

POLÍTICA DEL RETEN SOCIAL – Aspectos generales / GARANTÍA DE LA PROTECCIÓN REFORZADA – No se trata de un derecho absoluto o que pueda mantenerse de manera indefinida / REESTRUCTURACION ADMINISTRATIVA – De la Contraloría General de Antioquia / ASAMBLEA DEPARTAMENTAL – Adopción de medidas para resguardar la estabilidad laboral de un círculo de sujetos de especial protección más amplio que el previsto por el legislador

Encuentra la Sala que al establecer en desarrollo directo de las cláusulas constitucionales un cuadro de protección más amplio que el fijado por el legislador (porque abarca a las madres cabeza de familia en general y no solo a aquellas que carecen de otra alternativa económica, a las personas a quienes les falten doce meses o menos para completar veinte años de servicio continuo o discontinuo y no a los prepensionados –personas a quienes faltan 3 años o menos para adquirir la condición de pensionados- y a los empleados cuyos padres o hijos sufran de enfermedades catastróficas o discapacidades debidamente comprobadas y calificadas por la autoridad científica y dependan de ellas, en lugar de tutelar directa y exclusivamente a las personas con limitación física, visual, mental o auditiva) y constituir una decisión adoptada en ejercicio de la habilitación constitucional y legal para determinar la estructura de la Administración Departamental (artículo 300.7 de la Constitución y 60.5 del Código de Régimen Departamental), contrario a lo afirmado por el demandante y a lo entendido por el Tribunal, lo previsto por el parágrafo 1º del artículo 4º de la Ordenanza demandada no puede ser visto como restrictivo de los derechos consagrados por la regulación legal del retén social. En efecto, pese a ser cierto, como afirma el Tribunal Administrativo de Antioquia, que las reglas sobre la protección de los sujetos de especial protección contenidas en las leyes 790 de 2002 y 812 de 2003 y los Decretos 190 y 396 de 2003 resultan aplicables a los procesos de renovación y reestructuración administrativa de los entes territoriales, no lo es que tales medidas hayan sido recortadas o restringidas por la disposición administrativa enjuiciada. Y no lo es porque ella regula supuestos diferentes, que pretenden ir más allá de la salvaguardia establecida por la ley y que, por ende, establecen un anillo o nivel de protección que se superpone y ensancha la definida por mandato legal. La validez de la disposición administrativa que se revisa no depende, entonces, de su conformidad o no con las previsiones de la ley 790 de 2002, sino de su razonabilidad y proporcionalidad. Al no ser contraria a las disposiciones legales que rigen la materia, es en la Constitución donde se deben buscar los parámetros de control de la decisión de limitar subjetiva y temporalmente las medidas de salvaguardia de la estabilidad laboral de un grupo de sujetos de especial protección adoptadas por la Duma en cumplimiento de sus responsabilidades constitucionales y legales. En últimas, en general la adopción de esta clase de medidas tuitivas apunta al desarrollo de los mandatos constitucionales de protección de personas en condiciones de vulnerabilidad fijados por los artículos 13, 42, 43, 44 y 46, entre otros. De ahí que sea a la luz de estas disposiciones del Texto Superior que se deban juzgar las restricciones impuestas a los amparos previstos. Máxime cuando, como ocurre en este caso, se trata de una medida tomada en ejercicio de competencias propias de la Asamblea Departamental, que no busca desarrollar reglamentariamente a nivel departamental las previsiones de la ley (es decir, puntualizando eventuales aspectos necesitados de precisión, a la manera que opera tradicionalmente la potestad reglamentaria) sino estatuir un régimen adicional o un plus de protección para las personas que siendo empleadas de carrera de la Contraloría General de Antioquia se encuentran incursas en situaciones que de una u otra manera las hacen vulnerables frente a la reestructuración proyectada. Como cualquier otra decisión administrativa en nuestro Estado de Derecho, si bien prima facie

legítimas en cuanto expresión del ejercicio de una competencia constitucional y legal, su validez se encuentra sujeta al acatamiento de los principios y derechos establecidos por la Constitución, toda vez que siendo la igualdad un derecho fundamental no puede ser objeto de límites arbitrarios o contrarios al Texto Superior.

NOTA DE RELATORIA: Ver sentencias C-074 de 1993, C-209 de 1997, C-991 de 2004, SU-388 y 389 de 2005, SU-897 de 2012, C-795 de 2009, T-768 de 2005, C-479 de 1992; T-732 de 2001 y T-587 de 2008 de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, Sección Segunda, de 10 de octubre de 2002, Radicación 11001-03-25-000-2000-00126-01 (2099-00), C.P. Alberto Arango Mantilla; de 11 de febrero de 1998, Radicación 13898, C.P. Silvio Escudero Castro; de 16 de febrero de 2012, Radicación 25000-23-25-000-2003-05388-01(1585-08), C.P. Luis Rafael Vergara Quintero; del 30 de junio de 2011, Radicación 25000-23-25-000-2003-04222-01(0270-09), C.P. Gerardo Arenas Monsalve; y del 19 de agosto de 2010, Radicación 76001-23-31-000-2004-03278-01(1893-08), C.P. Alfonso Vargas Rincón.

REESTRUCTURACION ADMINISTRATIVA – De la Contraloría General de Antioquia / RETÉN SOCIAL – Aplicación en reestructuración administrativa de la Contraloría de Antioquia / ASAMBLEA DEPARTAMENTAL – Razonabilidad y proporcionalidad de los límites subjetivos y temporales adoptados para la desvinculación de los empleados de carrera administrativa en situación de vulnerabilidad / PRINCIPIO DE IGUALDAD MATERIAL - Tratamiento preferencial de personas en situación de vulnerabilidad / ACCIONES AFIRMATIVAS – Efectividad del derecho a la igualdad material

Encuentra la Sala que el término de “doce (12) meses o menos para completar veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos”, en cuanto límite subjetivo a la aplicación del beneficio contemplado, resulta conforme con el derecho a la igualdad material que busca tutelar la medida prevista, pues si bien define restringe su efectividad a un grupo determinado de personas, lo hace con base en un criterio constitucionalmente legítimo como es la identificación del grupo de personas más vulnerables a los efectos de la reestructuración. De este modo, su validez se desprende no solo de que encarna una medida de discriminación positiva (a secas) a favor de esta población, sino que además lo hace de una manera razonable y proporcionada. En cuanto a lo primero, se tiene que la singularización del grupo favorecido (a saber: el señalamiento del conjunto específico de beneficiados integrado solo por personas a quienes faltan doce meses o menos para completar veinte años de servicio) es válida, por cuanto busca amparar la estabilidad laboral de aquellos funcionarios quienes por su edad más avanzada pueden llegar a tener problemas para la búsqueda de otro puesto de trabajo. Es decir, impone un tratamiento diferenciado que busca separar casos que por sus diferencias intrínsecas no pueden ser sometidos a un mismo rasero. [...] De aquí que sea también una delimitación razonable y proporcionada de los beneficiarios de la protección especial. Es razonable en tanto que persigue un fin constitucionalmente válido e imperioso como es la gestión eficiente de los recursos humanos y económicos de la Administración Pública. [...] De otra parte, dicha restricción es proporcionada en tanto que para lograr el fin constitucional perseguido adopta una medida que, como la restricción del beneficio de estabilidad reforzada a un grupo reducido de personas (quienes pueden resultar más vulnerables frente a las consecuencias de la reestructuración para su vida laboral y para la efectividad de sus derechos fundamentales), es adecuada, necesaria y proporcionada en estricto sentido para lograr el fin de la gestión

eficiente de los recursos humanos y económicos de la Administración. Es adecuada en tanto que posibilita la revisión de la estructura orgánica de la Contraloría General de Antioquia con una limitación puntual, que si bien amplía el radio de protección del retén social prefigurado por el legislador (leyes 790 de 2002 y 812 de 2003) no anula ni desvirtúa el poder de reforma de la estructura administrativa departamental que asiste a la Asamblea Departamental. Es también necesaria en tanto que otras vías de protección de la igualdad material (como, por ejemplo, la adoptada por el Tribunal *a quo*) podrían suponer un sacrificio excesivo de dicho poder de reforma y, por ende, restringir de forma desmedida las posibilidades de realización del fin de eficiente manejo de los recursos humanos y económicos de la Administración. Y, por último, es proporcionada en estricto sentido, en tanto que los beneficios que ofrece su implantación (materialización de la preocupación por la racionalización del gasto y la garantía del mejoramiento de la gestión de la entidad) es superior a las implicaciones negativas que conlleva para quienes se ven excluidos del trato favorable, pues la aplicación de las normas legales del retén social y del *plus* de protección previsto por la Ordenanza demandada permiten entender que el grupo de personas especialmente vulnerables y, por lo tanto, merecedoras de particular atención por parte de las autoridades, se encuentra a salvo.

REESTRUCTURACION ADMINISTRATIVA – De la Contraloría General de Antioquia / PLAN DE RETIRO VOLUNTARIO COMPENSADO – Desconoce los principios y preceptos constitucionales sobre los cuales se edifican la carrera administrativa y el empleo público / ASAMBLEA DEPARTAMENTAL – Carece de competencia para facultar al Contralor en el diseño y ofrecimiento de planes de retiro voluntario con indemnización / ORDENANZA 02 DE 2008 – Nulidad del párrafo segundo del artículo cuarto

Al respecto manifiesta esta Sección del Consejo de Estado que aun cuando una lectura desprevenida y aislada de las normas de la ley 909 de 2003 podrían llevar a validar la decisión de habilitar al Contralor Departamental para el diseño e implementación de planes de retiro voluntario con indemnización, pues se trata de una forma de desvinculación que dado su elemento de voluntariedad bien podría enmarcarse dentro del retiro del servicio por renuncia regularmente aceptada previsto por el literal d) del artículo 41 de la ley 909 de 2003, visto con detalle y desde una perspectiva sistemática debe ser rechazada. Esto, debido a que, como fue señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-479 de 1992 y ha sido admitido por esta Corporación en varias oportunidades, la institución del retiro voluntario mediante bonificación riñe con los principios y preceptos constitucionales sobre los cuales se edifica la carrera administrativa y el sistema de empleo público. [...] Así las cosas, encuentra la Sala que, por encerrar una institución contraria a los derechos de carrera de los funcionarios inscritos en ella y no directamente conectada con razones de interés general de peso suficiente para justificar la limitación de estos derechos, la figura de los planes de retiro voluntario compensados no tiene cabida allí donde imperan las reglas y los principios de gestión del empleo público establecidos por la Constitución. En consecuencia, le asiste razón al demandante cuando considera que la Asamblea Departamental carecía de competencia para adoptar una determinación semejante y facultar al Contralor para actuar en contravía de las disposiciones de la Constitución.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLÍTICA – ARTICULO 13 / CONSTITUCION POLÍTICA – ARTICULO 42 / CONSTITUCION POLÍTICA – ARTICULO 43 / CONSTITUCION POLÍTICA – ARTICULO 44 / CONSTITUCION POLÍTICA – ARTICULO 46 / CONSTITUCION POLÍTICA – ARTICULO 287 / CONSTITUCION POLÍTICA – ARTICULO 300 NUMERAL 7 / DECRETO LEY 1222

DE 1986 – ARTICULO 60 NUMERAL 5 / LEY 790 DE 2002 – ARTICULO 12 / LEY 790 DE 2002 – ARTICULO 13 / LEY 812 DE 2003 – ARTICULO 8 / LEY 909 DE 2003

NORMA DEMANDADA: ORDENANZA 02 DE 2008 (26 de febrero) ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE ANTIOQUIA – ARTICULO 1 (No anulado) / ORDENANZA 02 DE 2008 (26 de febrero) ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE ANTIOQUIA – ARTICULO 2 (No anulado) / ORDENANZA 02 DE 2008 (26 de febrero) ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE ANTIOQUIA – ARTICULO 3 (No anulado) / ORDENANZA 02 DE 2008 (26 de febrero) ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE ANTIOQUIA – ARTICULO 4 PARAGRAFO 1 (No anulado) / ORDENANZA 02 DE 2008 (26 de febrero) ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE ANTIOQUIA – ARTICULO 4 PARAGRAFO 2 (Anulado)

SÍNTESIS DEL CASO: El ciudadano Carlos Alberto Ballesteros Barón demandó la nulidad de los artículos 1º, 2º y 3º, así como de los párrafos 1º y 2º del artículo 4º de la Ordenanza No. 02 del 26 de febrero de 2008, expedida por la Asamblea Departamental de Antioquia, por medio de la cual *“se ordenan estudios y se conceden autorizaciones al señor gobernador del departamento y se dictan otras disposiciones”*. El Tribunal Administrativo de Antioquia declaró la nulidad de los apartes: *“... doce (12) meses o menos...”*, *“...después de los doce (12) meses siguientes a la vigencia que suprime el cargo o...”*, *“...si fuere antes”* y *“periodo de gracia y...”*, contenidos en el párrafo 1 y la totalidad del párrafo 2 del artículo 4 de la Ordenanza demandada y negó las demás pretensiones. La Sala, al resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante, revocó la decisión de primera instancia en cuanto declaró la nulidad de los apartes referidos del párrafo 1 del artículo 4 de la Ordenanza 02 de 2008, y la confirmó en lo demás.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA

Bogotá, D.C., tres (3) de diciembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 05001-23-31-000-2008-00473-02

Actor: CARLOS ALBERTO BALLESTEROS BARÓN

Demandado: ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE ANTIOQUIA

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 30 de marzo del 2012 proferida por la Sala Novena de Decisión Oral del Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia,

que declara la nulidad de algunos apartes contenidos en el párrafo 1º y la totalidad del párrafo 2º del artículo 4º de la Ordenanza No. 02 del 26 de febrero de 2008 expedida por la Asamblea Departamental de Antioquia.

I. LA DEMANDA

1.1. La demanda.

En ejercicio del medio de control de nulidad consagrado en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, el ciudadano **CARLOS ALBERTO BALLESTEROS BARÓN** demandó ante el Tribunal Administrativo de Antioquia la nulidad de los artículos 1º, 2º y 3º, así como de los párrafos 1º y 2º del artículo 4º de la Ordenanza No. 02 del 26 de febrero de 2008, expedida por la Asamblea Departamental de Antioquia, por medio de la cual *“se ordenan estudios y se conceden autorizaciones al señor gobernador del departamento y se dictan otras disposiciones”*¹.

1.2. Pretensiones.

La parte actora formula las siguientes pretensiones:

*“1. Que se declare la nulidad de los artículos PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO; PARÁGRAFOS PRIMERO Y SEGUNDO DEL ARTÍCULO CUARTO de la ordenanza 02 del 26 de febrero de 2008, “POR MEDIO DE LA CUAL SE ORDENAN ESTUDIOS Y SE CONCEDEN AUTORIZACIONES AL SEÑOR GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES”, expedida por la Asamblea Departamental de Antioquia”*².

1.3. Normas violadas y concepto de la violación.

La parte actora señala como vulneradas por la disposición administrativa acusada el preámbulo y los artículos 6, 121, 122, 123, 268, 272, 287.2, 300 y 305 de la Constitución Política; el artículo 12 de la Ley 790 de 2002; el Decreto 190 de 2003 y la Ley 812 de 2003³.

Afirma el actor que en el caso en concreto se tipifican varias causales de nulidad del acto administrativo como la violación de la Constitución y de la ley, la falsa e indebida motivación del acto atacado, la falta de competencia por parte del órgano

¹ Folio 1.

² Ibídem.

³ Folios 11-13.

que lo expidió y su expedición irregular; cargos que fundamenta, en síntesis, de la siguiente manera:

- ***Violación de la Constitución y la ley.***

Expone el actor que con la expedición de la ordenanza demandada fueron varias las normas constitucionales y legales vulneradas, así:

Menciona que el artículo 300 de la Carta establece dentro de las atribuciones de las Asambleas Departamentales determinar la estructura de la Administración Departamental, las funciones de sus dependencias y las escalas de remuneración (numeral 7º), así como autorizar al Gobernador del Departamento para ejercer *pro-tempore* precisas funciones que a ellas corresponden (numeral 8º). Y agrega que según lo previsto por esta disposición, las ordenanzas relativas a la estructura administrativa departamental, lo mismo que las referentes a los planes de desarrollo y de obras (numeral 3º) y a las normas orgánicas de presupuesto y al presupuesto anual de rentas y gastos (numeral 5º), solo podrán ser dictadas o reformadas a iniciativa del Gobernador. Por este motivo, al haber presentado el Contralor Departamental el proyecto que a la postre dio lugar a la expedición de la Ordenanza No. 2 de 2008 se desconoció este precepto; lo mismo que el artículo 121 del Texto Superior, en virtud del cual “[n]inguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley”.

Afirma que la ley 729 de 2002, en su artículo 12 estableció una protección especial a favor de un grupo de personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad que las hace merecedoras de un tratamiento particular en relación con la estabilidad de sus puestos de trabajo; no obstante lo cual el parágrafo 1º del artículo 4º de la ordenanza demandada prevé que estas personas (madres y padres de familia, personas en condiciones de discapacidad o sean personas a las que les faltare 12 meses o menos para completar los servicios continuos o discontinuos) pueden ser retiradas de sus cargos pero que la desvinculación sólo se les hará efectiva después de 12 meses de vigencia de la norma que suprima el cargo o del momento en el que cese la circunstancia, si fuere antes. Por esto, considera que el acto atacado “desconoció el ordenamiento jurídico vigente al establecer un límite temporal al retén social pues la circunstancia fáctica que genera la situación de vulnerabilidad y la necesaria protección por parte del

Estado NO DEPENDE DE LA VOLUNTAD de autoridad alguna ni siquiera del legislador, tal como lo indicó la Corte Constitucional”⁴.

Sostiene, por último, que se desconoció el principio de separación de poderes y la autonomía e independencia de los órganos de control fiscal, porque se autoriza al Gobernador, órgano controlado, para que modifique la estructura de la Contraloría Departamental, ente controlador, pese a haber sido éste quien radicó el proyecto de reforma. Y afirma que esta circunstancia origina un conflicto de intereses “o al menos una inconveniencia ética, QUE fue ADVERTIDA POR EL CONSTITUYENTE ordenando en el artículo 300 de la Constitución que el proyecto ordenanzal cuyo contenido sea el mismo del acto atacado, sea de iniciativa exclusiva del GOBERNADOR”⁵.

- ***Falta de competencia:***

Señala el actor que la Asamblea Departamental de Antioquia no tiene competencia para conferir facultades al Contralor Departamental para la elaboración del estudio técnico que sirva de base a la reestructuración administrativa de la entidad, tal como se dispone en el artículo primero de la ordenanza demandada, ni tampoco para autorizar al Gobernador para que lleve a cabo la reestructuración, porque tal facultad se restringe a proyectos que son de su iniciativa, conforme se decidió en el artículo segundo del acto impugnado. Por esto, sostiene que si bien es cierto que la delegación de facultades de parte de la Asamblea Departamental constituye un instrumento legítimo para la gestión de los asuntos a su cargo, también lo es que ella debe hacerse siempre con respeto de las previsiones de la Constitución y la ley.

Indica que la Asamblea Departamental no tiene competencia para autorizar al Contralor Departamental, tal como se hace en el artículo 4º párrafo 2º, para hacer planes de retiro. Y señala de asistirle tal facultad, tal delegación de facultades únicamente podría efectuarse frente al Gobernador y no al Contralor, por no estar prevista por la Constitución esa modalidad de delegación⁶.

- ***Falsa e indebida motivación:***

⁴ Folio 10.

⁵ Folio 11.

⁶ Folios 9-10.

Argumenta la demanda que ninguna norma constitucional ni legal autoriza a la Asamblea Departamental para conceder al Contralor Departamental facultades que son propias y privativas del Gobernador como la relativa a la realización del estudio técnico necesario para llevar a cabo la reestructuración de la entidad. Y aduce que tampoco es legítimo que se autorice al Gobernador para modificar la estructura de la Contraloría Departamental cuando el proyecto de ordenanza presentado no fue de su iniciativa.

- ***Expedición irregular:***

Explica la demanda que al ser privativa del Gobernador la iniciativa para la modificación de la estructura de las entidades departamentales, la presentación por el Contralor del proyecto que dio lugar a la Ordenanza No. 02 de 2008 de la Asamblea de Antioquia constituye un vicio claro en el proceso de formación del acto demandado.

1.4. Solicitud de suspensión provisional.

Con base en los argumentos expuestos sobre la falta de competencia de la Asamblea, la expedición irregular y el desconocimiento de las reglas del retén social por el acto administrativo atacado, el actor solicitó en escrito aparte⁷ la suspensión provisional de los artículos 1º, 2º, 3º y de los párrafos 1º y 2º del artículo 4º de la Ordenanza Departamental No. 02 de 2008, por considerar que se cumple con el requisito de contradicción ostensible entre la disposición administrativa demandada y la norma superior, fijada por el artículo 152 del CCA como condición para la adopción de esta medida cautelar.

II. CONTESTACION DE LA DEMANDA

2.1. Departamento de Antioquia.

Admitida la demanda y negada la solicitud de suspensión provisional por auto de 11 de abril de 2008⁸, se notificó al Departamento de Antioquia⁹, quien contestó en

⁷ Folios 21-25.

⁸ Folios 27-31.

⁹ Folios 38-46 del cuaderno 2.

tiempo y formuló las excepciones de falta de integración del contradictorio, inexistencia de las causales de nulidad del acto y la denominada excepción genérica¹⁰. La primera, por no haberse vinculado al proceso a la Contraloría General de Antioquia; la segunda, por considerar que no se evidencia en el acto demandado vulneración alguna a la Constitución ni la ley, ni falta de competencia, ni falsa motivación, ni tampoco la expedición irregular alegada por el demandante.

Adicionalmente defendió la legalidad del acto demandado con base en los siguientes argumentos:

Indica que la ordenanza atacada se ajusta a la Constitución y las leyes porque corresponde a las Asambleas y a los Concejos Distritales y Municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal (artículos 65 y 66 de la Ley 42 de 1993 y 3 de la ley 330 de 1996). Y resalta de igual manera que por tener los contralores departamentales y municipales (dentro de su jurisdicción) las funciones y facultades del Contralor General de la República, el Contralor Departamental se encuentra facultado para presentar proyectos de ley relativos al régimen del control fiscal y a la organización y funcionamiento de la respectiva contraloría¹¹.

Agrega que la ley 330 de 1996 en su artículo 3º dispone que es atribución de las Asambleas Departamentales determinar su estructura, planta de personal, funciones por dependencias, escala de remuneración entre otros, **a iniciativa de los contralores**¹².

Deduca de lo anterior que el Contralor General de Antioquia si estaba facultado para presentar la iniciativa a la Asamblea Departamental para reformar la estructura y planta de cargos de la entidad; razón por la cual ni se presenta la vulneración de las normas superiores que alega el demandante, ni tampoco la indebida motivación ni falta de competencia en los términos en que se expone en la demanda¹³.

Advierte que no se contravienen las normas sobre protección especial a sujetos vulnerables, no solo porque no existe ninguna norma que prohíba fijar un límite

¹⁰ Folio 45.

¹¹ Folios 40-41.

¹² Folio 41.

¹³ Idem.

temporal a dicha protección, sino porque además tanto la ley 790 de 2002 como el Decreto 190 de 2002 fijan un término de tres años para ese tratamiento especial¹⁴.

De igual forma se opone al cargo de expedición irregular, pues sostiene que no hay razones para alegar que la Asamblea no podía facultar al Gobernador de Antioquia para crear, fusionar o suprimir cargos en la Contraloría General del Departamento, ni para desconocer que la realización del estudio técnico es una actividad propia del Contralor Departamental¹⁵.

2.2. Terceros vinculados.

Mediante auto del 13 de abril de 2009¹⁶ se ordenó la vinculación de la Asamblea Departamental de Antioquia y de la Contraloría General de Antioquia, en calidad de terceros intervinientes, por tener interés directo sobre lo decidido. En virtud de esta vinculación, estas entidades se manifestaron de la siguiente manera:

2.2.1. Contraloría General de Antioquia.

Una vez notificada de la demanda, la **Contraloría General de Antioquia**¹⁷ contestó la demanda y expresó su oposición a la totalidad de las pretensiones incoadas.

Afirma que así como el Contralor General de la República está facultado para presentar proyectos de ley referentes a la organización y funcionamiento de la Contraloría ante el Congreso de la República, el Contralor Departamental está habilitado para presentar proyectos de reestructuración administrativa de la Contraloría Departamental ante la Asamblea, por ser el órgano constitucional y legalmente responsable de esta función¹⁸. Además, el artículo 3 de la ley 330 de 1996 reconoce al Contralor Departamental esta facultad¹⁹.

¹⁴ Folio 42.

¹⁵ Folios 42-45.

¹⁶ Folios 47 y 48.

¹⁷ Folios 53-71.

¹⁸ Folios 65-66.

¹⁹ Folio 66.

Deriva de los razonamientos anteriores la falta de fundamento del señalamiento de falsa motivación y de falta de competencia, así como de la supuesta expedición irregular del acto demandado²⁰.

Descarta también el cargo de falta de competencia de la Asamblea para delegar en el Contralor la ejecución de los estudios técnicos, pues considera que además de ser la instancia más idónea para determinar las necesidades de la entidad, hay normas vigentes que permiten al Contralor su realización, en particular la Ordenanza No. 27 de 1998, Estatuto Fiscal de Antioquia, en cuyo artículo 9º se prevé como función del Contralor Departamental “[p]resentar ante la Asamblea Departamental los proyectos de ordenanza, mediante los cuales se determina la estructura, planta de personal, funciones por dependencias y escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo de la Contraloría General de Antioquia”²¹.

Agrega, en cuanto al denominado retén social, que conforme fue introducido por la ley 790 de 2002 y por el Decreto 190 de 2003, encierra un deber para los procesos de reforma administrativa que adelanten entidades públicas de la rama ejecutiva del orden nacional con el fin de garantizar la estabilidad laboral de los sujetos de especial protección. Hace énfasis en que se trata de una protección que no es ilimitada en el tiempo, ni incondicionada en cuanto a los sujetos merecedores de las medidas previstas, ni a los destinatarios del deber de protección fijado. Y acota que la Contraloría General de Antioquia no forma parte de los entes destinatarios de tal deber legal por no ser parte de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional²². Señala que tal mandato solo puede ser oponible a entes del orden territorial en virtud de prescripción judicial o de una decisión autónoma de la Asamblea, tal como ocurrió en el caso *sub judice* en virtud de lo resuelto en la Ordenanza No. 02 de 2008, en los términos en los cuales lo estimó viable la Duma Departamental.

2.2.2. Asamblea Departamental de Antioquia.

Pese a haber sido notificada de la demanda, la Asamblea Departamental de Antioquia no se pronunció en la oportunidad procesal otorgada.

²⁰ Folios 67-69.

²¹ Folios 66-68.

²² Folios 58-62.

III. LA SENTENCIA RECURRIDA

Surtido el trámite de ley, mediante sentencia del 30 de marzo de 2012²³, el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Novena de Decisión, estimó parcialmente las pretensiones de la demanda y resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: DECLÁRESE la nulidad de los apartes: “... doce (12) meses o menos...”, “...después de los doce (12) meses siguientes a la vigencia que suprime el cargo o...”, “...si fuere antes” y “periodo de gracia y...” contenidos en el parágrafo 1º y la totalidad del Parágrafo 2º del artículo 4 de la Ordenanza No. 02 del veintiséis (26) de febrero de dos mil ocho (2008), expedida por la Asamblea Departamental de Antioquia, “Por medio de la cual se ordenan estudios y se conceden autorizaciones al señor Gobernador del Departamento y se dictan otras disposiciones”.

SEGUNDO: NIEGÁNSE las demás súplicas de la demanda”²⁴.

Esta decisión se apoya en que a juicio del Tribunal *a quo* la protección laboral reforzada que merecen los sujetos de especial protección que se pueden llegar a ver afectados por programas de renovación administrativa, contrario a lo afirmado por las entidades demandadas, no solo es aplicable a los entes de la rama ejecutiva del orden nacional. En su criterio, si bien se ha establecido la eficiencia en el gasto público como un fin constitucionalmente legítimo para la toma de decisiones (en tanto permite la habilitación de recursos que se pueden destinar a inversión y al mejoramiento de la calidad de vida de las personas) y se reconoce a la Administración y al legislador un amplio margen de maniobra en la determinación de la estructura orgánica del Estado, ello no excluye su deber de propender por la protección de las personas que se encuentren en una situación de debilidad manifiesta. Obligación que lleva a que decisiones como la adoptada por la Asamblea Departamental en la Ordenanza atacada deban ser vistas con un rasero constitucional estricto, similar al que aplicó la Corte Constitucional en la sentencia C-991 de 2004 al examinar la constitucionalidad de la limitación temporal fijada por la ley 812 de 2003 al amparo de la estabilidad laboral de las madres cabeza de familia sin alternativa económica y de las personas con discapacidad, contemplado como una protección incondicionada en el tiempo por la ley 790 de 2002. Lo anterior, sin contar con que la jurisprudencia

²³ Folios 161-175 del Cuaderno 2.

²⁴ Folio 175 ídem.

administrativa²⁵ ha establecido que las normas que consagran beneficios laborales para sectores o poblaciones vulnerables se deben interpretar de manera amplia en lo que respecta a sus beneficiarios, que incluye a los servidores de las corporaciones públicas y de los distintos niveles y categorías, en aplicación del principio de igualdad.

Para el Tribunal, entonces, “no hay lugar a la restricción temporal de las normas de retén social, aún para las entidades públicas del orden territorial, pues frente a sujetos de especial protección constitucional, no es posible tomar medidas restrictivas en cuanto a medidas de diferenciación positivas que los cobijan, pues de estas medidas depende, en muchas ocasiones, que esta población pueda tener pleno goce de sus derechos en condiciones de igualdad frente al resto del conglomerado social, por lo que fijar un límite temporal a la obligación del Estado, no tiene asidero dentro del marco de un Estado social de Derecho”²⁶.

Frente a los demás cargos, que fueron desechados, el Tribunal encontró fundamento constitucional y legal para las decisiones adoptadas en la Ordenanza demandada. Para el efecto estudió las competencias de las Asambleas Departamentales, a quienes en virtud del artículo 300 de la Constitución les corresponde determinar la estructura de la Administración Departamental, las funciones de sus dependencia y escalas de remuneración, entre otras; y de los Gobernadores, a quienes corresponde únicamente la iniciativa para dictar ordenanzas en lo concerniente a la determinación de la estructura de la Administración Departamental, mas no en relación con las Contralorías Departamentales, asunto frente al cual tanto la Constitución (artículo 272) como la ley (artículo 3 de la ley 336 de 1996) reconocen la iniciativa del Contralor Departamental.

Por último, en lo relativo a la facultad del Contralor Departamental para elaborar el estudio técnico que sirve de base a la reestructuración, por delegación de la Asamblea, estimó el *a quo* que “nada se opone a que sea el mismo Contralor Departamental quien lo realice, pues de conformidad con el artículo 46 de la Ley 909 de 2004 en su redacción original vigente al momento de la expedición del acto

²⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección A, sentencia de 19 de agosto de 2010. Radicación No. 76001-23-31-000-2004-03278-01 (1893-08). C.P.: Alfonso Vargas Rincón.

²⁶ Folio 174 revés del Cuaderno 2.

demandado, uno de los habilitados para hacer el respectivo estudio técnico, es la entidad objeto de reestructuración”²⁷.

Con base en estos argumentos desestimó los cargos de falta de competencia, falsa motivación y expedición irregular del acto administrativo.

IV. LA IMPUGNACIÓN

La **Contraloría General de Antioquia**, inconforme con la providencia de primera instancia, interpuso y sustentó el recurso de apelación²⁸ con base en los siguientes argumentos:

En relación con los apartes anulados contenidos en el párrafo 1º del artículo 4º, indica que, contrario a lo entendido por el Tribunal de primera instancia, la Ordenanza No. 02 del 26 de febrero de 2008 no restringe temporalmente los derechos a obtener una protección especial de las personas favorecidas por el denominado retén social, sino que amplía el rango de protección de estos derechos a otros sujetos no contemplados en la ley presuntamente violada.

Así, afirma la entidad impugnante que lo resuelto por la ordenanza atacada lleva la protección social más allá de lo previsto por el legislador en el artículo 12 de la ley 790 de 2002, que tan solo contempla a madres cabeza de familia sin alternativa económica, a las personas con limitación física, mental, visual o auditiva y a los servidores que cumplen con los requisitos para acceder a pensión de vejez o de jubilación dentro de los tres años siguientes a la promulgación de la ley, y la proyecta sobre un grupo de sujetos no previstos por el legislador, a saber: i) las madres cabeza de familia (en general, sin importar si tienen o no alguna u otra alternativa económica); ii) las personas a quienes les faltare doce meses o menos para completar veinte años de servicio continuo o discontinuo (consagrando una protección en virtud de la antigüedad en el servicio) y iii) las personas cuyos padres o hijos sufran de enfermedades catastróficas o discapacidades debidamente comprobadas y calificadas por la autoridad científica y dependan de ellas (ampliando la protección, que pasa de privilegiar únicamente a personas con limitación física, visual, mental o auditiva, a amparar a una persona de su íntimo círculo familiar).

²⁷ Folio 167 revés del Cuaderno 2.

²⁸ Folios 178 al 191 del Cuaderno 2.

Y agrega que el referido ensanchamiento de la protección dispuesta por la Asamblea Departamental de Antioquia no obsta para que también se dé aplicación a la protección establecida por la Ley 790 de 2002 mientras subsista la circunstancia de vulneración. Esto, pues, aclara, la Ordenanza No. 02 de 2008 no buscó derogar o modificar la ley sino proteger y dar mayores garantías a nuevo sujetos por un periodo de tiempo determinado. Por esto, nada hay que reprochar al hecho que la Asamblea, discrecionalmente, haya decidido conceder una **protección especial adicional a la establecida en la norma legal** a algunos funcionarios, y de la misma haya fijado un periodo de tiempo en el cual autoriza a estas personas para disfrutar de aquella prerrogativa²⁹. Y manifiesta que en virtud de sucesivas prórrogas decretadas por la Asamblea Departamental (Ordenanzas No. 05 de 2009, 21 de 2009, 28 de 2010 y 20 de 2011) “no existe la aludida restricción temporal para la aplicación de las normas de protección laboral reforzada establecidas en la normatividad vigente”³⁰.

De otra parte, en lo relativo a la anulación del párrafo 2º del artículo 4º de la Ordenanza demandada, manifiesta la apelación que se debe revocar por falta de fundamentación de esta decisión, puesto que en la motivación del fallo no se hizo pronunciamiento alguno en relación con tal extremo de la determinación final. Y defiende la legalidad de lo resuelto por la disposición administrativa anulada con base en la ley 909 de 2004, que consagra la estabilidad laboral de los servidores de carrera administrativa, que en caso de supresión de su cargo se traduce en el reconocimiento de un derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente dentro de la nueva planta de personal, o a elegir el pago de una indemnización, cuando no sea factible la incorporación en empleo igual o cuando el empleado manifieste preferir esta opción o guarde silencio.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto del 17 de septiembre de 2013 se corrió a las partes traslado para alegar de conclusión³¹, pese a lo cual ninguna de ellas hizo manifestación alguna en esta instancia procesal.

²⁹ Ibidem.

³⁰ Folio 185 del Cuaderno 2.

³¹ Folio 15 del Cuaderno 3.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En esta instancia, el delegado del Ministerio Público guardó silencio.

VII. DECISIÓN

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el asunto *sub lite*, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

1.- Competencia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 237 de la Constitución Política y con lo previsto en 11, 13, 34, 36, 39 y 49 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, así como de lo ordenado por el artículo 129 del Código de lo Contencioso Administrativo (CCA) y el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 expedido por la Sala Plena de esta Corporación, la Sección Primera del Consejo de Estado es competente para conocer del asunto de la referencia.

2.- El acto demandado.

Ordenanza No. 02 de 2008

(26 de febrero)

“Por medio de la cual se ordenan estudios y se conceden autorizaciones al Señor Gobernador del Departamento y se dictan otras disposiciones”.

LA ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE ANTIOQUIA, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las que le confieren los artículos 272 y 300 numeral 9 de la Constitución Nacional.

ORDENA

ARTÍCULO PRIMERO: *Facultase al Señor Contralor del Departamento, por el término de cuatro (4) meses, para la elaboración del estudio técnico necesario para realizar, dentro de los lineamientos de ley sobre racionalización del gasto público y la normatividad del empleo público, la reestructuración administrativa de la Contraloría de Antioquia.*

Parágrafo primero: *La reestructuración administrativa que aquí se ordena deberá garantizar en todo momento que se cumpla a cabalidad con los pilares fundamentales de la Contraloría General del Departamento, como es el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal, la jurisdicción coactiva, el procedimiento administrativo sancionatorio e indagaciones preliminares.*

Parágrafo segundo: Con la reestructuración administrativa y según el Plan Estratégico, se garantizará la ampliación de cobertura del proceso auditor, la cobertura en capacitación en veeduría ciudadana, el incremento en los fallos de responsabilidad fiscal, el aumento en el porcentaje de resarcimiento y ampliación de la participación ciudadana con la promoción del control social.

ARTÍCULO SEGUNDO: Facúltese al Señor Gobernador del Departamento de Antioquia, por el término de cinco (5) meses a partir de la sanción de la presente Ordenanza, para que con base en el estudio realizado, según el artículo primero de esta ordenanza, fusione, suprima, cree dependencias dentro de la Contraloría General de Antioquia; con la finalidad de ajustar la estructura administrativa, su planta de personal y escala salarial, de acuerdo a los requerimientos del estudio previamente realizado. Igualmente para expedir el Manual de Funciones y Requisitos de la Contraloría General de Antioquia.

Parágrafo: Las facultades que se otorgan al Señor Gobernador, serán asistidas siempre por la Comisión Quinta de la Asamblea Departamental, quienes participarán en la discusión final de los resultados del estudio y ejercerán esta función en forma permanente y obligatoria.

ARTÍCULO TERCERO: Facúltese al Señor Gobernador, para hacer los ajustes presupuestales y destinar los recursos necesarios para dar cumplimiento a esta ordenanza.

ARTÍCULO CUARTO: Los empleados de carrera administrativa de la Contraloría General de Antioquia a quienes les sea suprimido el cargo dada la nueva planta de personal, tendrán derecho a optar por la indemnización o por la incorporación a empleo equivalente, de conformidad con lo consagrado en la ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios.

Parágrafo primero: En los casos en los cuales los cargos de carrera administrativa correspondan a madres cabeza de familia o tengan por titular personas a quienes les faltare doce (12) meses o menos para completar veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, o cuando alguno de sus padres o hijos sufran enfermedades catastróficas o discapacidades debidamente comprobadas por la autoridad científica y dependan de ellos, la desvinculación sólo se hará efectiva después de los doce (12) meses siguientes a la vigencia de la norma que suprime el cargo o en el momento en que cese la circunstancia, si fuere antes. Igual periodo de gracia y tratamiento se otorga a los titulares de cargo cuyas familias hayan sido desplazadas por la violencia o afectados con estos delitos.

Parágrafo segundo: El Contralor podrá diseñar y ofrecer planes de retiro voluntario con su respectiva indemnización de conformidad con la ley.

ARTÍCULO QUINTO: El Señor Gobernador y el Señor Contralor del Departamento de Antioquia convendrán a través de cual (sic) de las dependencias se realizará la ejecución presupuestal que demande el cumplimiento de esta ordenanza para efectos del pago de las indemnizaciones, prestaciones y salarios a que haya lugar con la reestructuración administrativa y la creación del retén social.

ARTÍCULO SEXTO: La presente ordenanza rige a partir de la fecha de su publicación.

3.- Problema jurídico.

De acuerdo con los antecedentes expuestos, corresponde a la Sala determinar, primero, si las medidas de protección del grupo de población vulnerable señaladas por el párrafo 1º del artículo 4º de la Ordenanza No. 02 de 2008 de la Asamblea Departamental de Antioquia son válidas por establecer un marco de protección más amplio que el definido por el artículo 12 de la ley 790 de 2002 o si deben anularse por contravenir el régimen establecido por esta disposición legal. En segundo lugar se definirá si el fundamento de la sentencia del 30 de marzo de 2012 del Tribunal Administrativo de Antioquia es suficiente para soportar la anulación de las facultades conferidas al Contralor General del Departamento por el párrafo 2º del artículo 4º de la ordenanza demandada para diseñar y ofrecer planes de retiro voluntario con su respectiva indemnización.

4.- Análisis del caso.

Con miras a resolver las cuestiones planteadas en el apartado anterior la Sala examinará en primer lugar lo referente a la compatibilidad de las medidas de protección previstas por el párrafo 1º del artículo 4º de la Ordenanza No. 02 de 2008 con la política de promoción de la igualdad impulsada por el denominado retén social establecido por la ley 790 de 2002 (4.1); para luego, en un segundo apartado, valorar lo referente a la fundamentación de la decisión del Tribunal de anular lo previsto por el párrafo 2º del artículo 4º de la disposición administrativa demandada (4.2). Con base en estas consideraciones se resolverá el caso concreto (5).

4.1. La política del retén social como marco y límite para las decisiones de reestructuración administrativa en el Estado colombiano.

Analizar la validez de los límites temporales fijados por el párrafo 1º del artículo 4º de la Ordenanza No. 02 de 2008 a las medidas de protección estatuidas por esa misma disposición supone, en primer lugar, hacer una referencia breve a la política conocida como “retén social” (1), para enseguida definir las bases sobre las cuales se debe realizar el control de la decisión administrativa *sub examine* (2) y finalizar con el análisis de su validez (3).

4.1.1. Aspectos generales de la política de retén social.

De acuerdo con lo establecido por el artículo 300.7 de la Constitución corresponde a las Asambleas Departamentales determinar la estructura de la Administración Departamental, las funciones de sus dependencias y las escalas de remuneración de sus distintas categorías de empleos. Así lo reconoce también el numeral 5º del artículo 60 del Código de Régimen Departamental (Decreto Ley 1222 de 1986).

En efecto, de manera paralela a las facultades que la Constitución ha reconocido al legislador para definir y modificar la estructura orgánica del aparato administrativo a nivel nacional, en armonía con el principio de autonomía y con el reconocimiento de los intereses propios de las entidades territoriales en el ámbito de la gestión de su organización administrativa, el Texto Constitucional ha conferido igual potestad a los órganos de representación política del orden departamental. De este modo, al tiempo que se reitera la importancia del aspecto organizacional de la Administración para el cumplimiento de sus funciones (como se refleja en el hecho de envolver un asunto sobre el que la Constitución misma se quiso pronunciar), se pone de presente la relevancia de darle un manejo flexible, que haga posible su ajuste tanto a las cambiantes necesidades sociales como a las distintas preferencias políticas imperantes en cada momento y lugar. En últimas, no se puede perder de vista que en un Estado democrático y social de Derecho, en virtud de su carácter relativo, instrumental y accesorio al mandato de realización de fines y postulados de la Constitución, la organización administrativa dependerá por completo de las funciones que tenga encomendada y asuma la Administración como un todo, así como de las tendencias políticas del Gobierno de turno en relación con la forma como aquella debe cumplir con sus responsabilidades constitucionales y legales.

Por esto, como ha sido señalado por la Corte Constitucional, “la estructura de la administración pública no es intangible sino que puede reformarse incluyendo una readecuación de la planta física y de personal de la misma”³². Con todo, “[l]a 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)”³³. En esta línea, se ha enfatizado no solo la necesidad de que los programas de renovación

³² Sentencia C-074 de 1993, criterio reiterado en C- 209 de 1997.

³³ Idem. En sentido similar, véase la sentencia C-795 de 2009.

y reestructuración de la Administración tengan en cuenta los principios de economía, eficacia, eficiencia, celeridad, imparcialidad y supremacía de los intereses generales, que rigen de forma global el ejercicio de la función administrativa; de manera especial se ha subrayado que el retiro proveniente de la fusión o supresión de empleos “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 social”³⁴.

Con base en esta preocupación por el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores el legislador y el Gobierno desarrollaron la política conocida como “retén social”, llamada a ser aplicada en los procesos de renovación y reestructuración de la Administración Pública. Cimentados en la idea de igualdad material proclamada por los párrafos 2º y 3º del artículo 13 de la Constitución y en su mandato de promocionar condiciones más favorables para los grupos marginados e históricamente segregados, así como a favor las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, previsiones complementadas y reforzadas por los artículos 42.2, 43.3, 44.3 y 46.1 del Texto Superior en relación con la protección de la familia, las mujeres cabeza de familia, los derechos de los niños y de las personas de la tercera edad, las leyes 790 de 2002 y 812 de 2003 y los Decretos 190 y 396 de 2003 establecieron el régimen jurídico del denominado reten social. Así, con el fin de amparar en los procesos de renovación o de reestructuración administrativa la estabilidad laboral, la dignidad humana y los derechos del círculo de allegados de los servidores públicos discapacitados, madres cabeza de familia sin alternativa económica y que se encuentren próximos a pensionarse, personas que presumiblemente podrían quedar sin oportunidades de trabajo de ser desvinculados sin más por la Administración, los artículos 12 y 13 de la Ley 790 de 2002 dispusieron lo siguiente:

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*

³⁴ Sentencia T-587 de 2008.

*término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley*³⁵.

ARTÍCULO 13. APLICACIÓN EN EL TIEMPO. *Las disposiciones de este Capítulo se aplicarán a los servidores públicos retirados del servicio a partir del 1o. de septiembre del año 2002, dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública del orden nacional, y hasta el vencimiento de las facultades extraordinarias que se confieren en la presente ley.*

A su vez, el artículo 8º literal D de la ley 812 de 2003 dispuso que “los programas de mejoramiento de competencias laborales de que trata el artículo 12 de la ley, así como la protección especial establecida en el artículo 12 de la misma, aplicarán hasta el 31 de enero de 2004, salvo en lo relacionado con los servidores próximos a pensionarse, cuya garantía deberá respetarse hasta el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez”³⁶.

De acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-991 de 2004, por medio de la cual se declaró la inconstitucionalidad del plazo establecido por la ley 790 de 2002 y 812 de 2003 como límite temporal a la aplicación de las medidas de protección previstas por la ley 790 de 2002 a favor de las madres y padres cabeza de familia y de las personas con limitación física, mental, visual o auditiva (y no para quienes estaban próximos a pensionarse), tal incompatibilidad con la Constitución deriva de la falta de proporcionalidad de dicha medida, que pese a perseguir un fin constitucionalmente admisible (e incluso imperioso) como la eficiencia en el gasto público, y de ser adecuada y necesaria para lograrlo, no resulta proporcionada por cuanto se traduce en un beneficio inferior al sacrificio que comporta para los derechos afectados. En efecto, de acuerdo con la explicación ofrecida por la Corte Constitucional en dicha providencia:

“A la grave afectación de los sujetos objeto de discriminación se contraponen un beneficio medio en la eficiencia en el gasto público. En efecto, la reestructuración de la administración implicó el despido de un número de personas que, en términos generales, es considerablemente mayor al porcentaje de individuos que se vio beneficiado con el

³⁵ El aparte “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” del artículo referido fue declarado exequible de manera condicionada por esta Corporación, mediante sentencia C-044 de 2004 “...en el entendido de que la protección debe extenderse a los padres que se encuentren en la misma situación, en aras de proteger la prevalencia de los derechos de los niños y el grupo familiar al que pertenecen”. La expresión “las madres” ya había sido previamente declarada exequible de manera condicionada por la sentencia C-1039 de 2003 “en el entendido que la protección debe extenderse a los padres que se encuentren en la misma situación, en aras de proteger la prevalencia de los derechos de los niños y el grupo familiar al que pertenecen”.

³⁶ El aparte subrayado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-991 de 2004.

denominado “retén social”. En esta medida, el fin buscado, a saber la eficiencia en el manejo de los fondos públicos, comparativamente hablando sólo obtendría un beneficio medio de mantenerse vigente el límite. Este beneficio medio, y no grave, se confirmaría si se tiene en cuenta que, en mayor o menor medida, la desvinculación de los funcionarios también representaba productividad para la entidad a la cual estaban vinculados lo cual implica que para determinar el efectivo aumento en la eficiencia de la Administración se debe realizar una sumatoria entre la productividad que pierde con la desvinculación y la erogación que deja de realizarse en virtud de la desvinculación del funcionario. Al realizar ésta se disminuiría el beneficio conseguido para la eficiencia”.

Con todo, como se estableció en ese mismo fallo y como se ha señalado en otros pronunciamientos³⁷, **la garantía de la protección reforzada que se ha configurado en favor de las personas consideradas de especial protección constitucional “no se trata de un derecho absoluto, o que pueda mantenerse de manera indefinida”³⁸.**

Por esta razón la Sala no puede asumir, como se plantea en la demanda, que la protección ofrecida en el marco de dicha política, derivada de los imperativos constitucionales fijados por los artículos 13, 42, 43, 44 y 46 de la Constitución, resulte incompatible con cualquier clase de limitación temporal, subjetiva o material. Máxime cuando, como ocurre en este caso, se trata de limitaciones que fueron fijadas por la Asamblea Departamental de Antioquia en desarrollo de sus competencias constitucionales y legales frente a beneficios adoptados en ejercicio de sus legítimas facultades, que buscan compatibilizar el interés de la entidad territorial por la gestión adecuada de sus recursos económicos con su preocupación por ofrecer una protección más amplia que la prevista por el legislador.

4.1.2. Bases para el control de los límites fijados por la Ordenanza No. 02 de 2008 a los beneficios consagrados por ella misma.

Tal como advierte la Contraloría General de Antioquia en la sustentación del recurso de apelación, las medidas de protección contempladas por el parágrafo 1º del artículo 4º de la Ordenanza demandada no van en contra ni buscan desarrollar reglamentariamente a nivel departamental la protección establecida por el legislador en los artículos 12 de la ley 790 de 2002 y 8 literal D de la ley 812 de

³⁷ Sobre los límites temporales, orgánicos y teleológicos de esta protección, véase, p. ej., las sentencias SU-388 y 389 de 2005, o la sentencia SU-897 de 2012.

³⁸ Corte Constitucional, sentencia C-795 de 2009.

2003 a favor de los servidores públicos que sean madres cabeza de familia sin alternativa económica, discapacitados o prepensionados, cuya estabilidad laboral se vea amenazada por un proceso de renovación o reestructuración administrativa; son expresión del ejercicio de las competencias que constitucional y legalmente asisten a la Asamblea Departamental de Antioquia en desarrollo del principio de autonomía territorial (artículos 300.7 de la Constitución y 60.5 del Código de Régimen Departamental). No se puede perder de vista que de conformidad con lo previsto por el artículo 287 de la Carta, las entidades territoriales “gozan de autonomía para la gestión de sus intereses” y que en tal virtud les asiste, entre otros, el derecho a “[e]jercer las competencias que les correspondan”.

Por esta razón *prima facie* resulta legítimo que en aplicación de estos poderes y en cumplimiento de sus responsabilidades frente a la comunidad en general y a los empleados públicos del orden departamental en particular, al habilitar una reestructuración de la Contraloría General de Antioquia, la Asamblea Departamental haya previsto medidas orientadas a resguardar la estabilidad laboral de un círculo de sujetos de especial protección más amplio que el originalmente previsto por el legislador. Como ha sido afirmado por la Corte Constitucional, “programas de protección como el llamado “retén social” tienen fundamento en el principio de igualdad –artículo 13 de la Constitución- entendido en el contexto de justicia material e igualdad real que son axiales al mismo en un Estado social de derecho –artículo 1 de la Constitución-. Dicha protección de fundamento constitucional deberá ser desarrollada (...) en armonía con los mandatos constitucionales que la inspiran, siendo posible que, de acuerdo a cada situación, se prevea una protección de distinto grado o diferente extensión”³⁹. Y en virtud de la primacía de la ley no hay duda que en esta clase de eventos las facultades constitucionales de las entidades territoriales no podrían dar lugar a que se recortara el ámbito de protección de las medidas previstas por el legislador; en otras palabras, en este ámbito, una vez establecido un sistema de protección legal las facultades normativas de las entidades territoriales solo pueden ejercerse para mejorar ese *mínimum* de amparo establecido por la ley, nunca para restringirlo.

En este orden, encuentra la Sala que al establecer en desarrollo directo de las cláusulas constitucionales un cuadro de protección más amplio que el fijado por el legislador (porque abarca a las madres cabeza de familia en general y no solo a

³⁹ Sentencia SU-897 de 2012.

aquellas que carecen de otra alternativa económica, a las personas a quienes les falten doce meses o menos para completar veinte años de servicio continuo o discontinuo y no a los prepensionados –personas a quienes faltan 3 años o menos para adquirir la condición de pensionados- y a los empleados cuyos padres o hijos sufran de enfermedades catastróficas o discapacidades debidamente comprobadas y calificadas por la autoridad científica y dependan de ellas, en lugar de tutelar directa y exclusivamente a las personas con limitación física, visual, mental o auditiva) y constituir una decisión adoptada en ejercicio de la habilitación constitucional y legal para determinar la estructura de la Administración Departamental (artículo 300.7 de la Constitución y 60.5 del Código de Régimen Departamental), contrario a lo afirmado por el demandante y a lo entendido por el Tribunal, **lo previsto por el párrafo 1º del artículo 4º de la Ordenanza demandada no puede ser visto como restrictivo de los derechos consagrados por la regulación legal del retén social.**

En efecto, pese a ser cierto, como afirma el Tribunal Administrativo de Antioquia, que las reglas sobre la protección de los sujetos de especial protección contenidas en las leyes 790 de 2002 y 812 de 2003 y los Decretos 190 y 396 de 2003 resultan aplicables a los procesos de renovación y reestructuración administrativa de los entes territoriales⁴⁰, no lo es que tales medidas hayan sido recortadas o restringidas por la disposición administrativa enjuiciada. Y no lo es porque ella **regula supuestos diferentes, que pretenden ir más allá de la salvaguardia establecida por la ley** y que, por ende, establecen un anillo o nivel de protección que se superpone y ensancha la definida por mandato legal.

La validez de la disposición administrativa que se revisa no depende, entonces, de su conformidad o no con las previsiones de la ley 790 de 2002, sino **de su razonabilidad y proporcionalidad**. Al no ser contraria a las disposiciones legales que rigen la materia, es en la Constitución donde se deben buscar los parámetros de control de la decisión de limitar subjetiva y temporalmente las medidas de salvaguardia de la estabilidad laboral de un grupo de sujetos de especial protección adoptadas por la Duma en cumplimiento de sus responsabilidades constitucionales y legales. En últimas, en general la adopción de esta clase de

⁴⁰ Al respecto véase, de la Sección Segunda de esta Corporación, las sentencias de 16 de febrero de 2012, Rad. No. 25000-23-25-000-2003-05388-01(1585-08). C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero; del 30 de junio de 2011, Rad. No. 25000-23-25-000-2003-04222-01(0270-09). C.P.: Gerardo Arenas Monsalve; o del 19 de agosto de 2010, Rad. No. 76001-23-31-000-2004-03278-01(1893-08). C.P. Alfonso Vargas Rincón.

medidas tuitivas apunta al desarrollo de los mandatos constitucionales de protección de personas en condiciones de vulnerabilidad fijados por los artículos 13, 42, 43, 44 y 46⁴¹, entre otros. De ahí que sea a la luz de estas disposiciones del Texto Superior que se deban juzgar las restricciones impuestas a los amparos previstos. Máxime cuando, como ocurre en este caso, se trata de **una medida tomada en ejercicio de competencias propias de la Asamblea Departamental, que no busca desarrollar reglamentariamente a nivel departamental las previsiones de la ley** (es decir, puntualizando eventuales aspectos necesitados de precisión, a la manera que opera tradicionalmente la potestad reglamentaria) **sino estatuir un régimen adicional o un *plus* de protección** para las personas que siendo empleadas de carrera de la Contraloría General de Antioquia se encuentran incursas en situaciones que de una u otra manera las hacen vulnerables frente a la reestructuración proyectada. Como cualquier otra decisión administrativa en nuestro Estado de Derecho, si bien *prima facie* legítimas en cuanto expresión del ejercicio de una competencia constitucional y legal, **su validez se encuentra sujeta al acatamiento de los principios y derechos establecidos por la Constitución**, toda vez que siendo la igualdad un derecho fundamental no puede ser objeto de límites arbitrarios o contrarios al Texto Superior.

4.1.3. Análisis de la validez de los límites fijados por la Ordenanza No. 02 de 2008 a los beneficios consagrados por ella misma.

Visto lo anterior, la Sala debe valorar la razonabilidad y proporcionalidad de los límites subjetivos y temporales fijados por el parágrafo 1º del artículo 4º a la protección establecida por esa misma previsión en defensa de la estabilidad laboral, la dignidad humana y los derechos de los allegados de los empleados de carrera administrativa de la Contraloría General de Antioquia que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad frente a la reestructuración administrativa dispuesta.

Para el Tribunal de primera instancia, “la restricción temporal para la aplicación de las normas de protección laboral reforzada para la población en estado de vulnerabilidad contraviene el ordenamiento constitucional vigente, pues dicha medida constituye un retroceso en materia de derechos laborales que afecta

⁴¹ Corte Constitucional, sentencia C-795 de 2009. En sentido similar, véase la sentencia T-768 de 2005.

principalmente a sujetos de especial protección constitucional, cuyos derechos deben ser protegidos aún por encima de otros fines de la Administración como la sostenibilidad financiera o la eficiencia en el gasto público, siendo la obligación de protección que recae sobre el Estado frente a esta población no es susceptible de ser limitada sino hasta el momento en que las circunstancias de vulnerabilidad desaparezcan”⁴². En su criterio, dado que “de estas medidas depende, en muchas ocasiones, que esta población pueda tener pleno goce de sus derechos en condiciones de igualdad frente al resto del conglomerado social (...) fijar un límite temporal a la obligación del Estado, no tiene asidero dentro del marco de un Estado social de Derecho”⁴³. Por este motivo declaró la nulidad de los apartes del párrafo 1º del artículo 4 de la Ordenanza No. 02 de 2008 que establecían cualquier clase de límite temporal a la aplicación de las medidas tuitivas fijadas por la Ordenanza.

Consecuencia de esta decisión del *a quo*, el enunciado de la disposición administrativa *sub examine* quedó de la siguiente manera:

Parágrafo primero: *En los casos en los cuales los cargos de carrera administrativa correspondan a madres cabeza de familia o tengan por titular personas a quienes les faltare ~~doce (12) meses o menos~~ para completar veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, o cuando alguno de sus padres o hijos sufran enfermedades catastróficas o discapacidades debidamente comprobadas por la autoridad científica y dependan de ellos, la desvinculación sólo se hará efectiva ~~después de los doce (12) meses siguientes a la vigencia de la norma que suprime el cargo~~ o en el momento en que cese la circunstancia, ~~si fuere antes~~. Igual ~~periodo de gracia y tratamiento~~ se otorga a los titulares de cargo cuyas familias hayan sido desplazadas por la violencia o afectados con estos delitos (las expresiones tachadas fueron anuladas).*

Observa la Sala que de la lectura del texto que resultó de la sentencia de 30 de marzo de 2012 surgen dudas sobre la razonabilidad y coherencia de la medida tal como debe ser aplicada **luego del fallo**. En efecto, suprimir el término de doce meses establecido por la Asamblea como condición para amparar a las personas a quienes falta poco tiempo para completar veinte años de servicio resulta inexplicable, pues, como se aprecia en el texto transcrito, por envolver no un límite temporal –como equivocadamente lo interpreta el *a quo*– sino subjetivo (ya que apunta a delimitar el círculo de individuos amparados por la medida), genera una protección incondicionada a favor de cualquier persona que no haya cumplido veinte años de servicios continuos o discontinuos, es decir, DE PRÁCTICAMENTE

⁴² Folio 170 revés y 171 del Cuaderno 2.

⁴³ Folio 174 revés del Cuaderno 2.

CUALQUIER FUNCIONARIO DE CARRERA DEL ÓRGANO REESTRUCTURADO. De ese modo, una previsión destinada a delimitar el grupo de personas que por su edad (están muy próximos a cumplir veinte años de servicio continuo o discontinuo) pueden llegar a afrontar dificultades para encontrar un nuevo puesto de trabajo, pasa a beneficiar a la generalidad de los casos, porque aplica frente a cualquier empleado de carrera que no haya cumplido dicho tiempo de servicio (desde el que lleva un día de trabajo, como el que lleva seis meses, un año, once o dieciocho, ya que todos tienen en común no haber completado aún veinte años de servicio continuo o discontinuo). Con ello la medida prevista por la Asamblea Departamental no solo pierde su sentido de discriminación positiva (puesto que deviene en una medida general) sino que además termina por suponer **una talanquera seria, injustificada y desproporcionada a la realización de la reestructuración proyectada**, que queda así diferida en el tiempo en prácticamente todos los casos. Con el agravante adicional, generado también por el fallo apelado, que en virtud de la anulación del plazo de doce meses fijado originalmente por la ordenanza para la aplicación efectiva de la medida, tal decisión queda aplazada hasta “el momento en el que cese la circunstancia”, es decir, cuando quiera que se cumplan los veinte años de servicio continuo o discontinuo en relación con cada uno de los funcionarios afectados por el plan de reestructuración; **tornando en prácticamente inamovibles a personas que objetivamente no deberían ser merecedoras de tal protección.**

Para la Sala una decisión así resulta del todo inasumible por irracional e irrazonable. Siendo claro que el deber del Contencioso Administrativo radica en efectuar un control de legalidad de los actos administrativos a partir de su confrontación con las disposiciones superiores aplicables en cada caso, no hay duda que tal labor no puede efectuarse en abstracto, sin consideración alguna de los resultados concretos que arroja. Sin pretender estatuir un control basado en juicios puramente consecuencialistas, para la Sala no hay duda que el Juez de la Administración no puede operar sobre la base de razonamientos puramente deductivos que no reparan en absoluto en las implicaciones prácticas de su resultado. Esto, pues no hay duda que si pese a la validez de las premisas los resultados del silogismo efectuado son incoherentes o irracionales e irrazonables (como en el presente caso) algo ha fallado en el proceso de toma de la decisión, bien al establecer aquellas, bien al valorarlas o al derivar las conclusiones; y en tales condiciones éstas deberán ser objeto de reconsideración. Con

independencia de la validez formal o aparente que pueda ofrecer esta clase de procedimientos intelectivos, es indudable que su legitimidad última no podrá depender más que de la lógica interna y externa que se deriva de su sentido mismo, por lo cual una decisión carente de él o contraria por completo a la *ratio* y al *telos* de las disposiciones que ampara o del sistema del que forma parte difícilmente podrá validarse. De aquí que no puedan aceptarse como válidas soluciones que resultan en una equivocada homologación de la política del retén social y su preocupación por la promoción de la igualdad material de un cierto grupo de personas (las más vulnerables), con la intangibilidad de la estructura administrativa o la parálisis de cualquier intento de modificación o reforma de la organización de la Administración Pública. No otro es, en la práctica, el resultado del fallo impugnado, que además de trocar en general una medida particular de acción afirmativa, desvirtuándola, termina por convertirla en un freno injustificado a la potestad de reforma de la estructura de la organización administrativa departamental.

Visto lo anterior, queda pronunciarse sobre la razonabilidad y proporcionalidad de los límites subjetivos y temporales fijados por el parágrafo 1º del artículo 4º de la Ordenanza demandada.

Encuentra la Sala que el término de “doce (12) meses o menos para completar veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos”, en cuanto límite subjetivo a la aplicación del beneficio contemplado, resulta conforme con el derecho a la igualdad material que busca tutelar la medida prevista, pues si bien define restringe su efectividad a un grupo determinado de personas, lo hace con base en un criterio constitucionalmente legítimo como es la identificación del grupo de personas más vulnerables a los efectos de la reestructuración. De este modo, su validez se desprende no solo de que encarna una medida de discriminación positiva (a secas) a favor de esta población, sino que además lo hace de una manera razonable y proporcionada. En cuanto a lo primero, se tiene que la singularización del grupo favorecido (a saber: el señalamiento del conjunto específico de beneficiados integrado solo por personas a quienes faltan doce meses o menos para completar veinte años de servicio) es válida, por cuanto busca amparar la estabilidad laboral de aquellos funcionarios quienes por su edad más avanzada pueden llegar a tener problemas para la búsqueda de otro puesto de trabajo. Es decir, impone **un tratamiento diferenciado que busca separar casos que por sus diferencias intrínsecas no pueden ser sometidos a un**

mismo rasero. Ello encuentra fundamento en lo previsto tanto por el artículo 13 de la Constitución, que insta al Estado a promover condiciones de igualdad material y efectiva en favor de grupos discriminados y marginados y de las personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (*trato igual entre iguales y trato diferente entre diferentes*), como en el artículo 46, que impone a las autoridades el mandato de protección y asistencia a las personas de la tercera edad.

De aquí que sea también una delimitación razonable y proporcionada de los beneficiarios de la protección especial. Es razonable en tanto que persigue un fin constitucionalmente válido e imperioso como es la gestión eficiente de los recursos humanos y económicos de la Administración Pública. Por eso se identifica un conjunto limitado de favorecidos y no, como propone el Tribunal *a quo* en su solución, una previsión general, reñida con la idea de discriminación positiva que subyace a la política del retén social y con el carácter esencialmente reformable de la estructura del aparato administrativo. Recuerda la Sala que según la jurisprudencia constitucional, la denominada discriminación positiva o acción afirmativa alude a “todas aquellas medidas, políticas o decisiones públicas a través de las cuales se establece un trato ventajoso, y en cuanto tal formalmente desigual, que favorece a determinadas personas o grupos humanos tradicionalmente marginados o discriminados, con el único propósito de avanzar hacia la igualdad sustancial de todo el conglomerado social”⁴⁴. Por ende, esta clase de actuación implica por definición una segregación de casos aparentemente semejantes a partir de criterios objetivos con la finalidad de contribuir a la materialización de una igualdad real y efectiva en distintos ámbitos de la vida.

De otra parte, dicha restricción es proporcionada en tanto que para lograr el fin constitucional perseguido adopta una medida que, como la restricción del beneficio de estabilidad reforzada a un grupo reducido de personas (quienes pueden resultar más vulnerables frente a las consecuencias de la reestructuración para su vida laboral y para la efectividad de sus derechos fundamentales), es adecuada, necesaria y proporcionada en estricto sentido para lograr el fin de la gestión eficiente de los recursos humanos y económicos de la Administración. Es adecuada en tanto que posibilita la revisión de la estructura orgánica de la Contraloría General de Antioquia con una limitación puntual, que si bien amplía el

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia C-293 de 2010.

radio de protección del retén social prefigurado por el legislador (leyes 790 de 2002 y 812 de 2003) no anula ni desvirtúa el poder de reforma de la estructura administrativa departamental que asiste a la Asamblea Departamental. Es también necesaria en tanto que otras vías de protección de la igualdad material (como, por ejemplo, la adoptada por el Tribunal *a quo*) podrían suponer un sacrificio excesivo de dicho poder de reforma y, por ende, restringir de forma desmedida las posibilidades de realización del fin de eficiente manejo de los recursos humanos y económicos de la Administración. Y, por último, es proporcionada en estricto sentido, en tanto que los beneficios que ofrece su implantación (materialización de la preocupación por la racionalización del gasto y la garantía del mejoramiento de la gestión de la entidad) es superior a las implicaciones negativas que conlleva para quienes se ven excluidos del trato favorable, pues la aplicación de las normas legales del retén social y del *plus* de protección previsto por la Ordenanza demandada permiten entender que el grupo de personas especialmente vulnerables y, por lo tanto, merecedoras de particular atención por parte de las autoridades, se encuentra a salvo.

Así, toda vez que **la política del retén social** “responde a imperativos constitucionales que se desprenden de los artículos 13, 42, 43 y 44 superiores, entre otros, y que constituyen en sí mismos fines esenciales en el Estado Social de Derecho”⁴⁵, **no puede confundirse con una supuesta imposibilidad constitucional de llevar a cabo planes de renovación o reestructuración administrativa**, y por lo mismo, la identificación estricta del grupo de beneficiarios de la protección extra consagrada por la Ordenanza No. 02 de 2008 para quienes están cerca de cumplir veinte años de servicios continuos o discontinuos resulta razonable y proporcionada. Por buscar las normas del retén social ofrecer una protección especial consistente en la imposibilidad de retirar del servicio a los empleados que se encuentren en situaciones de especial vulnerabilidad frente a las consecuencias de un programa de renovación o de modernización de la estructura de la Administración, no hay duda que sus disposiciones no tienen vocación de aplicación general frente a toda la planta de personal de una entidad y que implica, en últimas, un mandato de identificación y tipificación de los sujetos especialmente vulnerables.

Ahora, en lo que tiene que ver con la razonabilidad y proporcionalidad de la medida de protección prevista por la Asamblea Departamental de Antioquia frente

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia C-795 de 2009.

al grupo de población vulnerable elegido, a saber: la suspensión por doce meses contados a partir de la supresión del cargo de la desvinculación, o su aplazamiento hasta el momento en que cese la circunstancia que origina la protección si éste ocurre antes de los doce meses señalados, encuentra la Sala que tampoco hay reparos a su constitucionalidad. Tanto el carácter no absoluto de la protección a la estabilidad laboral que brinda la política del retén social, como el hecho que el amparo ofrecido por la Ordenanza constituye solo un *plus* de protección a la ordenada por el legislador en las leyes 790 de 2002 y 812 de 2003, son argumentos de peso que permiten a la Sala afirmar que la medida tuitiva escogida es válida a la luz de la Constitución. No obstante, es la consideración misma de su conformidad con las exigencias de los principios de razonabilidad y de proporcionalidad lo que refuerza esta idea.

Al respecto, encuentra la Sala que las consideraciones efectuadas en el apartado anterior en relación con la razonabilidad de la restricción subjetiva contemplada para la aplicación de esta medida son en buena parte extensibles a la valoración concreta de la razonabilidad de esta medida en particular, pues tienen como base común la preocupación por la gestión eficiente de los recursos económicos y humanos de la Administración. De ahí que a ellas se remita.

De otra parte, en lo atinente al juicio de proporcionalidad, observa la Sala que la medida es adecuada, porque posibilita la tutela de la estabilidad laboral de las personas favorecidas por ella sin menoscabar las legítimas potestades de revisión de la estructura orgánica de la Contraloría General de Antioquia que asisten a la Asamblea Departamental. Se trata, además, de una medida necesaria, en tanto que otras vías de protección de la igualdad material y de la estabilidad laboral de las personas vulnerables (como, por ejemplo, la adoptada por el Tribunal *a quo*) podrían suponer un sacrificio excesivo del poder de reforma de la estructura de la Administración y, por ende, restringir de forma desmedida y sin una buena justificación (recuérdese que nos ubicamos en el plano del segundo anillo de protección y que las personas más vulnerables son titulares del derecho a una estabilidad laboral reforzada prevista por las disposiciones legales que establecen el primer anillo o nivel de amparo) las posibilidades de realización del fin de eficiente manejo de los recursos humanos y económicos de la Administración. Y, por último, es proporcionada en estricto sentido, en tanto que los beneficios que ofrece su implantación (viabiliza decisiones orientadas a racionalizar el gasto y la garantía del mejoramiento de la gestión de la entidad) es superior a las

implicaciones negativas que conlleva, pues ofrece un lapso razonable para que las personas afectadas por la reestructuración pero beneficiadas de la medida enjuiciada (esto es, las personas que se encuentran en ese segundo anillo de protección previsto por la Ordenanza) cuenten con tiempo suficiente para continuar su vida después de hecha efectiva la determinación.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la validez de las expresiones “si fuere antes” y “periodo de gracia”, también anuladas por el fallo apelado, encuentra la Sala que nada hay que objetarles desde el punto de vista de su constitucionalidad. Ciertamente, en lo que tiene que ver con la primera expresión encuentra la Sala que los razonamientos expuestos hasta ahora sobre la razonabilidad y proporcionalidad de la medida prevista por la Asamblea son predicables de esta decisión, que no pretende nada distinto a poner fin al amparo brindado a partir del momento en que desaparece su razón de ser (bien porque se deja de ser madre cabeza de familia, de tener un padre o un hijo con discapacidad y dependencia económica o se completan los veinte años de servicio). Por iguales razones concluye la Sala que es la expresión “periodo de gracia”, contemplada por la Ordenanza como simple fórmula para hacer extensivo el mismo tratamiento beneficioso a favor de los titulares de cargos de carrera cuyas familias hayan sido desplazadas por la violencia o afectados con estos delitos, es conforme a la Constitución; máxime cuando, como quedó evidencia *ut supra* la medida de protección prevista en desarrollo de las cláusulas constitucionales que consagran la igualdad material no encierra nada distinto a un plazo prudencial para hacer efectiva la decisión de desvincular a un funcionario de carrera como consecuencia de la reestructuración, con miras a amortiguar los efectos negativos de esta determinación y brindarle un término para que adapte su vida (y la de su entorno) a la realidad que se deriva de dicha resolución de la Administración.

En este orden de ideas, esta Corporación debe revocar la decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia en relación con la anulación de las expresiones invalidadas del párrafo 1º del artículo 4º de la Ordenanza demandada, pues no solo se constata que no se trata de límites temporales y subjetivos arbitrarios, sino que además ha acreditado su razonabilidad y proporcionalidad.

4.2. La fundamentación de la decisión del Tribunal de anular lo previsto por el párrafo 2º del artículo 4º de la disposición administrativa demandada.

De acuerdo con lo expresado por la impugnación presentada por la Contraloría General de Antioquia, aunque la sentencia apelada declaró la anulación del párrafo 2º del artículo 4º de la Ordenanza demandada, no hay en la sentencia atacada razones que fundamenten tal determinación.

El enunciado normativo anulado, sobre el que recae este cargo particular de la censura, es el siguiente:

Parágrafo segundo: *El Contralor podrá diseñar y ofrecer planes de retiro voluntario con su respectiva indemnización de conformidad con la ley.*

Según el demandante esta previsión debe ser anulada porque no hay ninguna disposición constitucional ni legal que habilite a la Asamblea Departamental a delegar funciones o competencias a servidores públicos distintos del Gobernador. En criterio del actor “al no tener competencia ni la Asamblea para delegar, ni el Contralor para asumir lo delegado, deben anularse el artículo PRIMERO y el PARÁGRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO CUARTO de la Ordenanza atacada”⁴⁶.

La Sala constata que en ninguna parte de la motivación del fallo de 30 de marzo de 2012 el Tribunal Administrativo de Antioquia ofrece alguna razón o consideración que pueda servir de base a la decisión anulatoria adoptada. En una primera parte de la motivación, el fallo se ocupa de la competencia de las Asambleas Departamentales y de los Gobernadores y Contralores respecto de la estructura de estos entes de control a nivel departamental, y en el segundo apartado examina la cuestión de la protección laboral reforzada que se desprende de las normas del denominado retén social. Pero en ninguna parte se detiene a estudiar la validez de la previsión contenida en el párrafo 2º del artículo 4º de la Ordenanza No. 02 de 2008, no obstante lo cual adopta la decisión de anularla.

Por esta razón encuentra la Sala que al tratarse de una decisión sin motivación resulta ilegítima, y la decisión de confirmar o revocar ese extremo del fallo impugnado dependerá del análisis que se lleve a cabo sobre los cargos expuestos en la demanda.

Al respecto manifiesta esta Sección del Consejo de Estado que aun cuando una lectura desprevenida y aislada de las normas de la ley 909 de 2003 podrían llevar

⁴⁶ Folio 10 del Cuaderno 1.

a validar la decisión de habilitar al Contralor Departamental para el diseño e implementación de planes de retiro voluntario con indemnización, pues se trata de una forma de desvinculación que dado su elemento de voluntariedad⁴⁷ bien podría enmarcarse dentro del retiro del servicio por renuncia regularmente aceptada previsto por el literal d) del artículo 41 de la ley 909 de 2003⁴⁸, visto con detalle y desde una perspectiva sistemática debe ser rechazada. Esto, debido a que, como fue señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-479 de 1992 y ha sido admitido por esta Corporación en varias oportunidades⁴⁹, **la institución del retiro voluntario mediante bonificación riñe con los principios y preceptos constitucionales sobre los cuales se edifica la carrera administrativa y el sistema de empleo público.**

En efecto, de acuerdo con las razones expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia C-479 de 1992, que evaluó la constitucionalidad del Decreto 1660 de 1991, “por el cual se establecen sistemas especiales de retiro del servicio mediante compensación pecuniaria y se dictan otras disposiciones”:

*“Cuando la norma en examen se ocupa de la naturaleza de este medio de desvinculación de servidores públicos, incurre en el desconocimiento de postulados constitucionales por cuanto el plan colectivo de retiro compensado al estar dirigido indistintamente a personal de carrera y de libre nombramiento y remoción, ignora los derechos del funcionario amparado por la institución de la carrera administrativa (artículo 125 de la Constitución), toda vez que, al incluirlo dentro de un plan colectivo de retiro **compensado** se le propone "canjear" derechos adquiridos por bonificación o compensación pecuniaria, sin tener en cuenta que la pérdida de los derechos de carrera -en buen número de casos alcanzados mediante alta cuota de sacrificio- y la pérdida del empleo dejan a la persona desprotegida hacia el futuro, en la incertidumbre de si podrá obtener nueva ocupación, en especial después de haber sobrepasado las llamadas "edades tope" para el mercado laboral.*

Es inconstitucional la compensación ofrecida al funcionario amparado por derechos de carrera, no solo 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

⁴⁷ Este elemento propio de los planes de retiro es destacado por la Corte Constitucional en la sentencia T-732 de 2001.

⁴⁸ Según lo previsto por el numeral 1º del artículo 42 de la ley 909 de 2003, la pérdida de los derechos de carrera administrativa tiene lugar, entre otras, por el retiro del servicio por cualquiera de las causales previstas en el artículo 41.

⁴⁹ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 10 de octubre de 2002, Rad. No. 11001-03-25-000-2000-0126-01(2099-00). C.P.: Alberto Arango Mantilla. También, de la misma Corporación, la sentencia del 11 de febrero de 1999, Rad. No. 13898. C.P.: Silvio Escudero Castro.

en forma implícita, a renunciar a los beneficios que le confiere el estar vinculado a la carrera administrativa.

De otra parte, dirigir este tipo de Plan al personal de libre nombramiento y remoción, significa, como ya se dijo, reconocer y pagar una compensación sin causa a un funcionario, que dada la naturaleza de su vínculo con la administración, puede, en virtud de la facultad conferida por la ley al nominador, ser desvinculado sin que se le reconozcan derechos y prestaciones sociales distintas de aquellas con las que el Estado mediante la ley ampara a esta clase de servidores públicos”.

En similar sentido ha expresado esta Corporación que:

“(...) el empleado que ha accedido al servicio mediante concurso y, como consecuencia, ha sido inscrito en el escalafón de la carrera administrativa, adquiere un derecho, pero esta situación, que protege un interés particular, debe ceder ante el interés general, que prima cuando el Estado, en desarrollo de facultades constitucionales y legales, moderniza la administración y suprime empleos desempeñados por servidores escalafonados. Y, ante el perjuicio que esta determinación legítima causa debe proceder a resarcir los perjuicios, para lo cual cuenta con un mecanismo previsto por el legislador, como es la indemnización. Ahora, lo anterior, que es consecuencia de la supresión de empleos, no puede confundirse con la figura que en un momento adoptó el ejecutivo ofreciendo a los empleados escalafonados una compensación si renunciaban a su cargo o, sencillamente, una compensación si los retiraba mediante la insubsistencia. Obsérvese que la anterior situación no preveía intereses generales de modernización de la administración pública, sino la negociación de un derecho adquirido que no implicaba supresión del empleo. Sencillamente, buscaba que el empleado renunciara a sus derechos voluntariamente, acogiéndose al plan de retiro de la entidad, so pena de su retiro forzoso mediante insubsistencia con indemnización”⁵⁰.

Así las cosas, encuentra la Sala que, por encerrar una institución contraria a los derechos de carrera de los funcionarios inscritos en ella y no directamente conectada con razones de interés general de peso suficiente para justificar la limitación de estos derechos, la figura de los planes de retiro voluntario compensados no tiene cabida allí donde imperan las reglas y los principios de gestión del empleo público establecidos por la Constitución.

En consecuencia, le asiste razón al demandante cuando considera que la Asamblea Departamental carecía de competencia para adoptar una determinación semejante y facultar al Contralor para actuar en contravía de las disposiciones de la Constitución.

⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 10 de octubre de 2002, Rad. No. 11001-03-25-000-2000-0126-01(2099-00). C.P.: Alberto Arango Mantilla.

Por este motivo, se confirmará la anulación del párrafo 2º del artículo 4º de la Ordenanza No. 02 de 2008.

5. Resolución del caso concreto.

Con base en las consideraciones anteriores, la Sala deberá confirmar parcialmente la demanda. Esto, porque debido a lo constatado en esta providencia en relación con el retén social establecido se impone modificar lo resuelto por el Tribunal *a quo* a dicho respecto, debiéndose confirmar el fallo apelado en todo lo demás.

Así, en cuanto a las previsiones relacionadas con el retén social establecidas por el párrafo 1º del artículo 4º de la Ordenanza No. 002 de 2008, por encontrar que los límites subjetivos y temporales a la aplicación de las medidas de protección para la población vulnerable afectada por la reestructuración de la Contraloría General de Antioquia previstas por la misma ordenanza no desconocen las disposiciones de las leyes 790 de 2002 y 812 de 2003, sino que desarrollan los artículos 13, 42.2, 43.3, 44.3 y 46.1 de la Constitución, y son además conformes a las exigencias de los principios de razonabilidad y de proporcionalidad, la Sala modificará el punto primero del fallo de 30 de marzo de 2012 proferido por la Sala Novena de Decisión del Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, para revocar la anulación parcial (solo algunos apartados) del párrafo 1º del artículo 4º de la Ordenanza atacada.

De otra parte, en lo que tiene que ver con lo previsto por el párrafo 2º del artículo 4º de la Ordenanza No. 002 de 2008 en materia de planes de retiro compensado, por estimar la Sala que la Asamblea Departamental carecía de competencia para facultar al Gobernador o al Contralor General de Antioquia (o a cualquier otro funcionario) para diseñar e implementar planes de retiro voluntario con compensación, por tratarse de una figura contraria a la Constitución y la ley, se confirmará la anulación dispuesta por la sentencia apelada en relación con el párrafo 2º del artículo 4º de la Ordenanza No. 02 de 2008 expedida por la Asamblea Departamental de Antioquia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el punto PRIMERO de la sentencia del 30 de marzo de 2012 proferida por la Sala Novena de Decisión del Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, que declaró la nulidad de los apartes: "... doce (12) meses o menos...", "...después de los doce (12) meses siguientes a la vigencia que suprime el cargo o...", "...si fuere antes" y "periodo de gracia y...", contenidos en el párrafo 1º del artículo 4º de la Ordenanza Departamental No. 002 de 2008, para en su lugar NEGAR la pretensión de anulación del párrafo 1º del artículo 4º de la Ordenanza atacada.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo demás.

En firme esta providencia, remítase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDES

GUILLERMO VARGAS AYALA