que pueda anular lo actuado y agotadas las etapas previas, se procede a dictar Sentencia de Primera Instancia dentro del proceso de la referencia teniendo en cuenta las siguientes:

DECLARACIONES Y CONDENAS

1.- Declarar nulidad de los siguientes actos administrativos:

.- Decretos No. 037 y 38 del 31 de marzo de 2015 por los cuales se establece la nueva planta de personal en la Alcaldía municipal de Sibaté y se suprime el cargo de celador 477 grado 11 a partir del 30 de abril de 2015, respectivamente.

.- Oficios del 15 y 30 de abril de 2015 por los cuales se comunica la supresión del cargo del demandante

2.- Como consecuencia de lo anterior a título de restablecimiento del derecho se condene al Municipio de Sibaté a reintegrar a NEYITH HUMBERTO LEON GIL al cargo de celador código 477 grado 11 o a otro igual o superior categoría; declarar que no existe solución de continuidad en el ejercicio de cargo que venía ocupando al momento de ser suprimido y, el pago de los emolumentos dejados de recibir desde la fecha de su retiro hasta el reintegro efectivo del servicio.

3.- los valores de la condena deberán actualizarse al momento del fallo, el cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y ss del CPACA y, el pago de intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia.

HECHOS RELACIONADOS CON LA DEMANDA

1.- El señor NETITH HUMBERTO LEON GIL, laboró al servicio del Municipio de Sibate (Cundinamarca), desde el 16 de marzo de 1992 hasta el 24 de abril de 2015, es decir con más de veintitrés años de servicio.
2.- El actor ocupaba el cargo de celador grado 477-11, adscrito a la Secretaría General del Municipio de Sibate.
3.- Mediante el Decreto Municipal No. 37 y 038 se suprimen unos cargos de la planta de cargos de la administración municipal de Sibaté a partir de su notificación, entre otros, el cargo del actor.
4.- La supresión fue notificada mediante Oficio del 15 de abril de 2015 y a través del aviso del 24 de abril del mismo año .
5.- La planta de cargos antes de la reestructuración, contaba con 10 celadores grado 477-11.

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

El artículo 41 inciso 1 de la ley 443 de 1998, dado que los actos no son motivados, fundados en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración basados en estudios técnicos que así lo demuestren.

[1] Notificaciones eliascabelloal@yahoo.es
[2] Notificaciones mnieto1010@gmail.com

El artículo 125 de la Constitución Policía y artículos 2 inc.3 y, 41 inc 1de la Ley 443 de 1998, se ha vulnerado pues era necesario que la entidad realizara un proceso de verificación de los cargos que se encontraran vacantes para suprimir primero estos cargos y no como lo hizo en primer lugar suprimiendo los cargos de carrera.

La administración municipal selecciona indistinta y caprichosamente a los empleados que no gozan de un respaldo político para reemplazarlos por una empresa privada omitiendo sus decisiones con base en el mérito y contrariando el articulo 46 de la ley 909 de 2004 suprime cargos que terminan siendo provistos por una empresa privada de seguridad.

La falta de competencia en el proceso de formación de la voluntad de la administración considerando que el secretario de la alcaldía municipal solo le corresponde comunicar la expresión de voluntad de la administración. Teniendo en cuenta que el alcalde no delegó a ninguno de sus agentes cual de los servidores debían ser retirados, luego el secretario general escogió caprichosamente a los servidores de planta que se encontraban incursos en los cargos suprimidos sin estar facultado El decreto 037 de 2015 por ser un acto general no fue publicado y el decreto 038 por ser un acto particular no fue notificado según los artículos 66, 67 y 69 del CPACA.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada, se opone a la demanda argumentando que la administración municipal cumplió todos los mandatos legales dispuestos para llevar acabo la supresión de cargos de la planta de personal.

Respecto a los hechos, acepta los numerales 1 a 10, frente al hecho 11 señala que no es cierto porque el demandante nace el 23 de diciembre de 1968 y su ingreso a la administración es del 16 de marzo de 1992, razón por la que a la fecha de desvinculación tenia 46 años y 23 años de servicio por lo que no cumple con las condiciones de edad y tiempo para ser considerado prepensionado en los términos del decreto 3905 de 2009 y, tampoco se registra alguna enfermedad catastrófico o condiciones como la de ser padre cabeza de hogar

Respecto a las normas violadas, y al concepto de violación de las mismas, la entidad accionada expresa lo siguiente:

El acuerdo 22 de 2014, revistió al alcalde municipal de Sibaté, de facultades para adoptar una nueva planta de personal. El acuerdo fue revisado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca sin encontrar objeción alguna razón por la que fue aplicada. El alcalde suprimió cargos conforme al acuerdo que lo facultó. El proceso de reestructuración fue adelantado en el año 2014 y su aplicación en el año 2015 en los términos del articulo 46 de la ley 909 de 2004.

Con fundamento en las directrices del departamento de Función Pública la administración municipal realiza el proceso de reestructuración y modernización de la administración. Se realiza un estudio técnico que no requiere de la aprobación de Función Publica por tratarse de una entidad del orden territorial y presenta a consideración del Concejo propuesta de estructura administrativa la cual es aprobada por acuerdo 22 de 2014 en donde se revisten de facultades al alcalde para la adopción de una nueva planta de personal en su articulo 22 para su óptimo funcionamiento. Como consecuencia de ello se expide el decreto 37 del 31 de marzo de 2015 por el cual se establece la nueva planta de personal, el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de la alcaldía municipal de Sibate, el decreto 38 de 2015 por el cual se suprimen unos cargos de la planta de personal de la administración municipal de Sibate y se dictan otras disposiciones,

La secretaria notifica la supresión del cargo conforme con los artículos 65 y ss del CPACA, señalando el procedimiento a seguir, los derechos a que tiene según la ley 909 de 2004, como el optar por la incorporación a un cargo de igual o superior jerarquía o la indemnización en los términos del articulo 44 de la ley 909. El demandante opta por renunciar a la incorporación, razón por la que es indemnizado con 43’962.945 a través del decreto 395 de 2015

Respecto a la supresión del cargo, indica que ésta se fundamentó en que la actividad de celaduría no esta determinada como una función misional además de requerir de licencia expedida por la superintendencia de vigilancia y seguridad privada según el decreto ley 2974 de 1997 orientada a proteger la seguridad ciudadana.

Señala que la administración municipal no realiza contratos de presentación de servicios de vigilancia con personas naturales en razón a que esta modalidad esta prohibida por tratarse de una actividad vigilada y regulada por el estado y esta determina que únicamente las personas jurídicas se encuentras autorizadas por la autoridad competente

El departamento de la función publica formula y determina los lineamientos proceso y procedimientos para adelantar procesos de reorganización administrativa que fundamenta la adopción de estructuras administrativas de acuerdo a la necesidad y capacidad organizacional y presupuestal.

Los actos que soportan el acuerdo municipal y los actos de adopción de estructura administrativa del municipio se fundamentan en los procesos y procedimientos de ley para su promulgación y notificación de acuerdo a lo dispuestos en el articulo 65 y ss del CPACA.

En la demanda se hace referencia a las capacidades y cualidades del demandante las cuales no tienen discusión en este proceso y no se hace referencia ni se evidencian en los decretos los elementos jurídicos que dan origen a la nulidad de los actos administrativos atacados.

El demandante hace referencia a que era beneficiado al reten social, pero en el expediente administrativo no permiten identificarlo como perteneciente a ese grupo poblacional.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

PARTE DEMANDANTE (fls. 113 y ss c.ppal). señala que el municipio no dio cumplimiento al artículo 46 de la ley 909 de 2004, esto es que el estudio técnico no obtuvieron el visto bueno de Función Publica y la ESAP.

Con los documentos allegados al proceso el demandante era beneficiario del reten social al nacer en 1962 y prestar sus servicios a la administración municipal por mas de 21 años, esto es contaba con 53 años de edad y todas sus expectativas para adquirir su derecho de pensión de vejez.

Dentro del proceso de reestructuración la administración no le dio la posibilidad de reubicar al demandante dentro de la misma entidad

Se encuentra demostrada la falta de competencia del secretario general del municipio para suscribir los actos de supresión

No hubo mejoramiento del servicio toda vez que las funciones desempeñadas por el demandante son las mismas desempeñadas por la empresa de vigilancia contratada

PARTE DEMANDADA (fls. 216 y ss). La entidad señala que conforme con el articulo 91 de la ley 136 de 1994 el alcalde tiene facultades para suprimir o fusionar entidades o dependencias según los acuerdos respectivos. En los términos del articulo 46 de la ley 909 de 2004, modificado por el articulo 228 del decreto nacional 019 de 2012 los estudios técnicos para la modernización de plantas de personal del orden territorial no requieren aprobación de ninguna entidad.

El estudio técnico sobre la modificación de la planta de personal conforme con el decreto 1227 de 2005 se basó en las metodologías de diseño organizacional y ocupacional y tuvo en cuenta los análisis de procesos técnico misionales, de evaluación de la prestación de servicios, de funciones, perfiles y cargas de trabajo

El decreto 38 se funda en el estudio técnico realizado por la corporación nacional de apoyo a la gestión administrativa publica y, la supresión de los cargos de celaduría se fundamentó en que la actividad no está determinada como una función misional del ente municipal y considerando estos procesos especiales exigen la prestación del servicio al amparo de una licencia o credencial otorgada por la superintendencia de vigilancia y seguridad privada

Por último, señala que el demandante de manera libre y voluntaria decidió optar por la indemnización administrativa.

CONSIDERACIONES

A través de este medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se busca tanto el mantenimiento de la legalidad, mediante la anulación del acto administrativo cuando desatienda el ordenamiento legal, como la protección del derecho subjetivo amparado por una determinada norma jurídica o la reparación del daño causado con esa misma ocasión. Para su configuración, se requiere de la presencia de tres elementos esenciales, a saber: i) la existencia de un derecho; ii) la expedición de un acto administrativo y iii) la violación de un derecho a causa de la actuación administrativa.

DE LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA.

Se ha dicho tanto por la doctrina y la jurisprudencia del H. Consejo de Estado[3], que la legitimación en la causa es la titularidad del derecho mismo, de modo que la cualidad en virtud de la cual una pretensión puede y debe ser ejercitada contra una persona en nombre propio, se llama legitimación para obrar; activa para aquel que puede perseguir judicialmente el derecho y pasiva para aquel contra el cual ésta se ha de hacer valer, que también se llama la legitimación para contradecir.

La legitimación sólo existe cuando demanda quien tiene por Ley sustancial facultad para ello, es entonces, la idoneidad de una persona para estar en juicio, inferida de su calidad en la relación sustancial que es materia del proceso.

Por activa la tiene el demandante, quien se considera perjudicado por una omisión imputable a una autoridad pública, de cuya supuesta antijuridicidad pretende obtener la nulidad de un acto administrativo y el consecuencial restablecimiento del derecho.

DE LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA. El presupuesto referido a la parte pasiva está correctamente determinado, y es el MUNICIPIO DE SIBATE, a quién se le imputa la causa eficiente del supuesto daño antijurídico sufrido por el actor.

Ahora bien, respecto a la CADUCIDAD DE LA ACCIÓN, considera el despacho que esta no prospera dado que el actor tenía hasta el día 27 de noviembre de 2015 para interponer el medio de control contra los actos acusados, tal como efectivamente lo hizo, si se tiene en cuenta que los cuatro meses de que habla el artículo 137 del C.P.A.C.A para instaurar la acción se cuentan a partir del día siguiente a la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto administrativo, es decir en el caso concreto a partir del 27 de abril 2015, términos que se suspenden desde el 24 de agosto hasta el 23 de noviembre de 2015 con ocasión a la solicitud de conciliación extrajudicial .

Superada esta etapa, se procederá al respectivo análisis de fondo.

PROBLEMA JURÍDICO:

¿Una persona nombrada en un cargo de carrera tiene derecho a ser reintegrada cuando el cargo que venía desempeñando fue suprimido con ocasión a una reestructuración?

Para resolver la litis, el despacho procederá a analizar la autonomía de la entidad territorial para efectuar las modificaciones de la planta de personal; el proceso de reestructuración de la entidad demandada, para luego determinar si la supresión del cargo fue efectuado conforme a las pautas trazadas por el ordenamiento

[3] Ver sentencias: i)CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejera ponente: MARIA ELENA GIRALDO GÓMEZ, Bogotá, D. C., veintidós (22) noviembre de dos mil uno (2.001). Radicación número: 52001-23-31-000-1994-6158-01(13356), Actor: BENHUR HERRERA V. Y CIA. LTDA.Demandado: CENTRALES ELECTRICAS DE NARIÑO S. A. ii) CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A"., Consejero ponente: NICOLAS PAJARO PEÑARANDA., Santafé de Bogotá D.C., diez (10) de febrero de dos mil (2000), Radicación número: 14364, Actor: JORGE CAPUTO MORENO, Demandado: CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA iii) CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA, Bogotá, D. C., veintisiete (27) de marzo de dos mil ocho (2008), Radicación número: 08001-23-31-000-1999-00871-01, Actor: JUAN SUAREZ SARMIENTO Y OTROS, Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, Referencia: APELACION SENTENCIA

constitucional, legal vigente y, en el caso concreto, si el demandante tenía o no derecho a ser reincorporado a la planta de personal.

LO QUE SE ENCUENTRA ACREDITADO EN EL EXPEDIENTE

Se encuentra acreditado en el expediente lo siguiente:

1.- Vinculación al servicio

Conforme con el decreto 15 del 12 de marzo de 1992, el demandante es nombrado por el Municipio de Sibate como celador nivel asistencial código 477 grado 11 Mediante resolución No. 143 del 9 de marzo de 1994 fue inscrito por la Comisión de Servicio Civil

Con el decreto 38 de 2015 se suprimen algunos cargos de la planta, dentro de ellos dos cargos de celador de nivel asistencial cógido 477 grado 10 y 11 folio 22

2.- Modificación de la estructura y planta de personal de la Administración Central Municipal de Sibate.

Acto de supresión del cargo

A folio 22-23 del expediente obra el decreto 038 de 2015 por el cual se suprimen unos cargos de la planta de personal de la administración municipal de Sibaté

Allí se consigna que del estudio técnico elaborado de que trata el artículo 46 de la ley 909 de 2004 se encuentran una serie de aspectos que deben ser ajustados a las necesidades actuales de la entidad con el propósito de contar con una estructura administrativa, eficiente ágil y funcional

Expresa que el H. Concejo municipal de Sibate mediante acuerdo 22 de 2014 modificó la estructura orgánica de la alcaldía municipal de sibate y de otra parte, por el decreto 037 de 2015 la administración municipal estableció una nueva planta de personal.

De otra parte, se pone de presente que por consulta a la superintendencia de vigilancia y seguridad privada sobre la permanencia en nómina de personal para prestar vigilancia a los bienes de la entidad, el servicio de potería, consejería o contratar directamente personal operativo para el cuidado y protección de un determinado lugar, configura una actividad ilegal que acarrea sanciones legales según lo establecido en el artículo 91 del decreto ley 356 de 1994.

Que para una mayor funcionalidad se hace necesario suprimir unos cargos de la planta de personal de la alcaldía municipal por supresión de funciones y que existiendo apropiación suficiente para sufragar los gastos que por indemnización y prestaciones sociales que se causen se dispuso la siguiente:

ARTÍCULO 1º : SUPRIMASE de la planta de personal de la administración municipal los siguientes cargos por razones de reestructuración administrativa

(…)

Numero de cargos	Denominación del cargo	CÓDIGO	Grado	Nivel
	Secretaria general			
10	Celador	477	11	Asistencial
01	Celador	477	10	Asistencial

ARTICULO 2º Para efectos del cumplimiento del presente decreto, ordénese al secretario de hacienda o quien haga sus veces efectuar en el debido momento el pago de todos los conceptos salariales y prestacionales legales que se causen, como consecuencia de lo anterior y de acuerdo con lo estipulado en el artículo 1º del presente decreto a todos los servidores a quienes se les suprima el empleo.

ARTICULO 3º ordénese al secretario de hacienda o a quien haga sus veces a liquidar y pagar las indemnizaciones previstas por la ley a quienes por efecto del articulo 1º del presente decreto tengan o se acojan a ese derecho, de acuerdo con los lineamientos normativos vigentes y previo cumplimiento de los procedimientos presupuestales respectivos

ARTICULO 4º los servidores públicos que se encuentren en situaciones administrativas legalmente aceptadas por la entidad realizaran la formalización de su desvinculación una ves finalicen estos

(…)

3.- Retiro del servicio por supresión del cargo y su comunicación.

Conforme con lo anterior mediante Oficio 039-2015-TRD100.7 del 30 de abril de 2015 el secretario general comunica la supresión del cargo ejercido al demandante como celador código 477 grado 11 de la planta de personal de la administración municipal.

ANÁLISIS NORMATIVO

PROCESO DE REESTRUCTURACIÓN COMPETENCIA PARA LA ADOPCIÓN Y REFORMA DE LA PLANTA DE PERSONA

Se encuentra radicada la competencia para modificar de la planta de personal del Municipio de Sibate en su Alcalde?

Es necesario indicar que de conformidad con el artículo 315 de la Constitución Política, es atribución del Alcalde suprimir o fusionar entidades y dependencias, así como crear, suprimir o fusionar los empleos de las mismas. Textualmente el citado artículo señala:

> *"Art. 315.- Son atribuciones del Alcalde:*
>
> *(…)*
>
> *4) Suprimir o fusionar entidades y dependencias municipales, de conformidad con los acuerdos respectivos.*
>
> *(…)*
>
> *7) 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.".*

De la misma manera, el artículo 313 de la Carta Superior prescribe:

> *"Art. 313. Corresponde a los concejos:*
>
> *(…)*
>
> *6) 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."*

De acuerdo con lo anterior, corresponde al Concejo Municipal determinar la estructura básica de la administración, pero es al Alcalde a quien corresponde la creación, supresión o fusión de los empleos dentro de la organización determinada por el Concejo, sin que sea necesario para ello contar con autorización alguna, pues dicha facultad se la otorga la propia Constitución Política, por lo tanto, el despacho desestima este argumento.

Al gozar la entidad demandada de autonomía administrativa detenta de la posibilidad de determinar su propia estructura organizacional y su propia planta de personal.

En sentencia C-370 de 1999, MP Carlos Gaviria Díaz, Consideración 4, se concluyó que era natural que la ley no exigiera un concepto previo del Departamento Administrativo de la Función Pública para que una entidad territorial procediera a reformar su planta de personal. Dijo entonces esta Corte:

> "*Así las cosas, la conformación de las plantas de personal a nivel territorial es una labor que desarrollan, en cada una de sus jurisdicciones, los respectivos Gobernadores y Alcaldes, de acuerdo con lo estipulado previamente por las Asambleas y los Concejos correspondientes. Entonces, si el legislador hubiera exigido la aprobación previa de las reformas que se hagan a esas plantas de personal, por parte del Departamento Administrativo de la Función Pública, estaría interfiriendo indebidamente en un asunto que es de competencia exclusiva de esas autoridades locales, lo cual constituiría una flagrante violación de los cánones constitucionales antes citados y, obviamente, de su autonomía.*
>
> *Sin embargo, esa autonomía no significa que el legislador no pueda establecer algunas pautas o reglas generales a las cuales deban sujetarse las autoridades departamentales y municipales para esos efectos, pues es la ley la que regula la carrera administrativa, según lo ordena el artículo 125 del estatuto superior. Además, no se olvide que la autonomía debe ejercerse dentro de los límites que establece la Constitución y la ley, siempre y cuando esta última no afecte su núcleo esencial*."

De lo anteriormente establecido se colige que tanto la Constitución como la ley permiten las modificaciones de las plantas de personal por parte de administraciones municipales por razones de interés general, ya que el Estado se encuentra legitimado para suprimir cargos y reestructurar sus propias instituciones.

En tales eventos, ha dicho la jurisprudencia, la indemnización "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[4]", no traduciendo la indemnización, en un sacrificio desproporcionado de los derechos de los empleados de carrera pues, como lo indica el propio artículo 39 de la Ley 443 de 1998, en caso de que no sea posible la incorporación, entonces el empleado de carrera a quien se le suprima el cargo, tendrá derecho al reconocimiento y pago de la correspondiente indemnización.[5]

MODIFICACIONES A LA PLANTA DE PERSONAL

Respecto a las modificaciones a las plantas de personal, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado en sentencia del 27 de abril de 2006 con Ponencia de la Consejera ANA MARGARITA OLAYA FORERO ha establecido:

> *(…) Cuando ocurre una supresión real de empleos por reducción del número de cargos, la entidad goza de* ***facultad discrecional para decidir a quienes retira del servicio y a quienes conserva en la nueva planta de personal****. Tal discrecionalidad se debe entender como la facultad para expedir los actos que niegan la incorporación sin motivación expresa. Sin embargo esa facultad no puede ser ejercida de forma arbitraria, porque debe adecuarse a los fines de las normas que la autorizan y debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa (artículo 36 del C.C.A.).*
>
> ***Cuando se trata de funcionarios de carrera administrativa,*** *las normas asignan el derecho a la incorporación inmediata en los cargos que subsisten en la nueva planta, siempre que existen vacantes o cuando los cargos que subsisten estén ocupados por empleados provisionales o encargados. 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 personal a una persona con menor derecho al que corresponde al empleado escalafonado.*

4 Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 1999. MP Carlos Gaviria Díaz, Consideración 5. En el mismo sentido, ver, entre otras, las sentencias C-479 de 1992, C-104 de 1994, C-527 de 1994 y C-522 de 1995.
5 Corte Constitucional C-994-00

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 que le otorga un mejor derecho. 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.***

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, o el retiro definitivo con indemnización.

Nótese que tal opción es posterior a la decisión de supresión del cargo, y posterior a la decisión de incorporación en la nueva planta de personal. Es decir, cuando la administración ofrece al funcionario la alternativa de ley, te está notificando que su derecho de incorporación inmediata resultaba inferior al de otras personas que fueron incorporadas en la nueva planta de personal.

Por ello la indemnización por supresión del empleo, en las condiciones anotadas, no se puede entender como una especie de "transacción" o de aceptación de la legalidad del proceso previo a dicho pago.

Bien puede el funcionario retirado, acusar la legalidad del proceso de supresión previo al pago de la indemnización por cualquier causa, aunque haya recibido el valor de tal indemnización. Lo que no podría hacer, es solicitar el reintegro posterior en vacantes que se produzcan dentro de los seis meses siguientes la retiro, ni impugnar las incorporaciones que dentro de esos seis meses haga la entidad en los cargos equivalentes, porque esa precisamente fue la opción a la cual renunció."

CASO CONCRETO

El artículo 41 de la ley 443 de 1998, respecto a las modificaciones de las plantas de personal, exige motivación expresa; fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración y basarse en estudios técnicos elaborados por las respectivas entidades, la Escuela Superior de Administración Pública, firmas especializadas en la materia, o profesionales de administración Pública u otras profesiones idóneas, debidamente acreditados.

El artículo 149 del decreto 1572 de 1998, por el cual se reglamentó la ley 443 de 1998, modificado por el 7º del decreto 2504 de 1998, así mismo establece que se entiende que la modificación de una planta de personal está fundada en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración, cuando las conclusiones de estudio técnico de la misma deriven en la creación o supresión de empleos con ocasión, entre otros de: 1. Fusión o supresión de entidades. 2. Cambios en la misión u objeto social o en las funciones generales de la entidad. 3. Traslado de funciones o competencias de un organismo a otro. 4. Supresión, fusión o creación de dependencias o modificación de sus funciones. 5. Mejoramiento o introducción de procesos, producción de bienes o prestación de servicios. 6. Redistribución de funciones y cargas de trabajo. 7. Introducción de cambios tecnológicos. 8. Culminación o cumplimiento de planes, programas o proyectos cuando los perfiles de los empleos involucrados para su ejecución no se ajusten al desarrollo de nuevos planes, programas o proyectos o las funciones de la entidad. 9. Racionalización de gasto público. 10. Mejoramiento de los niveles de eficacia, eficiencia, economía y celeridad de las entidades públicas. Parágrafo. Las modificaciones de las plantas a las cuales se refiere este artículo deben realizarse dentro de claros criterios de razonabilidad, proporcionalidad y prevalencia del interés general

Y, el artículo 154 del decreto 1572 de 1998, por el cual se reglamentó la ley 443 de 1998, modificado por el 9º del decreto 2504 de 1998, indica que los estudios que soportan las modificaciones a 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.

En el caso que hoy se estudia, la parte demandante alega dos grandes cargos de nulidad en contra de los actos administrativos acusados: (i) DESVIACIÓN DE PODER, ii) FALTA DE COMPETENCIA (iii) FALSA MOTIVACIÓN.

DESVIACIÓN DE PODER

PRIMER PROBLEMA QUE PLANTEA LA DEMANDA

Sin ninguna clase de medición técnica o laboral el alcalde de Sibate en el proceso de supresión de empleos decide suprimir el cargo del demandante sin considerar que era de carrera y prepensionado, circunstancia que lo hace merecedor a la preferencia que estipula ley 443 de 1998

Como quiera que se suprimieron todos los cargos de celador el despacho no evidencia una desviación de poder pues ningún cargo quedó en la planta municipal

Nuestro H. Consejo de Estado, ha determinado sobre la desviación de poder lo siguiente:

> "*La desviación de poder tiene lugar cuando un acto fue expedido por un órgano o autoridad competente y con las formalidades debidas, pero que en realidad persigue fines distintos a los que ha fijado el ordenamiento jurídico y que se presumen respecto de dicho acto; esta circunstancia vicia el acto porque la autoridad ejerce sus atribuciones conferidas por la ley con una finalidad diferente de la prevista por ella, bien en beneficio personal o de un tercero. Por lo tanto, siendo premisa fundamental que los funcionarios deban actuar teniendo en cuenta el interés general, cuando obran con un fin distinto del autorizado, desligado del interés general, de los principios que guían a la administración y de la buena marcha del servicio y función públicas asignadas, con el propósito de favorecer intereses propios o de terceros, están desviando el poder que se les atribuyó, circunstancia que hace anulable el acto (art. 85 C.C.A).*"[6]

Igualmente ha establecido el Alto Tribunal, que quien tiene la carga de la prueba para demostrar la desviación en comento, es de quien alega el cargo:

> "*Si bien, el demandante alegó que el acto de remoción adolecía del señalado vicio, lo cierto, es que no obstante asistirle la carga de la prueba de acuerdo a lo establecido en el artículo 177 del C.P.C., de ninguna manera demostró que éste fue el resultado de razones ajenas o distintas al fin señalado por el Legislador que permitieran establecer en su expedición una intención particular, personal o arbitraria por parte quien expidió el acto de remoción*"[7].

Como ya se expresó en el acápite de análisis normativo de las consideraciones de esta providencia, la entidad goza de facultad discrecional para decidir a quienes retira del servicio y a quienes conserva en la nueva planta de personal.

En torno a la condición de sujeto prepensionado, la Corte delimitó el concepto para efectos de la protección reforzada reconocida por el legislador, en la sentencia C-795 de 2009:

"(i) [Definición de prepensionado:] (…) tiene la condición de prepensionado para efectos de la protección reforzada reconocida por el legislador a sujetos de especial vulnerabilidad, en el contexto de procesos de renovación de la administración pública, el servidor público próximo a pensionarse al cual le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez".

"(ii) El momento a partir del cual se [debe contabilizar] el parámetro temporal establecido para definir la condición de prepensionado (…) En relación con el (…) momento histórico a partir del cual se contabilizarían

6 CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección "B". C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia de 28/05/2012. Exp. Rad. No. 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489).

7 CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. C.P. Dr. Gustavo Gómez Aranguren. Sentencia del 27/01/2011. Exp. Rad. No. 85001-23-31-000-2004-01989-02(0730-08).

esos tres (3) años [previos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez], este debe adecuarse al nuevo contexto normativo generado por la expedición de la Ley 812 de 2003 y el pronunciamiento de la Corte efectuado en la sentencia C-991 de 2004 sobre esta norma. En ese nuevo marco, la jurisprudencia ha estimado que el término de tres (3) años o menos, debe contabilizarse a partir de la fecha en que se declara la reestructuración de la entidad de la administración pública[8]"

En el caso estudiado encuentra el despacho el demandante nace el 23 de diciembre de 1968, razón por la que al 30 de abril de 2015 tenia 47 años de edad y casi 23 años de servicio, luego en los términos de ley 100 no estaba próximo para pensionarse.

La protección especial en razón a la condición de sujeto "pre pensionado", resulta aplicable siempre y cuando el servidor público esté próximo a pensionarse, es decir, le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez", por lo tanto, quien para la fecha de retiro del servicio ya tiene consolidado su estatus pensional, no se encuentra en la situación fáctica de sujeto pre pensionable, aunque sí goza de otro tipo de garantía otorgada por el legislador para la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social, la cual se encuentra establecida en la Ley 797 de 2003, en su artículo 9, parágrafo 1, al establecer que los fondos encargados tienen el deber de reconocer la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho, motivo por el cual la persona no quedará desamparada, pues tendrá derecho a disfrutar de la pensión.(Resaltado fuera de texto)

FALTA DE COMPETENCIA

Alega la parte actora, que se configura esta causal de nulidad, por cuanto, el secretario general del municipio de Sibate no esta facultado para firmar actos de supresión. Referente a este asunto como se ha analizado con anterioridad el acto de supresión no fue realizado por el secretario general si por el alcalde de sibate con la expedición de la resolución 38 de 2015 a través del cual se suprimen todos los cargos de celador código 477 grado 10 y 11 que dependen de la secretaria general. El oficio suscrito por el secretario es el acto de comunicación de la anterior decisión porque se circunscribe a su contenido.

FALSA MOTIVACION

Señala el demandante la falta de mejoramiento del servicio en razón a que las funciones desempeñadas por la empresa de vigilancia son las mismas funciones desempeñadas por el demandante.

El acto administrativo funda su decisión en el articulo 91 del decreto ley 356 de 1994, disposición que señala lo siguiente :

Las personas naturales, jurídicas o entidades oficiales que contraten servicios de vigilancia y seguridad privada, con empresas que no tengan licencia de funcionamiento, o que la misma se halla vencida, serán sancionadas por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada. La anterior disposicion fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-893-06 de 1 de noviembre de 2006, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Los servicios de vigilancia y seguridad solamente pueden prestarse mediante la obtención de licencia o credencial expedida por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, con base en potestad discrecional, orientada a proteger la seguridad ciudadana. La Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada con base en esa misma potestad, podrá suspender o cancelar la licencia o credencial expedida.

Como quiera que tal disposicion normativa no ha sido declarada inexequible es de obligatorio cumplimiento razon por la que el acto demandando se encuentra debidamente motivado por una disposicion legal que justifica la imposiblidad de contratar directamente personal operativo para el cuidado y protecciòn de un determnado lugar, pues lo anterior es una actividad ilegal.

Teniendo en cuenta que los actos acusados no violaron las normas superiores invocadas en la demanda, además de expedirse conforme a los estudios técnicos tendientes a la modernización del servicio público; que no se expidieron con fines contrarios al buen servicio y al interés general, ni que estuvieron incursos en desviación de poder o falsa motivación, por lo que de acuerdo a las reglas de la sana crítica no se pudo desvirtuar la presunción de legalidad que ampara al acto demandado, el despacho negará las pretensiones de la demanda.

No se condenará en costas a ninguna de las partes por cuanto su actividad se ciñó a los principios de lealtad y buena fé procesales

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el juzgado diecisiete (17) Administrativo Oral de Bogota, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- **NEGAR** las pretensiones de la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho instaurada por NEYITH HUMBERTO LEON GIL, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.182.483 contra el MUNICIPIO DE SIBATE, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del fallo

SEGUNDO.- EJECUTORIADA esta providencia, LIQUIDENSE los gastos del proceso y ARCHIVENSE las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el sistema siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE