

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: **Flavio Augusto Rodríguez Arce**

Bogotá D. C., diecinueve (19) de mayo de dos mil cinco (2005)

Radicación 1627.

Referencia: Reten social. Derechos laborales derivados de la incorporación de empleados públicos amparados por tal régimen.

El señor Ministro del Interior y de Justicia plantea a la Sala varios problemas jurídicos, de orden sustancial y procedimental, relacionados con los efectos laborales de la reincorporación de empleados públicos que alegan estar amparados por el reten social durante el período en que fueron desvinculados del servicio, la forma y vía de restablecer los derechos y la caducidad de la acción. En concreto pregunta:

“1.- El término de caducidad para invocar el reconocimiento y pago, así como las demás pretensiones de los funcionarios se cuenta a partir de: la fecha de entrada en vigencia del decreto 202 de 2003, la fecha de expedición del decreto 1015 de 2004, la fecha de la notificación de las resoluciones que dispusieron la nueva incorporación, en las cuales, valga precisar, no se hizo alusión a la procedencia de recursos, la fecha de la respuesta a las peticiones incoadas para el pago y reconocimiento de los derechos laborales?

2.- Como quiera que el origen del presunto daño tuvo como consecuencia en (sic) un acto administrativo, los interesados tendrían como única vía la acción de nulidad y restablecimiento, o por el contrario, procedería la acción de reparación directa para obtener la reparación del daño.

3.- Hay lugar a la declaración de no solución de continuidad a pesar de que estuvieron desvinculados desde el 6 de febrero de 2003 hasta los últimos días del mes de mayo de 2004.

4.- Es procedente el pago de salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos que los funcionarios dejaron de percibir durante el tiempo de su desvinculación? De ser procedente dicho pago, habría lugar a la compensación de estos valores con lo que la entidad canceló en el año 2003 por concepto de ‘indemnización’ o ‘reconocimiento económico’?

Consulta. Radicación 1627

5.- Es viable la reinscripción en el escalafón de carrera administrativa a quienes se les suprimió el cargo y fueron vinculados a través del decreto 1015 de 2004 y las resoluciones respectivas?

6.-Considerando que a los funcionarios incorporados les fue cancelada la indemnización por supresión del cargo, en el evento de no ser viable la cancelación de los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos, éstos deberán hacer el reintegro de los valores recibidos por concepto de indemnización?, cuál sería el mecanismo a ser utilizado por la Administración para obtener dicho reintegro?"

La Sala considera

1.- Estabilidad laboral reforzada

1. 1.- Marco constitucional

Algunos sectores vulnerables de la población, dada su particular condición física o laboral, tienen una protección especial de estabilidad en sus empleos fundada en disposiciones de la Carta – preámbulo y artículos 1º, 2º, 13, 43, inciso segundo, 44, 46, 47, 53 y 54 -. Por su parte, la legislación ha contemplado beneficios en favor de estos grupos – leyes 361 de 1997 ¹, 82 de 1988 ², 750 de 2002 ³, ley 443 de 1998⁴ y 82 de 1993 ⁵ -; el decreto 1572 de 1998 ⁶ y la Directiva Presidencial No. 10 del 20 de agosto de 2002 ⁷ también se refirieron al tema⁸ .

Con apoyo en las citadas normas constitucionales y legales, dentro de la concepción de Estado Social de Derecho, la Corte Constitucional ha desarrollado el principio de estabilidad laboral reforzada a favor de grupos de personas, entre ellos, los discapacitados ⁹, los trabajadores con fuero sindical ¹⁰, los trabajadores portadores del VIH – SIDA ¹¹, las madres cabeza de familia ¹² y las mujeres embarazadas o en período de lactancia¹³. De esta manera sostiene que si bien, conforme al artículo 53 de la Carta, todos los trabajadores tienen un derecho general a la estabilidad en el empleo, existen casos en que este derecho es aún más fuerte, por lo cual, en tales eventos, cabe hablar del derecho constitucional a la estabilidad laboral reforzada ¹⁴.

¹ Artículo 26. V. sent. C- 531/00.

² Por la cual se aprobó el Convenio 159 de la OIT – art. 1º -.

³ En su artículo 1º concede el beneficio de excarcelación domiciliaria para la mujer cabeza de familia.

⁴ Artículo 63.

⁵ Por la cual se expiden normas para apoyar a la mujer cabeza de familia, artículo 2º. V. Sent. C- 034/99.

⁶ Artículos 78 a 89.

⁷ “No obstante, la política del ‘retén social’ deberá aplicarse en los procesos de reforma”.

⁸ “Para compensar las medidas de austeridad tomadas por el Gobierno en materia de redimensionamiento de la fuerza laboral, se estableció una política de ‘retén social’” - Sentencia C-991/04.

⁹ Ver sentencias T-519/03, T-351/03, C-072/03, T-765/03, C-034/03, T-689/04, T-1208/04, T-1040/01, C-531/00 y C-174/04.

¹⁰ Sentencias C-034/03, C-470/97, C-112/99, T-1208/04, C-038/04 y C-734/03. Ver art. 147 dec. 1572/98.

¹¹ Sentencias T-978/04 y T-469/04.

¹² Sentencias C-874/99.

¹³ Sentencias C-470/97, C-174/04, T-925/04, SU- 2 50/98, C-401/98, T-872/04, T-848/04, T-917/04, T-900/04, T-896/04, T-1208/04, T-895/04, T-891/04 y T-373/98, entre otras muchas.

¹⁴ Sentencia C-531/2000.

Consulta. Radicación 1627

Respecto de estos casos se admite la aplicación directa de la Constitución, sin perjuicio de la obligación del Congreso de desarrollar mediante la ley el contenido y alcance del principio mínimo fundamental en mención.¹⁵

De esta manera se evidencia que el principio de la estabilidad laboral reforzada, en algunos eventos, como el de los discapacitados y las mujeres embarazadas, no está sujeto a un desarrollo legal previo, sino que constituye aplicación directa de normas constitucionales, particularmente del artículo 13, en cuanto el Estado está obligado a proteger especialmente a las personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta, en orden a que puedan gozar de seguridad en la continuidad del vínculo laboral, mientras no exista una causal justificativa de desvinculación.

2.2. – La estabilidad laboral reforzada de la ley 790 de 2002

Mediante la ley 790 del 27 de diciembre de 2002, se expidieron disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública. Concretamente, por medio del artículo 3º¹⁶ se fusionaron los Ministerios del Interior y de Justicia y del Derecho para conformar el Ministerio del Interior y la Justicia. En este proceso el legislador contempló una norma de acciones afirmativas o de diferenciación positiva¹⁷ aplicable a empleados de libre nombramiento y remoción y de carrera, la cual además reafirmó, en algunos casos, la estabilidad laboral reforzada de rango constitucional de algunas personas o grupos y la amplió en otros.

De esta forma, se brindó legalmente una garantía particular a sectores vulnerables de la población, consagrando una prerrogativa especial a su favor frente a la escasez de un bien deseado y escaso como lo es el empleo, la cual consistió en la prohibición de su desvinculación. Ello tiene apoyo en la cláusula de Estado Social de Derecho y, por ende, en los fines esenciales, en los deberes sociales del Estado y en el derecho a la igualdad real y efectiva, postulados todos consagrados en nuestra Carta Política y en numerosos instrumentos internacionales. Es así como el artículo 12 de la ley en cita dispuso:

“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 económica¹⁸, *las personas con limitación física, mental, visual o*

¹⁵ Ver sentencias C- 037 y C- 531 de 2000, T- 1040 de 2001, T-792 y T-1101 de 2004.

¹⁶ Artículo declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-880/03, sólo por los cargos formulados en la demanda.

¹⁷ Sent. C- 174/04: “3.1.1 Como lo ha explicado la Corte en numerosas ocasiones con la expresión acciones afirmativas o de diferenciación positiva se designan políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación”. Ver entre otras las sentencias T-330/93, C- 371/00, C-410/01, C-401/03, C-044/04.

¹⁸ En la sentencia C-1039 de 2003 la Corte Constitucional declaró exequible la expresión “las madres” contenida en el artículo 12 de la ley 790 de 2002 y en la C-044 de 04 la frase “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”, en el entendido que la protección debe extenderse a los padres que se

Consulta. Radicación 1627

*auditiva*¹⁹, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley”.

En la exposición de motivos del proyecto de ley número 100 de 2002 - Senado, que a la postre se convertiría en la ley 790, se lee:

“El artículo 6° - que corresponde al 12 de la ley – consagra una protección especial para unos sectores de la población que desde los textos constitucionales están reconocidos como de especial responsabilidad del Estado, atendidas sus particulares condiciones de vulnerabilidad. Pero haciendo evidente también las posibilidades que todos ellos tienen de participar activamente en el desarrollo de las funciones públicas. Con base en estos dos aspectos, **la propuesta pretende que la causal de supresión del empleo no les sea aplicada.**

Esta disposición está a tono con el espíritu y el texto de cánones tan explícitos como los establecidos en el artículo 43 de la Carta Política, según el cual es obligación del Estado apoyar a la mujer cabeza de familia, y lo propio frente a los disminuidos físicos sensoriales y psíquicos.”²⁰ (Destaca la Sala)

En estas condiciones, el Congreso desarrolló legalmente el principio de estabilidad laboral reforzada – art. 12 – a favor de las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitaciones física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplieran con la totalidad de los requisitos - edad y tiempo de servicio - para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años, contados a partir de la promulgación de ley 790. Ello implicó, para unos, la creación del principio - por ejemplo, para los servidores públicos que sin pertenecer necesariamente a la tercera edad, cumplieran con los requisitos para disfrutar de su pensión de jubilación-, para otros, su reafirmación legal, conforme a los postulados de protección que devenían de la propia Carta; finalmente, respecto de algunos grupos, se mejoraron sus condiciones de protección legal. En estos últimos casos la jurisprudencia había desarrollado el núcleo de la protección – discapacitados y en algunos casos, las madres cabeza de familia sin alternativa económica –.

2.3- Efectos retroactivos del artículo 12 de la ley 790

De la armonización de los artículos 12 y 13 de la ley 790 se derivan efectos retroactivos en relación con los derechos establecidos dentro del Programa de Renovación de la

encuentren en la misma situación, en aras de proteger la prevalencia de los derechos de los niños y el grupo familiar al que pertenecen.

¹⁹ Expresión declarada exequible por los cargos formulados - Sentencia C-174/04.

²⁰ Gaceta del Congreso 430 de 2002, página 5.

Consulta. Radicación 1627

Administración Pública ²¹, específicamente los señalados en el Capítulo II. Dispone el artículo 13: ²²

“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.”²³

El Capítulo II contiene cuatro beneficios a favor de los servidores públicos: (i) reconocimiento económico para la rehabilitación profesional y técnica – art. 8° -, (ii) cotización a la entidad promotora de salud – art. 9° ²⁴-; (iii) programa para el mejoramiento de competencias laborales – art. 11 – y (iv) protección especial de estabilidad reforzada, a partir de la implementación del Programa de Renovación de la Administración Pública – art. 12 –

Cuando el artículo 13 de la ley 790 en materia de vigencia en el tiempo precisa que las disposiciones del capítulo II **“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”, la Sala destaca que todos los beneficios consagrados en el referido capítulo, incluida la protección especial del artículo 12, tienen una fecha expresa de aplicación y eficacia, el 1° de septiembre de 2002. Esto implica que el legislador quiso extender los derechos a una fecha anterior a la propia vigencia de la ley y respecto de la totalidad de los servidores, en tanto no exceptuó ninguno. En este mismo sentido, la Corte Constitucional en sentencia T- 925/04 precisó que “(...) el artículo 13 de la misma Ley 790 de 2002 estableció un ámbito de aplicación en el tiempo para las disposiciones contenidas en el capítulo II de la misma ley sobre

²¹ Encuentra la Sala que la voluntad objetiva de la ley fue al mismo tiempo, pretender renovar y modernizar la estructura de la rama ejecutiva del orden nacional con la finalidad de garantizar, dentro de un marco de sostenibilidad financiera de la Nación, un adecuado cumplimiento de los fines del Estado – artículo 1° -, y brindar, con apoyo en los mandatos constitucionales, un beneficio razonable y proporcionado, esto es, una estabilidad reforzada – que no se convierte en inmunidad absoluta - a sectores vulnerables de la población con dificultades para reincorporarse al mercado laboral, de modo que no se vieran afectados por la reestructuración administrativa.

²² En la exposición de motivos de esta disposición se lee: “El artículo 7° - el 13 de la ley -, finalmente establece una vigencia precisa para la aplicación de las disposiciones de este capítulo II, teniendo en cuenta que la razón de las mismas está directamente relacionada con los propósitos del Programa Gubernamental de Renovación de la Administración Pública del orden nacional.” Gaceta del Congreso 430 de 2002, página 5.

²³ Artículo modificado por el Artículo 8o. literal D de la ley 812 de 2003 - Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006 -, el cual dispuso que “Los beneficios consagrados en el Capítulo 2 de la ley 790 de 2002, se aplicarán a los servidores públicos retirados del servicio en desarrollo del programa de renovación de la Administración Pública del orden nacional, a partir del 1o de septiembre de 2002 y hasta el 31 de enero de 2004. Conforme con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional (...) 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”. La parte subrayada fue declarada inexecutable por sentencia C- 991/04: “6.1. A pesar de que el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 estableció una protección laboral reforzada a madres y padres cabeza de familia y discapacitados (personas con limitación física, mental, visual o auditiva) sin establecerle límite temporal, la Ley 812 de 2003 sí lo fijó”.

²⁴ V. Los arts. 8° y 9° fueron declarados exequibles en la Sentencia C- 838/03.

Consulta. Radicación 1627

‘rehabilitación profesional y técnica’ **dentro de las que se cuenta el artículo 12** a que se ha hecho referencia”²⁵.

La aplicación retroactiva de los beneficios del Capítulo II es reiterada por el decreto 190 de 2003²⁶. El artículo 14 lo hace respecto de la estabilidad y el 16 en relación con la generalidad de los beneficios. Señalan estas disposiciones:

“Artículo 14. **Pérdida del derecho.** La estabilidad laboral a la que hace referencia este capítulo cesará cuando se constate **que el ex empleado** ya no hace parte del grupo de personas beneficiarias de la protección especial.

En todo caso, la estabilidad laboral cesará una vez finalice el Programa de Renovación de la Administración Pública, conforme a lo establecido en el artículo 16 del presente decreto. (...)”²⁷

Artículo 16. **Aplicación en el tiempo.** Salvo lo dispuesto en el artículo anterior sobre la supresión de cargos vacantes y en el capítulo II sobre el reconocimiento económico para la rehabilitación profesional y técnica, **las disposiciones contenidas en el presente decreto se aplican a partir del 1o de septiembre de 2002, dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública del orden nacional**, y hasta su culminación, la cual no podrá exceder, en todo caso, el 31 de enero de 2004”.²⁸ (Destaca la Sala)

²⁵ En relación con el límite futuro contemplado en el artículo 13 de la ley 790 - hasta el vencimiento de las facultades extraordinarias “que se confieren en la presente ley” -, la Corte Constitucional en sentencia C-991 de 2004, señaló que el mismo no es aplicable a la protección especial en comento, por las siguientes razones: “Por último, las madres y padres cabeza de familia sin otra alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, o servidores que cumplieran los requisitos para obtener la pensión de jubilación o vejez en el término de tres años obtenían una protección laboral especial consistente en la no desvinculación laboral en virtud de la reestructuración. Los otros **beneficios no les eran aplicables, toda vez que éstos presuponían la desvinculación laboral de los empleados, supuesto que en los casos en mención no podía darse.** // El artículo 13 de la Ley 790 de 2002 señala ‘Las disposiciones de este Capítulo se aplicarán a los servidores públicos retirados del servicio a partir del 1° de septiembre del año 2002, (...)’ Si bien el artículo se refiere a las disposiciones del Capítulo II en general, el límite temporal ahí señalado sólo podía ser aplicado para determinar los sujetos titulares de los beneficios de programas de mejoramiento de competencias y reconocimiento económico, toda vez que, acto seguido, el artículo restringe el alcance del límite al señalar que **se refiere a las disposiciones aplicables a ‘los servidores públicos retirados del servicio’** dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública del orden nacional. **Al no poder ser retiradas las personas que dentro de este proceso de reestructuración tenían una protección laboral reforzada, tal límite no podía ser aplicado a éstos, so pena de generar una incoherencia interna en el mencionado artículo.** Así las cosas, **en el artículo 13 no se le impone límite al beneficio de protección laboral especial (...)**”

²⁶ En igual sentido el artículo 8o. literal D de la ley 812 de 2003, que ratifica el alcance retroactivo.

²⁷ La Corte Constitucional consideró que no es viable limitar la aplicación de la protección reforzada en el tiempo. V. Sentencia C- 991/04 y pie de página siguiente.

²⁸ En sentencias T-964, T-925 y T-792 de 2004 la Corte Constitucional inaplicó esta norma al considerar que el artículo 12 de la ley 790 no tiene fronteras en el tiempo. Acerca de este punto, se reitera que la Corte Constitucional en sentencia C-991 de 2004, fue enfática al señalar que el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 estableció una protección laboral reforzada a madres cabeza de familia y discapacitados sin establecer límite temporal.

Consulta. Radicación 1627

En consecuencia, la estabilidad laboral reforzada contemplada en el artículo 12 de la ley 790, produce no sólo efectos pro futuro sino retroactivos a 1° de septiembre de 2002, de suerte que las madres cabeza de familia, los discapacitados y los servidores que cumplan dentro del término establecido la totalidad de los requisitos para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez, desde la fecha mencionada son acreedores a tal protección legal, la que, a su vez, es desarrollo de la garantía constitucional de estabilidad en casos excepcionales, en los términos ya precisados.

Está acreditado que entre el 1° de septiembre de 2002 y el 27 de diciembre del mismo año – fecha de promulgación de la ley 790 -, algunas madres cabeza de familia, discapacitados y servidores con la totalidad de los requisitos para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez, fueron desvinculados de la administración²⁹, razón por la cual el artículo 14 del decreto 190 utiliza el vocablo “ex empleado”. No obstante y a pesar del alcance retroactivo atribuido a la protección especial consagrada en el artículo 12, el legislador no contempló un procedimiento específico para restablecer los derechos de estas personas. El Ministerio, como se verá, procedió a incorporar algunos de tales servidores a los cargos creados al efecto, sin pronunciarse en relación con el reconocimiento de derechos.

2.4.- La reglamentación del derecho a la estabilidad en la ley 790

La facultad de reglamentar el artículo 12 de la ley 790 - publicada el 27 de diciembre de 2002 - la ejerció el Gobierno Nacional el 30 de enero de 2003 mediante la expedición del decreto 190, por lo cual algunos sugieren que la efectividad del derecho se concretó sólo a partir de la expedición de dicha reglamentación, conclusión carente de asidero, pues el efecto natural de la estabilidad – que es un principio constitucional, en este caso reforzado por la calidad de los destinatarios - impide que sin justificación se desvincule a sus beneficiarios. Así, la protección de rango constitucional del derecho, desarrollada ahora legalmente, opera con retroactividad a partir del 1° de septiembre de 2002 por mandato imperativo del artículo 13 de la ley 790. Por tanto, no es de recibo alegar falta de reglamentación para soslayar la prohibición de separar del servicio a personas con garantía de permanencia reforzada.

Cabe recordar, además, que la estabilidad constituye un principio mínimo fundamental, por lo que otra interpretación de su alcance la haría inane; bastaría la omisión de expedir la reglamentación para impedir la protección debida.

3.- Las reestructuraciones del Ministerio del Interior y de Justicia y su incidencia respecto a los servidores públicos amparados por la protección laboral reforzada

Dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública del orden nacional se efectuaron dos reestructuraciones, a saber:

1a.- Mediante los decretos 2490 y 2491 del 5 de noviembre de 2002³⁰, respectivamente, - expedidos con anterioridad a la promulgación de la ley 790 - se modificó la estructura

²⁹ Por ejemplo, conforme a la documentación allegada se advierte que a G. B. A. se le comunicó la supresión del cargo el 14 de noviembre de 2002, quien solicitó la reconsideración de esta medida el 20 de noviembre de 2002, es decir, antes de la vigencia de la ley 790.

³⁰ Diario Oficial 44991 del 7 de noviembre de 2002, páginas 6 y 7.

Consulta. Radicación 1627

del Ministerio de Justicia y del Derecho, se estableció su planta de personal y se suprimieron varios empleos desempeñados, en algunos casos, por personas con estabilidad laboral reforzada fundada en el marco constitucional y legal al que se hizo referencia y por los alcances retroactivos de la ley 790 – arts. 12 y 13 -. La incorporación a la planta de personal del Ministerio establecida por el decreto 2491, se hizo mediante resolución 0947 del 15 de noviembre de 2002, proferida por el Ministro de Justicia y del Derecho

2a.- Por decretos 200 y 202 del 3 de febrero de 2003 - expedidos en vigencia de la ley 790 -, respectivamente, se determinaron los objetivos y la estructura orgánica del Ministerio del Interior y de Justicia, se suprimieron empleos de las plantas de personal de los Ministerios del Interior y de Justicia y del Derecho y se estableció la planta de personal del Ministerio de Interior y de Justicia.³¹

El decreto 202 dispuso que los empleados que gozaban de protección especial, de conformidad con la ley 790 de 2002 y el decreto 190 de 2003, continuarían vinculados a la planta de personal aprobada en dicho decreto – art. 5º - .

Este decreto contempló además que el Ministerio del Interior y de Justicia, mediante resolución, distribuiría los cargos de la planta global y ubicaría al personal teniendo en cuenta la estructura, los planes, los programas y las necesidades del Ministerio – art 6º -; los cargos de carrera vacantes se proveerían de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º del decreto 1572 de 1998, modificado por el decreto 2504 de 1998 – art. 7º -; la incorporación de los empleados a la planta de personal establecida, se efectuaría dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de publicación, teniendo en cuenta lo dispuesto en el decreto de estructura del Ministerio del Interior y de Justicia – art. 8º - .

Mediante Resolución No. 003 del 4 de febrero de 2003, proferida por el Ministro del Interior y de Justicia, se incorporaron diferentes empleados a la nueva planta de personal establecida en el decreto 202 de 2003.

En el mes de febrero de 2003 a los empleados del Ministerio a quienes se les suprimió el cargo, el Subdirector de Recursos Humanos (e) les envió un Oficio para ponerles de presente el contenido de la ley 790 de 2002 y de los decretos 200 y 202 de 2003 y comunicarles que los cargos por ellos desempeñados - de carrera administrativa -, habían sido suprimidos de la planta global de personal e informarles - conforme a lo establecido en el artículo 39 de la ley 443 de 1998 ³²- que podían optar por el **derecho a un tratamiento preferencial para ser incorporados en un empleo de carrera equivalente dentro de los seis (6) meses siguientes**, o recibir una indemnización, por lo que "...deberá(n) libremente manifestar su decisión, mediante escrito dirigido al señor Ministro, dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la fecha de recibo de la presente comunicación". ³³

³¹ Diario oficial 45086 del 3 de febrero de 2003.

³² V. Sentencias. C- 370/99 (inciso 1º); C- 994/00 (num. 1.4); C- 642/99 y C- 1341-00 (parág. 2º); C- 942/03; C- 954/01 (parág. 1º).

³³ La Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 23 de mayo de 2002, expediente 3125/00 señaló: "(...)Las normas antes transcritas, aplicables al caso en estudio, en términos de la forma como procede la comunicación al empleado para que opte por la reubicación o la indemnización son claras y reiterativas en el sentido de que este momento es **posterior a aquel en que la entidad ha decidido**

4.- La reclamación inicial de los exfuncionarios

Según se señala en la Consulta, “Una vez informados de la supresión del cargo, los exfuncionarios solicitaron **se reconsiderara dicha situación** aduciendo para ello ser beneficiarios de la política de retén social contenida en la ley 790 de 2002, reglamentada por el Decreto 190 de 2003 (...) el cual, por demás, dio efectos retroactivos a primero de septiembre de 2002 y en tal sentido exfuncionarios del Ministerio de Justicia y del Derecho, que había sido reestructurado en el mes de noviembre de 2002, se acogieron igualmente al contenido de lo reglamentado en el citado decreto”.

En orden a determinar el carácter de la reclamación a la luz de la preceptiva jurídica vigente, es necesario señalar que la política del retén social cobijaba a las diversas clases de servidores públicos. Los servidores a que se refiere la consulta ocupaban cargos de carrera – se desconoce si todos estaban escalafonados – y, al mismo tiempo por sus especiales calidades personales, gozaban de una protección laboral reforzada.

Así las cosas, en algunos de los servidores públicos desvinculados confluían dos condiciones que garantizaban su estabilidad en el empleo, a saber: 1) pertenecer a la carrera administrativa y 2) ser beneficiarios – todos ellos - del programa de retén social. A fin de comprobar esta conclusión valga resaltar que según se expresa en el Estudio Técnico-Exposición de Motivos del decreto 1015 de 2004, “(...) se efectuaron 19 solicitudes de reincorporación de funcionarios a quienes se les suprimió el cargo y quienes manifestaron estar dentro del plan de protección especial por ser retén social y que de conformidad con el decreto 190 de 2003 no podían ser retirados del servicio; **estudiadas estas solicitudes se verificó que se enmarcan dentro de la situación en mención** (...) La Dirección General del Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, mediante oficio del 20 de enero de 2004, imparte concepto de viabilidad presupuestal para adelantar la citada modificación de la planta de personal del Ministerio en la creación de catorce (14) cargos, de los cuales tres (3) son por incorporaciones que se deben hacer por fallos del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y once (11) por **incorporaciones de exfuncionarios amparados por el Programa de Protección Especial** del Gobierno Nacional por ser Retén Social.

“Los cargos a crear y la razón que sustentan (sic) esta decisión son las (sic) siguientes:

“MOTIVO	DENOMINACIÓN
Próxima Pensión	Asistente Administrativo
Orden Judicial	Técnico Administrativo
Orden Judicial	Técnico Administrativo

suprimir el empleo ocupado por el servidor público. Es decir, no se trata de comunicar al empleado una supuesta supresión de su empleo para poner en sus manos la decisión de mantenerse o no en el servicio, dependiendo de si escoge ser reubicado o ser indemnizado (...) Sin duda, cuando al servidor se le ponen en conocimiento las alternativas que la ley confiere a los empleados escalafonados, es porque la administración tiene la certeza de que el cargo por él ocupado ya no existe en la planta de personal. La decisión de retiro por supresión del empleo no corresponde al empleado sino a la administración, esta es una situación administrativa que no puede confundirse con la renuncia.”

Consulta. Radicación 1627

Orden Judicial	Técnico Administrativo
Madre Cabeza Fam.	Técnico Administrativo
Madre Cabeza Fam.	Técnico Administrativo
Madre Cabeza Fam.	Técnico Administrativo
Limitación Física	Técnico Administrativo
Madre Cabeza Fam.	Secretario Ejecutivo
Madre Cabeza Fam.	Secretario Ejecutivo
Limitación Física	Secretario Ejecutivo
Limitación Física	Auxiliar Administrativo
Madre Cabeza Fam.	Auxiliar Administrativo
Madre Cabeza Fam.	Auxiliar Administrativo”. (Las negrillas son de la Sala)

Como se advierte, la totalidad de los cargos creados por el decreto 1015 son de carrera administrativa conforme a la clasificación que de los mismos hacía el artículo 5° de la ley 443 de 1998, vigente en ese entonces y que hoy contempla, de manera general, el artículo 5° de la ley 909 de 2004.

Ahora bien, para la época de las reestructuraciones en materia de supresión de empleos la ley 443 de 1998 contemplaba un trámite especial y reglado para formular reclamaciones por violación de los derechos de carrera, asignaba competencia a unas autoridades específicas para conocer de las mismas y establecía el procedimiento de incorporación³⁴.

Dadas las anteriores circunstancias, el procedimiento que debió cumplirse para tramitar y decidir las reclamaciones relacionadas con derechos derivados de la carrera administrativa era el previsto en la ley 443 de 1998³⁵, artículos 45³⁶ y 61 - vigentes para la fecha en que se suscitaron los hechos - y en el decreto 1568 del mismo año – particularmente en su artículo 48 - que asignaban a las Comisiones de Personal y Nacional del Servicio Civil competencia para conocer en primera y segunda instancia respectivamente, de “las **reclamaciones que formulen los empleados de carrera que hayan optado por el derecho preferencial a ser revinculados**, cuando se les supriman sus empleos, por considerar que han sido vulnerados sus derechos”. Sin embargo, las atribuciones de las comisiones en cita se enmarcaban dentro del campo de la carrera administrativa, razón por la cual es pertinente concluir que a las mismas no les estaba atribuido conocer de peticiones relacionadas con el retén social.

Es claro, entonces, que los procedimientos y autoridades competentes para conocer de las reclamaciones relativas a derechos de carrera y las provenientes del retén social eran distintos. En este sentido, se destaca que el decreto 202 de 2003 reguló de manera separada e independiente cada materia – arts. 5° y 7° -.

El procedimiento de reestructuración concluyó con los oficios fechados a febrero de 2003, enviados a los servidores que no fueron incorporados, en los que se les solicitaba optar por los derechos derivados de la inscripción en carrera o la indemnización, no

³⁴ Sin perjuicio del ejercicio de la revocatoria directa prevista en los artículos 69 y siguientes del C.C.A.

³⁵ Derogada, salvo los artículos 24, 58, 81 y 82, por el artículo 58 de la ley 909 de 2004.

³⁶ “5. Decidir sobre las peticiones que formulen los ciudadanos cuando consideren que han sido vulnerados los principios o los derechos de carrera, observando las instancias y los procedimientos señalados en la presente ley y en las normas que los contengan”.

Consulta. Radicación 1627

obstante lo cual en las comunicaciones de respuesta los afectados informaron sobre las condiciones personales que los hacían acreedores al retén social en los términos de la ley 790 de 2002.

5.- La decisión inicial de la administración ordenó la incorporación de los servidores reclamantes

De conformidad con los documentos aportados a la consulta se establece que el Ministerio, mediante comunicaciones sucesivas, fue defiriendo en el tiempo una respuesta definitiva ³⁷ hasta obtener conceptos de la Directora del Programa para la Renovación del Estado, del Departamento Administrativo de la Función Pública y de la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cumplido lo cual, a través del decreto 1015 del 1° de abril de 2004 ³⁸, procedió a modificar la planta de personal, creando diferentes cargos para incorporar a varios de los servidores públicos que consideraba beneficiarios del plan de protección especial del retén social – desvinculados antes y después de la expedición de la ley 790 -, lo cual se llevó a cabo mediante distintas resoluciones expedidas en el mes de mayo de 2004, las que guardaron silencio respecto del reconocimiento y pago de salarios y prestaciones durante el lapso de separación del servicio, la continuidad en el mismo y la reinscripción en la carrera administrativa.

El considerando del decreto 1015 de 2004 remite a la justificación técnica previa a la modificación de la planta de personal del Ministerio del Interior y de Justicia ordenada en los artículos 41 de la ley 443 de 1998 y 148 y 155 del decreto 1572 de 1998, conforme a la cual:

“(…) al momento de la fusión de los Ministerios del Interior y de Justicia y del Derecho, no se alcanzó a tener presente los lineamientos trazados en el Decreto Reglamentario de la citada ley, en razón a que la expedición de las normas fue paralela a la fusión de los Ministerios y por tal razón algunos servidores públicos no alcanzaron a adelantar los trámites para demostrar que se encontraban dentro del retén social y en consecuencia, debían beneficiarse del plan de protección especial, **conservando la estabilidad laboral en sus cargos** (...) si alguno de los exservidores que se desvincularon como resultado del proceso de fusión cumplían los requisitos para ser beneficiarios del plan de protección especial, se debe revisar dicha situación **para verificar su reintegro** (...) es procedente para el Ministerio (...) adelantar el proceso de modificación de la planta de personal (...) con el propósito de **dar cumplimiento al reintegro** (...) en la actual planta de personal no existen cargos (...) en los cuales **se debe efectuar el reintegro** (...) (se) elaboró el estudio técnico (...) suprimiendo

³⁷ En estas comunicaciones se decía “Acuso recibo de su comunicación de la referencia radicada en esa misma fecha (...) mediante la cual solicita se estudie la posibilidad de su incorporación. // Sobre el particular me permito comunicarle que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 del Código Contencioso Administrativo, le estaremos dando respuesta en un término de treinta (30) días hábiles, en la medida que hay la necesidad de realizar un estudio sobre la situación por usted planteada y de formular consultas especializadas ante algunas entidades del Estado”.

³⁸ A esta fecha había transcurrido más que suficientemente el término de configuración del silencio administrativo negativo.

Consulta. Radicación 1627

algunos cargos y creando otros **para efectuar los reintegros** señalados (...) la Directora del Programa para la Renovación del estado mediante concepto No. 234 (...) señaló que **la persona deberá ser reintegrada** a un empleo equivalente que se encuentre vacante (...) En este mismo sentido se pronunció el Departamento Administrativo de la Función Pública (...) creando los **cargos necesarios para reincorporar** a (...) los exfuncionarios que por estar contemplados dentro del retén social no se les podía suprimir el cargo (...) Por lo anterior y tendiendo (sic) presente que actualmente en la planta de personal del Ministerio (...) no existen **cargos vacantes para adelantar el reintegro** de exfuncionarios que acreditaron su condición de retén social (...) (se) hace necesario la modificación de la planta (...) para **la creación de los cargos para el reintegro** (...)"³⁹

Siguiendo los parámetros del estudio técnico, el epígrafe de las resoluciones es del siguiente tenor: "Por la cual se incorpora a un funcionario a la planta de personal del Ministerio del Interior y de Justicia"; la motivación, a su vez, hizo referencia expresa a la desvinculación de servidores amparados por una estabilidad laboral reforzada.

Resulta inequívoca la voluntad de la administración de incorporar a los servidores cuyos cargos habían sido suprimidos, con posterioridad al límite previsto en el numeral primero del artículo 39 de la ley 443 a fin de garantizar la protección especial de que gozaban.

Ahora bien, el mismo artículo autorizaba este procedimiento en el numeral primero al prever que la incorporación podía efectuarse en los cargos "que de acuerdo con las necesidades del servicio se creen en las plantas de personal."

Sin embargo, al no haberse establecido en los respectivos actos administrativos los efectos laborales derivados de la incorporación, se precisa determinar las normas que regulaban la actuación de la administración sobre la materia.

El artículo 39 de la ley 443 que regulaba los derechos de los empleados de carrera en caso de supresión de cargos estableció las reglas vinculantes para la incorporación, y al efecto disponía:

"2. La incorporación procederá siempre y cuando se acrediten los requisitos mínimos para el desempeño de los respectivos empleos exigidos en la entidad obligada a efectuarla.

3. La persona así incorporada continuará con los derechos de carrera que ostentaba al momento de la supresión de su empleo y le será actualizada su inscripción en la carrera".

³⁹ Sentencia C-942/03: "... cuando un cargo de carrera es suprimido, surge para el Estado el deber de reparación al servidor afectado con esta decisión y la incorporación es una de ellas."

Consulta. Radicación 1627

Estos preceptos garantizaban la continuidad de las condiciones laborales y beneficios de que gozaban por efecto de la incorporación a los cargos de la planta creada en el decreto 1015 de 2004.

Tales prescripciones deben armonizarse con lo dispuesto en el decreto ley 1042 de 1978, estatuto general de administración de personal aplicable en lo vigente a los Ministerios, cuyo artículo 81 - inciso final – al reglamentar los efectos de los movimientos de planta de personal perentoriamente dispone:

“La incorporación no implica solución de continuidad en el servicio para ningún efecto legal. En ningún caso la incorporación podrá implicar desmejoramiento en las condiciones laborales y salariales de los funcionarios que ocupaban empleos de la planta anterior”.

Es así como de los alcances jurídicos de la incorporación efectuada en desarrollo del decreto 1015 de 2004 surgieron situaciones jurídicas particulares derivadas de la relación laboral administrativa y, por lo mismo, la decisión de la administración de incorporar los servidores conllevaba de manera necesaria la continuidad de todos sus derechos y su consiguiente reconocimiento.

Así las cosas, al no precisar las resoluciones los efectos laborales de la incorporación, los interesados estaban legitimados de manera plena para elevar peticiones al Ministerio a fin de obtener un pronunciamiento respecto de los derechos que de aquella devenían.

6.- Trámite de las reclamaciones presentadas por los beneficiarios del retén social

Según se expresa en el texto de la Consulta,

“Una vez notificadas las resoluciones de incorporación y posesionados los funcionarios ⁴⁰, formulan reclamaciones para obtener el reconocimiento y pago de los derechos laborales, el reconocimiento de perjuicios a causa del retiro, la declaratoria de la no solución de continuidad y la reinscripción en el escalafón de carrera administrativa, peticiones que fueron despachadas desfavorablemente por parte de la administración, a través de sendos oficios, bajo el argumento de que ésta no puede realizar pagos cuyo concepto no está reconocido ni contemplado en el presupuesto de la entidad, conforme a lo establecido en el artículo 346 de la Constitución Política, y lo señalado en el artículo 19 de la ley 848 de 2003 (...).”

De la anterior transcripción y de los documentos que se acompañaron a la Consulta se desprende que la administración decidió desfavorablemente las reclamaciones por conducto del Coordinador del Grupo de Gestión Humana del Ministerio del Interior y

⁴⁰ Se parte del supuesto de que las reclamaciones se hicieron una vez notificadas las resoluciones de incorporación.

Consulta. Radicación 1627

de Justicia, quien suscribió los oficios respectivos, omitiendo indicar a los interesados los recursos que procedían ⁴¹.

Los Oficios emitidos por el Coordinador de Grupo de Gestión Humana del Ministerio mediante los cuales se negaron las reclamaciones elevadas por los interesados para obtener el reconocimiento y pago de los derechos laborales en cita pusieron fin a una actuación administrativa y, por tanto, conforme al artículo 44 del C. C. A. han debido ser notificados personalmente a los interesados con indicación de los recursos que procedían - art. 47 ibídem -. En efecto, al contener tales oficios la decisión de la administración y crear situaciones jurídicas particulares y por lo mismo constituir verdaderos actos administrativos, eran susceptibles de los recursos por la vía gubernativa, razón por la cual al haberse sólo comunicado - medio excepcional de dar a conocer determinados actos administrativos como los unilaterales, respecto de los cuales no proceden los recursos mencionados – se pretermitió el cumplimiento de la notificación con las formalidades legales, circunstancia que los hace inoponibles en los términos del artículo 48 ibid, abriéndose la posibilidad de demandarlos directamente – art. 135 in fine -, esto es sin agotamiento previo de la vía gubernativa. ⁴²

La ineficacia del acto administrativo por razón de la notificación irregular, plantea la temática del instituto jurídico de la notificación por conducta concluyente y de la contabilización del término de caducidad.

Dispone el artículo 48 que “sin el lleno de los anteriores requisitos – se refiere a los contenidos en los artículos 44 a 47 – no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada dándose por suficientemente enterada convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales”

Al respecto esta Corporación ha sostenido:

“Esta Sección en sentencia de 13 de junio de 1996 (Expediente núm. 3690, Actor: Guillermo León Vargas Arroyo, Consejero ponente doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz), precisó que el artículo 48 del C.C.A., consagra la notificación por conducta concluyente cuando prevé que ella tiene por finalidad convalidar o legitimar la falta o irregularidad en la notificación personal o por edicto dos eventos: cuando el interesado conviene con el acto, esto es, está de acuerdo con su contenido; o cuando el mismo utiliza en tiempo los recursos gubernativos procedentes; y que presenta un vacío en cuanto no contempla la posibilidad de que el interesado, a pesar de no haberse surtido las formalidades para la notificación personal o por edicto, pueda tener conocimiento de la existencia y contenido del acto, esté en desacuerdo y no hubiere ejercido en tiempo los recursos, evento este, en el cual, en virtud del artículo 267 ibídem, puede darse aplicación al artículo 330 del C.de P.C. que regula la notificación por conducta concluyente. La

⁴¹ La primera pregunta de la consulta señala que en las resoluciones que dispusieron la nueva incorporación “no se hizo alusión a la procedencia de recursos”.

⁴² El oficio en cuestión lo dictó un funcionario subordinado jerárquicamente, lo que hacía posible la impugnación mediante la interposición del recurso de apelación.

Consulta. Radicación 1627

circunstancia de que la persona revestida de capacidad para representar a la demandante se hubiera referido expresamente a la Resolución acusada y autorizado a una persona para reclamarla, hace presumir que conoció su contenido el día en que fue reclamada, a menos que se demuestre lo contrario, lo que no ocurrió en este caso. Si la notificación por conducta concluyente se materializó el 2 de mayo de 1994, la demanda debió presentarse a más tardar el 2 de septiembre del mismo año; y como lo fue hasta el 26 de septiembre, operó el fenómeno de la caducidad.” (Sección Primera, Exp. 05001-23-15-000-1994-2216-01 (6991) Sentencia del 1º de febrero de 2002).

La Sala, acorde con esta jurisprudencia, concluye que los efectos de los artículos 48 y 135 permiten a los interesados notificados por conducta concluyente acudir a la vía jurisdiccional sin necesidad de agotar la vía gubernativa.

Corresponderá, en cada caso, a la administración pública o de justicia establecer la fecha en la cual se produjo la notificación por conducta concluyente para determinar si la acción contencioso administrativa está o no caducada.

Procedencia de la conciliación.

En la Consulta se informa que el Ministerio ha sido citado a conciliación prejudicial. La regulación de la conciliación en materia contencioso administrativa es como sigue: (i) se cumple ante el Agente del Ministerio Público (ii) procede en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho - artículo 70 de la ley 446 de 1998, modificatorio del artículo 59 de la ley 23 de 1991 –⁴³; (iii) tiene lugar cuando no procede la vía gubernativa o estuviere agotada - artículo 81 ibídem – modificatorio del artículo 61 de la ley 23 de 1991 – (iv) “cuando medie acto administrativo de carácter particular, podrá conciliarse sobre los efectos económicos del mismo si se da alguna de las causales del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, evento en el cual, una vez aprobada la conciliación, se entenderá revocado el acto y sustituido por el acuerdo logrado” - artículo 71 ibid. que modifica el artículo 62 de la ley 23 de 1991 – ⁴⁴; (v) la conciliación aprobada produce la terminación del proceso en lo conciliado por las partes que la acepten - artículo 105 de la ley 446 ⁴⁵; (vi) el acuerdo conciliatorio hace tránsito a cosa juzgada y el acta de conciliación presta mérito ejecutivo - artículo 66 ibídem -; (vii) no

⁴³ La conciliación judicial está autorizada en el artículo 104 .El artículo 37 de la ley 640 de 2001 - cuyos yerros fueron corregidos por decreto 131 de 2001 - señaló: “Requisito de procedibilidad en asuntos de lo Contencioso Administrativo. Antes de incoar cualquiera de las acciones previstas en los artículos 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, las partes, individual o conjuntamente, deberán formular solicitud de conciliación extrajudicial, si el asunto de que se trate es conciliable. La solicitud se acompañará de la copia de la petición de conciliación enviada a la entidad o al particular, según el caso, y de las pruebas que fundamenten las pretensiones.”

⁴⁴ La norma inicial señalaba: “cuando medie acto administrativo de carácter particular, podrá conciliarse sobre los efectos económicos del mismo si se da alguna de las causales del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, evento en el cual, una vez aprobada la conciliación, se entenderá revocado el acto y sustituido por el acuerdo logrado”

⁴⁵ Si la conciliación fuere parcial, el proceso continuará para dirimir los aspectos no comprendidos en éste. Si el tercero vinculado no consintiere en lo conciliado, el proceso continuará entre la entidad pública y aquél. Ibídem.

Consulta. Radicación 1627

habrá lugar a conciliación cuando la correspondiente acción haya caducado - parágrafo del artículo 61 de la ley 23 de 1991 - (viii) “la conciliación sólo produce efecto hasta tanto el juez contencioso imparte su aprobación⁴⁶, en otros términos, para su eficacia jurídica requiere de homologación judicial⁴⁷”; (ix) “Es deber del conciliador velar por que no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, así como los derechos mínimos e intransigibles.” - par. art. 8° ley 640-.

La incorporación de los servidores se efectuó - según la motivación de los respectivos actos administrativos - para reintegrar en sus cargos a quienes estaban amparados por el retén social, por lo que a ella debió seguir el reconocimiento de los derechos reclamados y, como no se hizo así, para evitar la controversia judicial procede llegar a un acuerdo en la etapa conciliatoria, con los efectos propios de cosa juzgada y mérito ejecutivo.

El fundamento último para sustentar el pacto conciliatorio radica entonces en el desconocimiento por la administración de la prohibición legal - respaldada constitucionalmente como se describió - de desvincular a quienes pertenecían al retén social.

En estas condiciones, opina la Sala que una vez analizados por las partes todos los elementos de juicio y las pruebas pertinentes⁴⁸, siempre y cuando no esté caducada la acción, que procede contra los actos administrativos contenidos en los oficios del Coordinador de Grupo de Gestión Humana del Ministerio, es viable llegar a un acuerdo sobre el reconocimiento de los derechos derivados de la incorporación. En el caso de haberse producido la notificación por conducta concluyente se tendrá en cuenta, además de la fecha en que ella se produjo, que el plazo para intentarla se entiende adicionado por el de duración de la etapa conciliatoria⁴⁹, todo bajo el supuesto de que se trate efectivamente de personas beneficiarias de la política de retén social.

⁴⁶ Sección Tercera del Consejo de Estado, expediente 17436, auto de 5 de octubre de 2000.

⁴⁷ Sección Tercera del Consejo de Estado, expediente 18709, auto de 10 de noviembre de 2000.

⁴⁸ Las personas que se crean amparadas por la protección especial de que trata el artículo 12 de la ley 790, deberán acreditar su condición en los términos del artículo 13 del decreto 190 de 2003.

⁴⁹ El artículo 80 de la ley 446 de 1998 - que modificó el artículo 60 de la ley 23 de 1991 - disponía que “La solicitud se acompañará de la copia de la petición de conciliación enviada a la entidad o al particular, según el caso, y de las pruebas que fundamenten las pretensiones. **El término de caducidad no correrá desde el recibo de la solicitud en el despacho del Agente del Ministerio Público, hasta por un plazo que no exceda de sesenta (60) días.** Para este efecto, el plazo de caducidad se entenderá adicionado por el de duración de la etapa conciliatoria”. El artículo 60 de la ley 23 de 1991 fue derogado por el artículo 49 de la ley 640 de 2001. El artículo 21 de esta ley dispuso “**Suspensión de la prescripción o de la caducidad.** La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2°. de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable”. En los antecedentes de la ley 640 de 2001 se lee: “toda vez que en lo contencioso administrativo los acuerdos están supeditados a su aprobación judicial, el término de suspensión de la caducidad se reanuda si el acuerdo es improbad” (Gaceta del Congreso No. 490, miércoles 6 de diciembre de 2000 p. 12, Ponencia para segundo debate al proyecto de ley 148 de 1999 Senado- 304 de 2000 Cámara, Ponentes Representantes Hernán Andrade Serrano, Germán Navas Talero y Gustavo Ramos Arjona)

8°.- Descuento de lo recibido por concepto de indemnización ⁵⁰

La Consulta informa que la administración canceló a los referidos servidores públicos en el año 2003 una indemnización o reconocimiento económico ⁵¹, por lo que en el evento de conciliarse, el valor de la misma debe descontarse de la respectiva condena a la entidad, pues con el restablecimiento del derecho tal indemnización carecería de causa. Sobre el punto, la Corte Constitucional en sentencia T-964/04 precisó:

“(ii) Si ya la indemnización se pagó, habría que señalar que si la indemnización tiene como fundamento la desvinculación de los accionantes de la entidad demandada, y si en virtud de la presente sentencia dicha desvinculación queda sin efectos, ha de dejarse igualmente sin efectos la indemnización anotada”

La Sala responde

En los términos del numeral 3° del artículo 39 de la ley 443 de 1998, vigente a la fecha de expedición de las resoluciones de incorporación, y del inciso final del artículo 81 del decreto ley 1042 de 1978, procede a favor de los servidores públicos desvinculados por supresión del cargo y amparados por el retén social, el reconocimiento y pago de los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir hasta el momento de su incorporación, sin solución de continuidad para todos los efectos legales, incluidos los derivados de la inscripción en carrera y el consecuente descuento del valor cancelado en el año 2003 por concepto de indemnización o reconocimiento económico. En caso de no llegarse al acuerdo conciliatorio y sin perjuicio de las acciones constitucionales pertinentes, para obtener la satisfacción de los derechos discutidos por la negativa de la administración de reconocerlos, resulta viable incoar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A. El término de caducidad se cuenta a partir del día siguiente a la notificación por conducta concluyente del acto administrativo proferido por el Coordinador del Grupo de Gestión Humana del Ministerio del Interior y de Justicia, por medio del cual se negaron las pretensiones elevadas - art. 136. 2 ibídem -, para cuyos efectos debe tenerse en cuenta, además, que está en curso el trámite conciliatorio.

Transcríbase al Señor Ministro del Interior y de Justicia. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

⁵⁰ Ver sentencias C-03/98 y C-1341/00.

⁵¹ Sentencia C-642/99: “La circunstancia de que el empleado reciba la indemnización, no excluye los posibles conflictos que se puedan presentar con la administración (...); Sentencia C-1341/00: “De todo lo anterior surgen dos conclusiones sobre la relación entre el acto de supresión de los empleos y el que determina la indemnización: a.- Se trata de actos cuya nulidad depende de factores diferentes e independientes. b.- Los dos actos producen efectos distintos y, por lo tanto, también lo son las pretensiones de restablecimiento del derecho al demandar cada uno de ellos.”

Consulta. Radicación 1627

GUSTAVO APONTE SANTOS
Presidente de la Sala

LUIS FERNADO ALVAREZ JARAMILLO

ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO **FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE**

ELIZABETH CASTRO REYES
Secretaria de la Sala

Consulta. Radicación 1627