

SUPRESION DE CARGO -Indemnización / DERECHO PREFERENCIAL – Empleado de carrera administrativa

Para la fecha de expedición de los actos administrativos demandados se encontraba vigente la Ley 27 de 1992 en materia de administración de personal al servicio del Estado, de la cual se desprende el derecho preferencial que asiste a los empleados que se encuentran inscritos en el escalafón de carrera administrativa en caso de que su cargo sea suprimido, frente a aquellos que no gozan de la misma prerrogativa. Es así como el artículo 8° dispone: ARTÍCULO 8o. INDEMNIZACIÓN POR SUPRESIÓN DEL EMPLEO. Los empleados inscritos en el escalafón de la carrera administrativa, incluidos los del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, cuyos empleos sean suprimidos, podrán acogerse a: 1o. El reconocimiento y pago de una indemnización, en los términos y condiciones que establezca el Gobierno Nacional. 2o. La obtención de un tratamiento preferencial, en los términos establecidos en el Decreto ley 2400 de 1968, artículo 48 y decretos reglamentarios. En todo caso, si transcurridos seis (6) meses no fuere posible revincular al funcionario en otra dependencia de la entidad donde hubiere un cargo vacante similar o equivalente, éste tendrá derecho a la indemnización establecida en el numeral 1o. del presente artículo. PARÁGRAFO. Aquellos funcionarios a quienes se les suprima el cargo en virtud de la expedición de leyes de redefinición de competencias, no tendrán derecho a la indemnización prevista en el presente artículo, siempre que dicha supresión se efectúe dentro de los seis (6) meses siguientes a la iniciación de la aplicación de la respectiva ley de redefinición de competencias. Sobre aceptar la indemnización por supresión del cargo la Sala ha sostenido en diversas oportunidades que no impide estudiar la legalidad de los actos de supresión. En caso de que el Juez Administrativo que se deben anular, lo procedente es ordenar que en la liquidación de la condena se descuenten los valores pagados por dicho concepto.

FUENTE FORMAL: LEY 27 DE 1992 – ARTICULO 8

SUPRESION DE CARGO – Empresa de servicio temporal / FUNCIONES PERMANENTES – Contrato de prestación de servicios / CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS – Modalidad de vinculación estatal excepcional / DESVIACION DE PODER – No busca el mejoramiento del servicio / DERECHO PREFERENCIAL – Vulnerado / DERECHO DE CARRERA – Vulnerado

Es claro que para la fecha en la que el actor fue retirado por supresión del cargo, se desempeñaba en el mismo empleo personal vinculado a través de empresas temporales, quienes continuaron desarrollando funciones con posterioridad al retiro del demandante. Sobre la celebración de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones permanentes propias de las entidades públicas, es preciso tener en cuenta que el Decreto 2400 de 1968 modificado por el Decreto 3074 de 1968 dispone en el artículo 1°, lo siguiente: “(...) para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones”. Es claro que las normas que regulan la materia han establecido la prohibición de contratar personal temporal para el desarrollo de funciones inherentes a la misión de la Entidad, con el fin de impedir que se desnaturalice la contratación estatal, y además como una medida de protección a la relación laboral. En efecto, las disposiciones transcritas conservan como regla general de acceso a la función pública a través del empleo público, mientras que el contrato de prestación de servicios es una modalidad de vinculación estatal excepcional, que se justifica en la medida en la que se trate de un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores propias de la entidad o que sean parte de ellas, pero no pueden ejecutarse con empleados de planta o que requieren conocimientos especializados. Lo anterior quiere decir que con la actuación descrita la Administración incurrió en desviación de poder, toda vez que con la supresión de

cargos no buscó el mejoramiento del servicio, sino que perseguía desconocer los derechos laborales de quienes se desempeñaban como Operarios de Servicios Varios, que tenían a cargo funciones propias de la Entidad, incurriendo en la prohibición legal antes referida. Lo anteriormente expuesto, lleva a la Sala a la conclusión de que la presunción de legalidad del acto acusado fue desvirtuada puesto que con su expedición se vulneraron los derechos que como empleado de carrera tenía el actor, razón por la cual procede la declaratoria de nulidad y el consecuente restablecimiento del derecho, lo que conlleva a la confirmación de la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia por encontrarse ajustada a derecho.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de junio de dos mil doce (2012)

Radicación número: 05001-23-31-000-1998-00290-01(0885-10)

Actor: JHON JAIRO PATIÑO CAMPUZANO

Demandado: FÁBRICA DE LICORES Y ALCOHOLES DE ANTIOQUIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 28 de septiembre de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

ANTECEDENTES

JHON JAIRO PATIÑO CAMPUZANO por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demandó del Tribunal Administrativo de Antioquia, se declare la nulidad de los Decretos Nos. 2563 de 19 de septiembre y 2848 de 2 de octubre de 1997 expedidos por la Gobernación de Antioquia, por los cuales se suprimió el cargo que venía desempeñando el actor en la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, como Operario de Servicios Varios nivel 1, grado 2.

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

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

Como hechos en que fundamenta sus pretensiones, señala los siguientes:

El señor JHON JAIRO PATIÑO CAMPUZANO prestó sus servicios como Operario de Oficios Varios en la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia desde el 10 de diciembre de 1996. Se encontraba inscrito en carrera administrativa.

Mediante Decreto 2848 de 2 de octubre de 1997, se suprimió el cargo Operario de Oficios Varios que desempeñaba, con vulneración de los derechos de carrera administrativa que le asisten al actor en virtud de la Ley 27 de 1992. En su última evaluación de desempeño obtuvo una calificación de 727/1000.

El 3 de octubre de 1997 en las horas de la tarde fue convocado a una reunión en la cual se le notificó de la supresión del cargo, poniéndole de presente las opciones de indemnización o incorporación.

Para la fecha de presentación de la demanda existe personal en calidad de temporal que desarrolla las mismas funciones del actor.

Normas violadas y concepto de la violación.-

Como vulnerados invocó el Preámbulo y los artículos 1º, 4, 6, 13, 21, 24, 25, 28, 30, 54 y el Título IV del Capítulo 2 de la Constitución Política; artículos 44, 45, 48, 76, 77, 85, 135, 149 y 206 del Código Contencioso Administrativo; la Ley 27 de 1992 y los Decretos Reglamentarios 1221 de 1993, 1222 de 1993, 1224 de 1993, y 2329 de 1995.

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

El Decreto 2848 de 1997 está viciado de nulidad, puesto que fue expedido con desconocimiento de la Ley 27 de 1992, al suprimir cargos que desempeñaba personal de carrera administrativa para reemplazarlo por provisionales, con el fin de satisfacer los intereses del gobernante de turno.

Asimismo, la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia excedió el término máximo en que puede permanecer personal en provisionalidad en empleos de carrera administrativa, teniendo en cuenta que desde hace aproximadamente 2 años, empleados temporales, no inscritos en carrera, desarrollan las funciones de Operarios de Oficios Varios y Operarios de Sostentamiento, no obstante los cargos suprimidos fueron aquellos cuyos titulares se encontraban inscritos en el escalafón y permaneció el personal en provisionalidad.

De acuerdo con lo anterior el acto demandado está afectado de falsa motivación, toda vez que el cargo no fue suprimido, sino que se dio una reducción de la planta de personal.

Por último agregó que el acto fue indebidamente notificado.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Antioquia accedió a las pretensiones de la demanda, y ordenó el reintegro del actor al cargo de Operario de Oficios Varios Nivel 1 Grado 2, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir durante su retiro, con fundamento en las siguientes consideraciones:

En lo que tiene que ver con el cargo de indebida notificación alegada por el demandante señaló que aquella se dio en el transcurso de la reunión convocada en la Gobernación de Antioquia con presencia de todos los funcionarios cuyos cargos fueron suprimidos, y en ella se le dieron a conocer las opciones que le asistían en razón a su condición de empleado inscrito en carrera administrativa, razón por la que consideró que el acto había sido debidamente notificado.

En relación con el fondo del asunto encontró el Tribunal que la supresión del cargo del actor fue dispuesta en ejercicio de las competencias conferidas por el numeral 7° del artículo 305 de la Constitución Política, y en tal virtud se encuentra ajustada a la normatividad, por este aspecto.

No corre lo mismo en la alegada violación a los derechos de carrera administrativa del señor Jhon Jairo Patiño Campuzano, pues con fundamento en las pruebas aportadas al plenario está demostrado que la entidad celebró contratos con personal temporal para el desarrollo de las mismas funciones que desempeñaba el actor, sin embargo, y pese al trato preferencial que frente a aquellos empleados debía tener éste por estar inscrito en carrera administrativa fue desvinculado, motivo suficiente para declarar la nulidad de los actos acusados.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandada interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia y en su lugar se denieguen las pretensiones de la demanda por lo siguiente:

La administración pública está facultada para adecuar su funcionamiento a las necesidades del servicio y en consecuencia tiene la posibilidad de modificar la planta de personal cuando las necesidades públicas lo impongan, para lo cual puede crear, reorganizar y suprimir cargos, con el fin de cumplir con los fines impuestos por el artículo 209 de la Constitución Política.

El artículo 300 numeral 7° ibídem, faculta al Gobernador para suprimir cargos, incluso si son de carrera administrativa.

Si bien existía personal vinculado a través de una empresa de servicios temporales, y al actor le asistía el derecho preferencial a ser reincorporado, lo cierto es que dichos contratos fueron terminados por vencimiento, además, el actor no hizo ninguna manifestación sobre la opción a la que deseaba acogerse (indemnización o la incorporación), con el fin de recibir la indemnización y posteriormente demandar.

Al dictar la sentencia después de doce años se causan perjuicios irreparables en la parte fiscal a la administración.

Solicitó que en caso de que la sentencia sea confirmada se ordene además del descuento de lo percibido por concepto de indemnización, las sumas que el demandante hubiere percibido en otro empleo público.

Es preciso aplicar el artículo 90 de la Constitución Política con el fin de determinar la responsabilidad del Estado, y la de sus agentes.

Para resolver, se

CONSIDERA

Argumenta la parte demandada que aunque en la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia existía personal contratado a través de una empresa de servicios temporales, tales vinculaciones se terminaron por vencimiento del término y si bien al actor le asistía el derecho preferencial a ser reincorporado, lo cierto es que no hizo ninguna manifestación sobre su elección entre la indemnización o la incorporación, con el fin de recibir la indemnización y posteriormente demandar.

En consecuencia, el problema jurídico se contrae a establecer si los Decretos 2563 de 19 de septiembre y 2848 de 2 de octubre de 1997 deben ser declarados nulos por vulnerar los derechos de carrera administrativa del señor JOHN JAIRO PATIÑO CAMPUZANO.

Para efecto de decidir, se tiene lo siguiente:

Para la fecha de expedición de los actos administrativos demandados se encontraba vigente la Ley 27 de 1992 en materia de administración de personal al servicio del Estado, de la cual se desprende el derecho preferencial que asiste a los empleados que se encuentran inscritos en el escalafón de carrera administrativa en caso de que su cargo sea suprimido, frente a aquellos que no gozan de la misma prerrogativa. Es así como el artículo 8° dispone:

ARTÍCULO 8o. INDEMNIZACIÓN POR SUPRESIÓN DEL EMPLEO. Los empleados inscritos en el escalafón de la carrera administrativa, incluidos los del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, cuyos empleos sean suprimidos, podrán acogerse a:

1o. El reconocimiento y pago de una indemnización, en los términos y condiciones que establezca el Gobierno Nacional.

2o. La obtención de un tratamiento preferencial, en los términos establecidos en el Decreto ley 2400 de 1968, artículo 48 y decretos reglamentarios. En todo caso, si transcurridos seis (6) meses no fuere posible revincular al funcionario en otra dependencia de la entidad donde hubiere un cargo vacante similar o equivalente, éste tendrá derecho a la indemnización establecida en el numeral 1o. del presente artículo.

PARÁGRAFO. Aquellos funcionarios a quienes se les suprima el cargo en virtud de la expedición de leyes de redefinición de competencias, no tendrán derecho a la indemnización prevista en el presente artículo, siempre que dicha supresión se efectúe dentro de los seis (6) meses siguientes a la iniciación de la aplicación de la respectiva ley de redefinición de competencias.

Sobre aceptar la indemnización por supresión del cargo la Sala ha sostenido en diversas oportunidades que no impide estudiar la legalidad de los actos de supresión. En caso de que el Juez Administrativo que se deben anular, lo procedente es ordenar que en la liquidación de la condena se descuenten los valores pagados por dicho concepto¹.

¹ Ver sentencia de 1° de marzo de 2007, Actor: Amelia Sarmiento Borda, Expediente No. 3974-05, Consejera ponente: Ana Margarita Olaya Forero.

Obra a folio 288 del expediente, certificación de la Comisión Seccional del Servicio Civil del Departamento de Antioquia en la cual consta que Jhon Jairo Patiño Campuzano fue inscrito en el registro público de empleados de carrera administrativa en el cargo de Operario de Oficios Varios en el Departamento de Antioquia.

Por Decreto 2563 de 19 de septiembre de 1997 el Gobernador de Antioquia modificó la planta de personal de la Fábrica de Licores y Alcoholes del departamento, para lo cual suprimió entre otros 33 cargos de Operario de Oficios Varios Nivel 1 Grado 2 (Fls. 24 y 25).

Mediante Decreto No. 2848 de 2 de octubre de 1997 el Gobernador de Antioquia dispuso el retiro del actor en virtud del Decreto 2563 del mismo año, decisión que le fue comunicada el 3 de octubre de 1997, por la Directora de Personal del Departamento de Antioquia, manifestándole las opciones que le asistían de acuerdo con el Decreto 1223 de 1993 (Fl. 57).

Obra a folios 128 y 129 una relación del personal que se desempeñó en la entidad como temporal con indicación del cargo que ocuparon, así como de la fecha de ingreso y fecha de retiro, en el cual consta que los siguientes trabajadores laboraron como operarios de servicios varios, en las fechas que a continuación se señalan:

Nelson Fernando Idárraga entre el 12 de diciembre de 1995 y el 31 de diciembre de 1999, Carlos Mario Londoño Sierra entre el 10 de junio de 1996 y el 31 de diciembre de 1999, Elvia Zapata entre el 10 de octubre de 1995 y el 31 de diciembre de 1999 y María Yepes entre el 10 de octubre de 1995 y el 31 de diciembre de 1999.

De acuerdo con lo anterior, es claro que para la fecha en la que el actor fue retirado por supresión del cargo, se desempeñaba en el mismo empleo personal vinculado a través de empresas temporales, quienes continuaron desarrollando funciones con posterioridad al retiro del demandante.

Sobre la celebración de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones permanentes propias de las entidades públicas, es preciso tener en cuenta que el Decreto 2400 de 1968 modificado por el Decreto 3074 de 1968 dispone en el artículo 1º, lo siguiente:

“(...) para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso,

podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones”.

Es claro que las normas que regulan la materia han establecido la prohibición de contratar personal temporal para el desarrollo de funciones inherentes a la misión de la Entidad, con el fin de impedir que se desnaturalice la contratación estatal, y además como una medida de protección a la relación laboral.

En efecto, las disposiciones transcritas conservan como regla general de acceso a la función pública a través del empleo público, mientras que el contrato de prestación de servicios es una modalidad de vinculación estatal excepcional, que se justifica en la medida en la que se trate de un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del *giro ordinario* de las labores propias de la entidad o que sean parte de ellas, pero no pueden ejecutarse con empleados de planta o que requieren conocimientos especializados.

Lo anterior quiere decir que con la actuación descrita la Administración incurrió en desviación de poder, toda vez que con la supresión de cargos no buscó el mejoramiento del servicio, sino que perseguía desconocer los derechos laborales de quienes se desempeñaban como Operarios de Servicios Varios, que tenían a cargo funciones propias de la Entidad, incurriendo en la prohibición legal antes referida.

Lo anteriormente expuesto, lleva a la Sala a la conclusión de que la presunción de legalidad del acto acusado fue desvirtuada puesto que con su expedición se vulneraron los derechos que como empleado de carrera tenía el actor, razón por la cual procede la declaratoria de nulidad y el consecuente restablecimiento del derecho, lo que conlleva a la confirmación de la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia por encontrarse ajustada a derecho.

Ahora bien, la petición subsidiaria de la entidad demandada en relación con el descuento de los salarios percibidos en el ejercicio de otros cargos públicos durante el periodo que duró su desvinculación deberá ser denegada, por cuanto si bien, tal deducción se venía ordenando, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo rectificó tal criterio.

En efecto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 29 de enero de 2008, actor Amparo Mosquera Martínez, con ponencia del Dr. Jesús María Lemos Bustamante, se refirió al tema de los descuentos. Así:

“(…) Empero de esta preceptiva - art. 128 C.P. - no puede deducirse la prohibición para ordenar el pago de las sumas de dinero que por concepto de salarios y prestaciones provenientes de un empleo público hubiese recibido el demandante durante el lapso transcurrido entre el retiro y el cumplimiento de la orden de reintegro impartida por el juez

contencioso administrativo al decidir a su favor la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por él impetrada.

El pago ordenado como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto de retiro ostenta un carácter indemnizatorio, vale decir, en estos casos el restablecimiento del derecho se traduce en la indemnización de los perjuicios irrogados por el acto ilegal.

La remisión que se hace a los salarios dejados de percibir se utiliza sólo como mecanismo indemnizatorio, como medida o tasación de la indemnización, tal como se emplea en otras ocasiones el valor del gramo oro o el del salario mínimo. Se acude a él porque la indemnización debe corresponder al daño sufrido y este se tasa con base en los salarios y prestaciones de la relación laboral que se extinguió.

Cuando se dispone el reintegro de un trabajador con el consecuente pago de los salarios y prestaciones dejados de recibir desde la fecha del retiro hasta la del reintegro efectivo las cosas vuelven a su estado anterior, como si durante el tiempo en que estuvo cesante hubiera estado efectivamente prestando el servicio y devengando el salario correspondiente.

Si durante ese lapso el servidor público desempeñó otro cargo y recibió el salario a él asignado este valor no debe descontársele porque su causa es diferente, la efectiva prestación del servicio como empleado público.

Adoptar como política el descuento de los salarios percibidos por el servidor público en otro cargo público equivaldría a obligarlo a permanecer sin empleo si quiere obtener la reparación o a considerar que esta no corre a cargo de la administración sino del propio interesado, o a devolver el valor del salario percibido como consecuencia del trabajo por él realizado, cuando uno de los elementos básicos de la relación laboral es la remuneración.

Como el pago impuesto en la condena no tiene por causa la prestación del servicio sino el daño causado por el retiro ilegal no tiene la connotación de asignación laboral dirigida a remunerar el servicio prestado y, por ende, no debe considerarse incurso en la prohibición establecida por el artículo 128 de la Carta Política.

El pago de las acreencias dejadas de percibir, tiende, se insiste, a resarcir al empleado público por el daño causado al ser despojado de su condición por la actuación viciada de la autoridad que irregularmente interrumpió su vínculo laboral, perjuicio que se compensa con la decisión judicial que ordena pagarle, debidamente indexados, los salarios y prestaciones de los que fue ilegalmente privado, previas las deducciones de ley.

El artículo 128 de la Constitución tiende a impedir la vinculación simultánea en dos empleos públicos, supuesto fáctico que no se tipifica en este caso porque en situaciones como la descrita el afectado sólo ha desempeñado en verdad un empleo, aquel que obtuvo después de la desvinculación

ilegal, y lo que ordena el juez es que, como ficción legal, vuelvan las cosas al estado anterior, con el objeto de reparar el daño causado, considerando que no estuvo separado del cargo del cual fue retirado, para efectos salariales y prestacionales. No puede aceptarse la tesis de que existe enriquecimiento sin causa por el pago de salarios y prestaciones como consecuencia del reintegro, habida cuenta de que el empleo cuyo pago se ordena efectivamente no se desempeñó, porque la razón del reconocimiento de estos valores es el perjuicio irrogado al servidor por la administración al despedirlo ilegalmente, dado que el servicio en verdad no se prestó. Los salarios y prestaciones se deberán pagar por el tiempo en que legalmente hubiera permanecido el servidor público en el cargo, teniendo en cuenta las situaciones laborales específicas como la supresión posterior del empleo, empleos de período fijo, edad de retiro forzoso, reintegro posterior al cargo, haber alcanzado el estatus de pensionado, etc.”.

En esas condiciones, de las sumas que resulten a favor de la parte actora, no hay lugar al descuento de lo que haya percibido por el ejercicio de otro empleo público, durante el lapso que abarca la condena y en este sentido se adicionará la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección “A” administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2009 por el Tribunal Administrativo de Antioquia dentro del proceso promovido por Jhon Jairo Patiño Campuzano, contra el Departamento de Antioquia – Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, que accedió a las pretensiones de la demanda.

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

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

Discutida y aprobada en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO