

BENEFICENCIA DE SANTANDER – Naturaleza jurídica

La Beneficencia de Santander tal como lo señaló el artículo 2º del Decreto No. 167 de 28 de junio de 1993, por el cual se aprobó la reforma a sus estatutos, era un Establecimiento Público del orden departamental con patrimonio propio e independiente, autonomía administrativa y personería jurídica, organizado para el cumplimiento del objetivo previsto por el artículo 193 del Decreto Ley 1222 de 1986 ó Código de Régimen Político Departamental, relacionado con el establecimiento de loterías con premios en dinero. Luego, por medio del Decreto Ordenanza No. 193 de 13 de agosto de 2001, se produjo la conversión de dicho Establecimiento Público en Empresa Industrial y Comercial del Estado denominada Lotería de Santander, y su Estatuto Interno fue aprobado por el Gobernador de Santander, mediante el Decreto Departamental No. 196 de 15 de agosto de 2001.

FUENTE FORMAL: DECRETO 167 DE 1993 – ARTICULO 2

MODIFICACION DE LA PLANTA DE PERSONAL EN UN ESTABLECIMIENTO PUBLICO – Procedimiento / MODIFICACION DE LA PLANTA DE PERSONAL DE LA BENEFICENCIA DE SANTANDER – El acto de determinación no fue expedido por la Junta Directiva / MODIFICACION DE LA PLANTA DE PERSONAL DE LA BENEFICENCIA DE SANTANDER – No aprobación por el Gobernador / MODIFICACION DE LA PLANTA DE PERSONAL DE LA BENEFICENCIA DE SANTANDER – Aprobación por el Gerente. Incompetencia/ ACTO DE SUPRESION DE CARGO DE EMPLEADO DE CARRERA-

En lo que concierne a la reestructuración de un Establecimiento Público, como lo era la Beneficencia de Santander, es conveniente precisar que el inciso 3º del artículo 210 de la Carta Fundamental, confirió a la ley el establecimiento del régimen jurídico de las entidades descentralizadas al igual que la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes; por manera, que es el Decreto No. 1222 de 1986 ó Código de Régimen Político Departamental, el contenido de las disposiciones a las que deben someterse las autoridades departamentales, y precisamente, su artículo 305, establece que es a la Junta Directiva del Establecimiento Público a quien le corresponde determinar la planta de personal y el Gobierno Departamental es quien debe impartir a probación a esa determinación. De suerte, que cuando de la modificación de la planta de personal de un Establecimiento Público se trata, debe agotarse un procedimiento que implica la emisión de un acto complejo, integrado por el acto administrativo de determinación proferido por la Junta Directiva acompañado del Decreto aprobatorio de esa modificación emitido por el Gobierno Departamental; trámite que valga la pena resaltar es de su esencia, porque es a través del mismo que se posibilita el ejercicio de la tutela administrativa sobre la entidad. Y en el presente asunto, resulta palpable para la Sala, que la modificación de la planta de personal, no contó con el acto administrativo de determinación de la misma, emitido por la Junta Directiva de la Beneficencia, como tampoco existe el Decreto aprobatorio de esa modificación expedido por el Gobierno Departamental; porque lo cierto es, que la modificación no tuvo la aprobación del Gobernador, sino la del Gerente por delegación que le hizo la Junta Directiva, tal como esta última lo ordenó en el Acuerdo No. 003 de 2000,

procedimiento que contradice en forma abierta lo dispuesto por el Régimen Político Departamental y los Estatutos de la Entidad.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 210 INCISO 3 / DECRETO 1222 DE 1886 – ARTICULO 305

EMPLEADOS DE LOS ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS – Naturaleza jurídica / EMPLEADOS DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO- Naturaleza jurídica

De otro lado es pertinente señalar, que de acuerdo con lo establecido por el artículo 304 del Código en mención, las personas que prestan sus servicios en los Establecimientos Públicos son empleados públicos y son trabajadores oficiales los de la construcción y sostenimiento de obras públicas. Y quienes presten servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales, sin embargo, los estatutos de tales empresas pueden precisar las actividades de dirección o confianza que deben ser desempeñadas por los empleados públicos.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1222 DE 1886 – ARTICULO 304

CAMBIO DE NATURALEZA JURIDICA DE ENTIDAD DESCENTRALIZADA DEL ORDEN DEPARTAMENTAL CON MODIFICACION DEL REGIMEN DE SUS EMPLEADOS – No puede restringir el restablecimiento del derecho, frente a la declaración de nulidad de la decisión, a la fecha de transformación de la entidad, el límite está dado por las condiciones concretas en cada caso. Seguridad jurídica. Confianza legítima (RECTIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL)

La Jurisprudencia de esta Sección ha sostenido, que la transformación de la naturaleza jurídica de las entidades públicas, que implique modificación en el régimen jurídico de sus servidores, constituye una razón válida para limitar el ámbito del restablecimiento del derecho, solo hasta el momento en que cronológicamente se sitúa el instante de la transformación, en razón a que esta circunstancia hace jurídicamente imposible la extinción resarcitoria mas allá de este episodio. No obstante existe suficientes motivos para jurídicos para variar esta posición conforme al sal pasa a precisarlo. No existe una razón jurídica a la luz del artículo 261 del decreto 1222 de 1986, de donde sea posible deducir, que el cambio de naturaleza jurídica de una entidad descentralizada del orden departamental, se constituye en causa eficiente para restringir las posibilidades resarcitorias derivadas de la nulidad de decisiones administrativas, que por esta vía proyectarían su capacidad reparatoria a un supuesto no previsto por el Legislador ni por el Derecho. Así las cosas, el cambio de naturaleza de una entidad descentralizada no constituye un factor que neutralice la vigencia de los derechos laborales y prestacionales constituidos para los servidores públicos dentro del marco de una relación laboral estatutaria, sencillamente porque una operación administrativa de cambio de naturaleza de una entidad, no supone una figura para sustraer de las obligaciones laborales a la Administración básicamente en función de 3 variables: En primer lugar, del carácter unitario de la Administración que conduce a tener que aceptar que la modificación de sus formas, no implica por ningún motivo la desaparición de las funciones y del ente estatal como tal; en segundo lugar, los derechos laborales válidamente

constituidos en atención a lo previsto por los artículos 25 y 53 de la Carta, gozan de amparo constitucional que le dan la intangibilidad necesaria a un derecho protegido por el orden jurídico; y finalmente, los regímenes laborales, bien sea estatutarios o contractuales, poseen los ingredientes indispensables para sobre ellos construir dos categorías de valor inherentes al orden jurídico: la seguridad jurídica sobre las relaciones laborales de los ciudadanos con el Estado y el fenómeno de la confianza legítima de los asociados frente a las condiciones de acceso y permanencia en la función pública, que si bien no le impiden a esta última modificar los supuestos accidentales del régimen de forma unilateral, no por ello la desligan del goce pleno del derecho así constituido. Los límites reales son esencialmente contra fácticos, esto es, en atención a las condiciones concretas que hacen viable o no la extensión del restablecimiento, conforme se procede a estudiar para el caso.

REINCORPORACION A CARGO DE CARRERA – Improcedencia por inexistencia en la planta de personal. Indemnización. Pago hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia y no a la fecha del cambio de naturaleza de la entidad / INDEMNIZACIÓN POR NO REINCORPORACION POR INEXISTENCIA DEL CARGO – Pago hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia y no a la fecha de cambio de naturaleza de la entidad (RECTIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL)

Los empleos públicos que se crearon al interior de la Empresa Industrial y Comercial del Estado, que pueden guardar alguna relación con el que venía desempeñando en carrera, fueron solo los de Jefe de Oficina Asesora - Control Interno-, Asesor General y Asesor de Planeación, sin que las funciones asignadas a los mismos se compadezcan con la Ingeniería de Sistemas y sin que dentro de dicha planta exista otro cargo con funciones que en particular pueda desempeñar la actora en su calidad de Ingeniera de Sistemas. Esta situación torna entonces en irrazonable la posibilidad de vincular a la demandante en un cargo sin planta. El restablecimiento del derecho traducido en la reincorporación, en este caso en particular no es posible ante la ausencia de cargo en la planta de personal de la Empresa Industrial y Comercial del Estado, es por lo que a título de restablecimiento del derecho, solo procede ordenar que en su favor se le reconozca una indemnización, que debe liquidarse, desde que se produjo el retiro real del servicio, es decir, desde el 1º de febrero de 2000 hasta la fecha de ejecutoria de la presente sentencia, con independencia de la fecha en que tuvo ocurrencia la transformación de la Entidad, además con la respectiva actualización, y por supuesto, con el descuento de la suma que otrora le fuera reconocida por concepto de indemnización, cuando se acogió a dicha opción preferencial que le asistía como empleada de carrera.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil diez (2010)

Radicación número: 68001-23-15-000- 2000- 01897-01(2442-08)

Actor: CLAUDIA YANETH RÍOS SARMIENTO

Demandado: BENEFICENCIA DE SANTANDER.

AUTORIDADES DEPARTAMENTALES

- F A L L O -

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia de 18 de mayo de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, en la que accedió a las súplicas de la demanda instaurada por la señora **CLAUDIA YANETH RÍOS SARMIENTO**, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la actuación administrativa que suprimió el cargo que venía desempeñando en carrera administrativa, como Jefe de Oficina Asesora, Grado 01, Código 115, Nivel Asesor, en la entonces Beneficencia de Santander.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora **CLAUDIA YANETH RÍOS SARMIENTO** por conducto de apoderada judicial, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Santander para obtener, como lo indicó en su corrección, la inaplicación por ilegalidad de la Resolución No. 039 de 31 de enero de 2000, que modificó la planta de personal de la Beneficencia de Santander, expedida por su Gerente y la nulidad del Oficio de 1º de febrero de 2000, por medio del cual se le comunicó que el cargo que venía desempeñando como Jefe de Oficina Asesora, Grado 01, Código 115, Nivel Asesor, había sido suprimido, emitido por la Jefe de División de Recursos Humanos.

A título de restablecimiento del derecho solicitó el reintegro al cargo que desempeñaba o a otro de igual o superior categoría y remuneración respetando sus derechos de carrera administrativa; que se le paguen los sueldos, sobresueldos, primas, bonificaciones, subsidios, vacaciones y demás prestaciones sociales dejados de devengar desde su retiro hasta su

reintegro, con la debida actualización, indexación e intereses moratorios; que se declare que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio; y que se dé cumplimiento a la sentencia de acuerdo con los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

Relató la actora en el acápite de hechos, que el 6 de marzo de 1995, ingresó a la Beneficencia de Santander en el cargo de Jefe de la Oficina de Planeación y Sistemas, siendo Ingeniera de Sistemas y laboró en forma ininterrumpida hasta el 2 de febrero de 2000, cuando se le comunicó por medio del Oficio del día 1º del mismo mes y año, que su cargo había sido suprimido.

Señaló, que el Gerente de la Beneficencia expidió la Resolución No. 039 de 31 de enero de 2000, por la cual modificó la planta de personal, suprimiendo el cargo que ella venía desempeñando, sin competencia y con falsa motivación; porque la facultad para modificar la planta de personal no le podía ser delegada por la Junta Directiva, pues dicha potestad es exclusiva del Gobierno Departamental.

Manifestó, que la Resolución en mención se fundamentó en un estudio técnico que no fue elaborado por la ESAP, sino por una persona natural en condición de contratista de la misma; por lo que no se dio cumplimiento al artículo 153 del Decreto No. 1572 de 1998. Además, dicho estudio no fue realizado con transparencia y objetividad.

Adujo, que el cargo suprimido no desapareció, porque sus funciones permanecen en la misma forma como ella las desempeñaba y que estas fueron trasladadas a la Secretaría General para justificar la permanencia en dicho cargo de la Secretaria General, porque el desempeño de las mismas exige el conocimiento específico en Ingeniería de Sistemas.

Sostuvo, que la desviación de poder se configuró, porque el fin que acompañó a la Administración, no fue el del mejoramiento del servicio sino la satisfacción de intereses diferentes al mismo.

Indicó como disposiciones violadas los artículos 1º, 2º, 6º, 29, 90, 91, 123, 124 y 125 de la Carta Política; Ley 443 de 1998; Decreto 1572 de 1998; y los artículos 228 y 305 del Decreto 1222 de 1986.

En la corrección a la demanda, fundamentó el concepto de violación señalando que de conformidad con lo dispuesto por los artículos 282 literal b) y 305 del Decreto No. 1222 de 1986, la demandada debió someter a la probación del Gobierno Departamental, la modificación de la planta de personal, proceso que fue omitido.

Que se vulneró lo dispuesto por los artículos 148 y siguientes del Decreto No. 1572 de 1998, pues la Beneficencia no adelantó los trámites de Ley para ejecutar la modificación de la planta de personal, además el estudio técnico no reunió los requisitos legales para ser tenido en cuenta como válido.

Que, de igual manera, se violó el artículo 2º de la Ley 443 de 1998, en tanto que los principios de imparcialidad y eficacia fueron desconocidos, porque el estudio técnico no se ajustó a la Ley, facilitando la permanencia en la Entidad demandada de personas con menos requisitos que aquellas que fueron separadas de sus cargos.

Reiteró, que el acto que se acusa adolece de falsa motivación, puesto que el inciso 1º de la Resolución No. 039 de 2000, señaló que su expedición se soportó en las facultades otorgadas al Gerente por parte de la Junta; pero que tal afirmación es falsa, pues a dicho funcionario nunca se le delegó la facultad de modificar la planta de personal ni de suprimir los cargos, ya que ésta es exclusiva del Gobierno Departamental.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Beneficencia de Santander se opuso a las pretensiones incoadas. Al efecto argumentó, que el cargo que ejercía la demandante, de conformidad con lo previsto por la Ley 443 de 1998, sin lugar a dudas era de carrera administrativa y que sus funciones correspondían a los cargos del nivel Asesor conforme lo establece el Decreto No.1569 de 1998.

Señaló, que la modificación de la planta de personal, estuvo precedida de estudios técnicos realizados por la ESAP, acordes con las necesidades de la Entidad y ajenos a intereses personales, que arrojaron la necesidad de suprimir los cargos atendiendo a políticas de austeridad.

Anotó en cuanto a la falta de competencia, la falsa motivación, la desviación de poder y la extralimitación de funciones en la expedición del acto acusado, que por ser la Beneficencia, un establecimiento público cuyos órganos de dirección eran la Junta Directiva y el Gerente; las facultades a ellos conferidas no requerían ser sometidas a otras instancias.

Además, la Junta Directiva como máximo órgano de la Entidad, podía delegar la atención y la decisión de los asuntos a ella confiados, de conformidad con sus estatutos; y acorde con dicha facultad, mediante el Acuerdo de Junta No. 003 de 26 de enero de 2000, se facultó al Gerente para que aprobara la modificación de la planta de personal, tomando como soporte los estudios técnicos elaborados por la ESAP.

Finalmente indicó, que a la actora le fue comunicada la supresión de su cargo el 1º de febrero de 2000 y se pusieron en su conocimiento las alternativas que tenía entre ser incorporada o indemnizada, decidiéndose por ésta última opción, por lo que se profirió la Resolución No. 196 de 26 de marzo de 2000, que ordenó el reconocimiento y pago de la indemnización.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Santander accedió a las súplicas de la demanda, ordenando la inaplicación de la Resolución No. 039 de 31 de enero de 2000 frente al caso particular y declarando la nulidad del Oficio de 1º de febrero del mismo año, en tanto que se constituyó en el acto administrativo que modificó la situación concreta de la demandante; por considerar que en el proceso de reestructuración que adelantó la Beneficencia de Santander, no se cumplieron las etapas exigidas por el ordenamiento jurídico.

Como fundamentos de su decisión precisó, que el artículo 305 del Decreto Ley 1222 de 1996 ó Código de Régimen Departamental, establece que la modificación de la planta de personal de un establecimiento público, debe ser determinada por la Junta Directiva y posteriormente avalada por el Gobernador; situación que no ocurre en el sub lite, toda vez, que se observa que en el proceso de reestructuración efectuado en la Beneficencia de Santander, no existe el acto administrativo complejo, es decir, no concurre el acto expedido por la Junta Directiva con el que se determine la planta de personal que se va a adoptar con fundamento en el estudio técnico realizado por la ESAP, como tampoco existe el acto administrativo por medio del cual el Gobierno del Departamento imparta aprobación a la modificación de la planta de personal determinada por la Junta Directiva. Es más, la Junta Directiva, mediante el Acuerdo No. 003 de 26 de enero de 2000, delegó en el Gerente la facultad de “aprobar”, más no de “determinar” la planta de personal de la Entidad; potestad que no le corresponde por ser propia del Gobierno Departamental.

Manifestó, que no era posible ordenar el reintegro de la accionante al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría, porque la Entidad demanda cambió su naturaleza, dejando de ser un Establecimiento Público para pasar a ser una Empresa Industrial y Comercial del Estado, denominada Lotería de Santander, cuyos servidores no son empleados públicos sino trabajadores oficiales.

En consecuencia, condenó a la Lotería de Santander, a cancelar a la actora los salarios y prestaciones compatibles a los que tenía derecho en el desempeño del cargo que fue objeto de supresión, desde el momento en que fue efectivamente retirada del servicio, es decir, desde el 1º de febrero de 2000 hasta el 22 de agosto de 2001, fecha en que por Decreto Departamental No. 0201, fue aprobada la planta de personal de la Empresa Industrial y Comercial del Estado Lotería de Santander.

ACLARACIÓN DE VOTO

La Magistrada Francy del Pilar Pinilla Pedraza, señaló que a pesar de compartir la decisión adoptada por la Sala de declarar la nulidad de la Resolución No. 039 de 2000, se aparta de los argumentos esgrimidos, pues

considera que la Junta Directiva de la Beneficencia delegó en el Gerente la función que le fue atribuida por el literal q) del artículo 35 de los Estatutos, es decir, la determinación de la planta de personal con el voto favorable del Gobernador, pero en ningún momento delegó la función de aprobación de la planta de personal, ya que la misma es propia del Gobierno Departamental. En tal sentido, concluyó que el fallo debió sustentarse exclusivamente, en la ausencia del voto favorable del Gobierno Departamental a la planta de personal adoptada por el Gerente.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte actora interpuso oportunamente el recurso de apelación, en el que centró su inconformidad solo en relación con el restablecimiento del derecho, porque en su sentir, se debió ordenar la cancelación de la totalidad de los emolumentos laborales y demás prestaciones inherentes al cargo dejados de recibir desde el momento en que se notificó de su salida y hasta su efectivo reintegro; pues tal como se decretó en el fallo impugnado, no se compensa con la realidad jurídica en que sucedieron los hechos.

Indicó, que los servidores públicos inscritos en carrera administrativa de acuerdo con lo establecido en la Ley, deben ser incorporados en cargos equivalentes o afines, ya sea en la entidad transformada si no ha sido suprimida, en la nueva a la que se le trasladaron las funciones, en las entidades del sector administrativo al cual pertenecía la entidad o funciones suprimidas o en los demás organismos de la Administración Pública; y que por ello, el cambio de naturaleza jurídica de la Beneficencia de Santander en Empresa Industrial y Comercial del Estado, no constituye justificación para negar su reintegro, más cuando las funciones que ella cumplía en la Beneficencia se trasladaron a la Lotería de Santander.

Señaló, que el *a quo* no tuvo en cuenta el Parágrafo Transitorio del artículo 24 del Estatuto Interno No. 196 de 15 de agosto de 2001, que establece que los empleados públicos de carrera administrativa cuyos empleos sean suprimidos pueden optar entre percibir la indemnización o tener tratamiento preferencial para ser reincorporados a un empleo equivalente, como tampoco

advirtió que su artículo 23, determina que los servidores públicos de la Empresa Industrial y Comercial del Estado, Lotería de Santander, serán trabajadores oficiales con excepción del Asesor de Planeación, denominación igual a la del cargo que desempeñaba, que además, no desapareció en la nueva Empresa, pues solo sufrió algunas reformas.

Manifestó, que para la fecha de transformación de la Beneficencia de Santander en Empresa Industrial y Comercial del Estado, pudo haberse acogido a lo establecido por el artículo 24 del Estatuto Interno No. 196 de 2001 de la Lotería de Santander.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte actora, no presentó alegatos de conclusión.

La parte demandada, guardó silencio.

El Ministerio Público estimó, que de acuerdo con el Decreto Departamental No. 193 de 13 de agosto de 2001, las funciones de la Beneficencia de Santander fueron asignadas a la Lotería de Santander y que del Parágrafo 2º del artículo 3º de dicho Decreto se concluye, que el cargo que desempeñaba la demandante al momento de su desvinculación, es decir, el de Asesor de Planeación, se mantuvo como un empleo público de libre nombramiento y remoción, que exige una vinculación legal y reglamentaria, por lo que al existir el cargo como tal y mantenerse vigente la naturaleza, es procedente su reintegro a la nueva Entidad, máxime cuando se demostró que el acto de reestructuración fue proferido por autoridad incompetente.

CONSIDERACIONES

CUESTIÓN PRELIMINAR

Teniendo en cuenta que el marco de juzgamiento que delimita la segunda instancia lo determina el recurso de apelación, corresponde a la Sala

pronunciarse específicamente sobre la inconformidad que manifiesta la apelante, respecto del numeral tercero del fallo recurrido, que solo ordenó a título de restablecimiento de su derecho, el pago de los salarios y demás prestaciones sociales dejadas de percibir desde su retiro del servicio hasta la fecha en que fue aprobada la planta de personal de la Empresa Industrial y Comercial del Estado Lotería de Santander.

ASUNTO OBJETO DE DEBATE

La inconformidad que la apelante refiere radica entonces, en que le asiste el derecho a recibir la totalidad de los emolumentos laborales y demás prestaciones dejadas de percibir, desde que se le notificó la supresión del empleo que ocupaba hasta su reintegro efectivo, que es posible en la medida en que el cargo que desempeñaba en la Beneficencia de Santander subsiste en la nueva planta de personal de la Empresa Industrial y Comercial del Estado Lotería de Santander.

Para el efecto, la Sala hará referencia inicialmente a las probanzas obrantes en el proceso, luego a la naturaleza de la Entidad demandada, seguidamente a la normativa que regula la materia, para posteriormente abordar el análisis del caso concreto.

DE LO PROBADO EN EL PROCESO

Pues bien, observa la Sala luego de examinado el expediente, en relación con la actividad laboral desempeñada por la demandante, que efectivamente de conformidad con el Acuerdo No. 017 de 16 de mayo de 1995, la Junta Directiva de la Beneficencia de Santander, fue nombrada en propiedad en el cargo de Jefe de la Sección de Sistemas, tomando posesión según da cuenta el Acta No. 863 de 22 de mayo de 1995. (Folios 107 y 108 Cuaderno Principal).

Según consta en el Acuerdo No. 021 de 7 de junio de 1995, con ocasión de la modificación de la planta de personal de la Beneficencia, que dio lugar a la supresión del cargo de Jefe de la Sección Sistemas, se produjo su

ampliación creando el cargo de Jefe de División de Planeación y Sistemas, en el que fue nombrada en propiedad, tomando posesión el 13 de junio de 1995, como lo informa el Acta No. 869. (Folio 109 a 111 Cuaderno Principal).

Por Resolución No. 016 de 12 de enero de 1996, se produjo su nombramiento en período de prueba, en el cargo de Jefe de División Planeación y Sistemas, Código 271550, Grado 02, en atención a que el mismo era de carrera administrativa. Tomó posesión según Acta No. 879 de 15 de enero de 1996. (Folios 112 a 114 Cuaderno Principal).

Como da cuenta certificación del Departamento Administrativo de la Función Pública, **la actora fue inscrita en el Registro Público de Empleados de Carrera Administrativa**, en el cargo de Jefe de División Planeación y Sistemas, Código 271550, Grado 02, con anotación en el registro que se surtió el 9 de octubre de 1996. (Folios 239 Cuaderno 3).

De conformidad con el Acta No. 942 de 26 de enero de 1998, tomó posesión del cargo de Jefe de División, por cambio de nominación del empleo, según nombramiento que se efectuó por medio de Acuerdo No. 001 de la misma fecha. (Folio 116 Cuaderno Principal).

Informa la Certificación de 7 de marzo de 2005, emitida por el Subgerente Administrativo de la Lotería de Santander, que la actora laboró en la Beneficencia de Santander hasta el 9 de febrero de 2000, como Jefe Oficina Asesora, Código 115, Grado 01, Nivel Asesor, cuyas funciones eran las propias de una Ingeniera de Sistemas. (Folios 3 Cuaderno 2 y 22 Cuaderno 4).

También aprecia la Sala, en lo referente al acto de supresión, el Acta de Junta Ordinaria No. 1449 de 26 de enero de 2000, en la que consta que en lo relacionado con el proceso de reestructuración de la Beneficencia, el Presidente de su Junta Directiva informó que *“... el próximo 31 de enero la Escuela Superior de Administración Pública, hará entrega del estudio técnico para el Proceso de Reestructuración Administrativa de la Beneficencia de Santander. Es necesario entonces, convocar a Junta Extraordinaria, debido a que la Junta Directiva según los estatutos de la entidad le corresponde “Determinar con voto favorable del Gobernador la organización interna de la*

empresa, su planta de personal, etc...". Además indicó, que el Presidente de la Junta Directiva "... en los próximos días se ausentará de la ciudad, y le es imposible estar presente el próximo 31 de enero; por lo tanto propone facultar al Gerente para aprobar la modificación a la planta de personal tomando en cuenta los resultados del estudio técnico elaborado por la ESAP". (Folios 477 Cuaderno Principal).

Según el Acuerdo No. 003 de 26 de enero de 2000 "Por el cual se hace una delegación", la Junta Directiva de la demandada acuerda "**Delegar en el Gerente de la Beneficencia de Santander la aprobación de la modificación a la planta de personal tomando en cuenta los resultados del estudio técnico elaborado por la Escuela Superior de Administración Pública -ESAP-**". (Folio 246 Cuaderno Principal).

La Resolución No. 039 de 31 de enero de 2000 "Por la cual se modifica la Planta de Personal de la Beneficencia de Santander", emitida por su Gerente en uso de las atribuciones conferidas por el Acuerdo No. 003 de 26 de enero de 2000, en su artículo 1º **dispuso, la supresión del cargo** desempeñado por la actora como Jefe de Oficina Asesora Código 115, Grado 01, Nivel Asesor, **a partir del 1º de febrero de 2000**; situación que le fue comunicada en la misma fecha por la División de Recursos Humanos de la Beneficencia de Santander y le otorgó las opciones previstas en el artículo 39 de la Ley 443 de 1998, de incorporación o indemnización. (Folios 248 a 250 y 54 Cuaderno Principal).

En atención a que **la demandante optó por la indemnización**, según lo informa la Resolución No. 200 de 23 de marzo de 2000, se le reconoció su pago en la suma de \$7.847.100, por supresión del cargo de carrera administrativa que ocupaba. (Folios 148 y 149 Cuaderno Principal).

De otro lado, encuentra la Sala la Resolución No. 524 de 9 de noviembre de **1998**, por la cual la Gerencia de la Beneficencia de Santander ajustó su planta de personal, en la que aparecen 2 cargos en el Nivel Asesor de Jefe Oficina Asesora Código 11501; uno, de la Dependencia Oficina Asesora Jurídica, con funciones eminentemente jurídicas y el otro, de la Dependencia Oficina Asesora Planeación y Sistemas, con funciones de sistematización de

información y computarización de la Entidad. (Folios 11 y ss. y 22 y ss. Cuaderno 4).

La Resolución No. 75 de 25 de febrero de **2000**, que establece el Manual Específico de Funciones y Requisitos de los diferentes empleos de la Planta de Personal Global de la Beneficencia de Santander, en el que solo aparece el cargo de Jefe Oficina Asesora Código 11501, de la Oficina Asesora Jurídica y se describen funciones eminentemente jurídicas. (Folios 334 Cuaderno Principal).

Como lo informa el Decreto Departamental No. 196 de 15 de agosto de **2001**, *“Por el cual se aprueba el Estatuto Interno de la Empresa Industrial y Comercial del Estado “Lotería de Santander”*, sus servidores son trabajadores oficiales con excepción, entre otros, del Jefe de Oficina Asesora -Control Interno-, Asesor General y Asesor de Planeación, que son empleados de libre nombramiento y remoción del Gerente de la Empresa. (Folios 394 y 395 Cuaderno Principal). Y, el Decreto Departamental No. 201 de 22 de agosto de 2001, aprobó su planta de personal, establecida por el Acuerdo No. 004 de 21 de agosto de 2001 de su Junta Directiva. (Folio 385 Cuaderno Principal).

Aparece copia del título de Ingeniera de Sistemas que le fue conferido a la demandante por la Universidad Industrial de Santander, el 9 de agosto de 1988. (Folios 261 Cuaderno 3).

NATURALEZA JURÍDICA DE LA DEMANDADA

La Beneficencia de Santander tal como lo señaló el artículo 2º del Decreto No. 167 de 28 de junio de 1993, por el cual se aprobó la reforma a sus estatutos, era un Establecimiento Público del orden departamental con patrimonio propio e independiente, autonomía administrativa y personería jurídica, organizado para el cumplimiento del objetivo previsto por el artículo 193 del Decreto Ley 1222 de 1986 ó Código de Régimen Político Departamental ¹, relacionado con

¹ **Decreto 1226 de 1986. Artículo 193** *“Solamente los Departamentos podrán establecer una lotería con premiso en dinero, y con el único fin de destinar su producto a la asistencia pública. Los contratos que celebren los Departamentos en desarrollo de este artículo deberán someterse a licitación pública, y en ella se entenderá como mejor propuesta la oferta de una mayor participación en el valor de cada sorteo para la asistencia pública del respectivo Departamento”*.

el establecimiento de loterías con premios en dinero. (Folios 263 Cuaderno Principal).

Según lo establece el artículo 35 del Decreto aprobatorio de los Estatutos, la Junta Directiva era el órgano supremo de dirección y administración de la Beneficencia y en razón de dicha facultad, le correspondía de conformidad con lo dispuesto en su literal q): “**Determinar con el voto favorable del Gobernador la organización interna de la Empresa, su planta de personal y adoptar la escala de remuneración establecida por la Asamblea Departamental**”. (Folio 268 Cuaderno Principal).

Luego, por medio del Decreto Ordenanza No. 193 de 13 de agosto de 2001, se produjo la conversión de dicho Establecimiento Público en Empresa Industrial y Comercial del Estado denominada Lotería de Santander, y su Estatuto Interno fue aprobado por el Gobernador de Santander, mediante el Decreto Departamental No. 196 de 15 de agosto de 2001. (Folio 101 y 386 a 397 Cuaderno Principal).

NORMATIVA QUE REGULA LA MATERIA

En lo que concierne a la reestructuración de un Establecimiento Público, como lo era la Beneficencia de Santander, es conveniente precisar que el inciso 3º del artículo 210 de la Carta Fundamental, confirió a la ley el establecimiento del régimen jurídico de las entidades descentralizadas al igual que la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes; por manera, que es el Decreto No. 1222 de 1986 ó Código de Régimen Político Departamental, el contenido de las disposiciones a las que deben someterse las autoridades departamentales, y precisamente, su artículo 305 ², establece que es a la Junta Directiva del Establecimiento Público a quien le corresponde determinar la planta de personal y el Gobierno Departamental es quien debe impartir a probación a esa determinación.

² **Decreto 1222 de 1986. Artículo 305.** “Con aprobación del Gobierno Departamental, las juntas directivas de los establecimientos públicos y de las empresas industriales determinarán las plantas de personal con sujeción a las normas que expidan las Asambleas sobre nomenclatura, clasificación y remuneración de los empleos”.

De suerte, que cuando de la modificación de la planta de personal de un Establecimiento Público se trata, debe agotarse un procedimiento que implica la emisión de un acto complejo, integrado por el acto administrativo de determinación proferido por la Junta Directiva acompañado del Decreto aprobatorio de esa modificación emitido por el Gobierno Departamental; trámite que valga la pena resaltar es de su esencia, porque es a través del mismo que se posibilita el ejercicio de la tutela administrativa sobre la entidad.

De otro lado es pertinente señalar, que de acuerdo con lo establecido por el artículo 304 ³ del Código en mención, las personas que prestan sus servicios en los Establecimientos Públicos son empleados públicos y son trabajadores oficiales los de la construcción y sostenimiento de obras públicas. Y quienes presten servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales, sin embargo, los estatutos de tales empresas pueden precisar las actividades de dirección o confianza que deben ser desempeñadas por los empleados públicos.

CASO CONCRETO

Como se advirtió, según lo establece el artículo 305 del Decreto No. 1222 de 1986 y en concordancia con el mismo, el literal q) del artículo 35 de los Estatutos de la Beneficencia de Santander, es evidente que en quien recaía la responsabilidad de determinar su planta de personal, era en su Junta Directiva, con la respectiva aprobación del Gobernador.

Y en el presente asunto, resulta palpable para la Sala, que la modificación de la planta de personal, no contó con el acto administrativo de determinación de la misma, emitido por la Junta Directiva de la Beneficencia, como tampoco existe el Decreto aprobatorio de esa modificación expedido por el Gobierno Departamental; porque lo cierto es, que la modificación no tuvo la aprobación del Gobernador, sino la del Gerente por delegación que le hizo la Junta

³ **Decreto 1222 de 1986. Artículo 304.** *“Las personas que presten sus servicios en los establecimientos públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. Quienes presten sus servicios en las empresas industriales y comerciales y en las sociedades de economía mixta son trabajadores oficiales. No obstante, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos”.*

Directiva, tal como esta última lo ordenó en el Acuerdo No. 003 de 2000, procedimiento que contradice en forma abierta lo dispuesto por el Régimen Político Departamental y los Estatutos de la Entidad.

Con lo anterior, encuentra la Sala que le asiste razón al *a quo*, cuando declaró la inaplicación de la Resolución No. 039 de 2000, que emitió el Gerente, por la cual se modificó la planta de personal de la Beneficencia a partir del 1º de febrero de 2000 y la nulidad de la Comunicación de la desvinculación que materializó la referida Resolución.

RECTIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL

Ahora bien, enfocados en el aspecto específico del **restablecimiento en el derecho**, la Jurisprudencia de esta Sección ha sostenido, que la transformación de la naturaleza jurídica de las entidades públicas, que implique modificación en el régimen jurídico de sus servidores, constituye una razón válida para limitar el ámbito del restablecimiento del derecho, solo hasta el momento en que cronológicamente se sitúa el instante de la transformación, en razón a que esta circunstancia hace jurídicamente imposible la extinción resarcitoria mas allá de este episodio.

Al respecto, la sentencia de 19 de junio de 1997, expediente No. 15946, con ponencia de la Consejera Clara Forero de Castro, sostuvo que en efecto, la modificación a los estatutos de una entidad estatal, cambia automáticamente la naturaleza del vínculo de sus servidores, pues la norma entra a regir de inmediato, de forma que la categoría de empleado público o trabajador oficial no implica que se haya adquirido derecho alguno, que resulte definido y no pueda ser alterado por normas posteriores. En sentencia de 12 de marzo de 1998, expediente No. 13327 con ponencia del Consejero Nicolás Pájaro Peñaranda, esta misma Corporación sostuvo, que dentro del marco del restablecimiento del derecho, el reintegro del actor, cuando se transforma un Establecimiento Público en Empresa Industrial y Comercial del Estado, en lo que se supone un proceso de cambio del régimen de empleado público en trabajador oficial, consecuencializa una situación que impide al Juez Contencioso promover el reintegro, no solo por el cambio del régimen jurídico del empleo que ostentaba el demandante, sino porque, además, la jerarquía

del empleo que desempeñaba era de aquellos empleados de carrera, y en el campo de las Empresas Industriales, los empleos atendidos por servidores regidos por el régimen de empleado público constituyen un sistema jerárquico propio de empleados de libre nombramiento y remoción, lo cual radicaliza la imposibilidad anotada.

Posteriormente, esta misma Sala en sentencia de 15 de mayo de 2008, expediente No. 6958-05 con ponencia del Consejero Jesús María Lemos Bustamante, siguiendo los criterios anotados sobre idéntico punto de derecho sostuvo, que resulta razonable comprender, que un cambio en la naturaleza jurídica de la entidad, tenga como efecto la modificación de las relaciones jurídicas que esta tiene establecidas con sus empleados y trabajadores; por mandato legal, los servidores departamentales son empleados públicos por regla general y trabajadores oficiales excepcionalmente. Cuando se invierte la naturaleza jurídica de Establecimiento Público al de Empresa Industrial y Comercial, la relación cambia y todos los servidores de la entidad por regla general son trabajadores oficiales, salvo aquellos que desarrollan actividades de dirección y confianza precisadas en los estatutos y que por consiguiente, son desempeñadas por empleados públicos.

A la luz de este pensamiento el punto materia de impugnación de la sentencia que motiva nuestra competencia ameritaría su confirmación, dado que como se ha expuesto, el *a quo* reconoció el restablecimiento del derecho de la actora, hasta la fecha en que por Decreto Departamental No. 201 de 22 de agosto de 2001, fue aprobada la planta de personal de la Empresa Industrial y Comercial del Estado Lotería de Santander.

No obstante existen suficientes motivos jurídicos para variar esta posición conforme pasa la Sala a precisarlo.

a. De acuerdo con el artículo 261 del Código de Régimen Departamental (Decreto 1222 de 1986) la actividad administrativa de crear, transformar, suprimir, fusionar o modificar entidades descentralizadas del orden departamental, implica la prevención de las incidencias administrativas, económicas y presupuestales que se deriven del ejercicio de esta competencia; lo cual pone de presente que por el propio Legislador se estableció una salvaguarda que armoniza de manera perfecta con el principio de

responsabilidad pública inherente a los actos de la Administración, y que bien entendido, no genera ningún tipo de restricción que limite el derecho reparatorio en la forma en que lo ha venido entendiendo la Jurisprudencia de esta Corporación.

En otras palabras, no existe una razón jurídica a la luz del artículo en análisis, de donde sea posible deducir, que el cambio de naturaleza jurídica de una entidad descentralizada del orden departamental, se constituye en causa eficiente para restringir las posibilidades resarcitorias derivadas de la nulidad de decisiones administrativas, que por esta vía proyectarían su capacidad reparatoria a un supuesto no previsto por el Legislador ni por el Derecho.

b. Así las cosas, el cambio de naturaleza de una entidad descentralizada no constituye un factor que neutralice la vigencia de los derechos laborales y prestacionales constituidos para los servidores públicos dentro del marco de una relación laboral estatutaria, sencillamente porque una operación administrativa de cambio de naturaleza de una entidad, no supone una figura para sustraer de las obligaciones laborales a la Administración básicamente en función de 3 variables:

En primer lugar, del carácter unitario de la Administración que conduce a tener que aceptar que la modificación de sus formas, no implica por ningún motivo la desaparición de las funciones y del ente estatal como tal; en segundo lugar, los derechos laborales válidamente constituidos en atención a lo previsto por los artículos 25 y 53 de la Carta, gozan de amparo constitucional que le dan la intangibilidad necesaria a un derecho protegido por el orden jurídico; y finalmente, los regímenes laborales, bien sea estatutarios o contractuales, poseen los ingredientes indispensables para sobre ellos construir dos categorías de valor inherentes al orden jurídico: la seguridad jurídica sobre las relaciones laborales de los ciudadanos con el Estado y el fenómeno de la confianza legítima de los asociados frente a las condiciones de acceso y permanencia en la función pública, que si bien no le impiden a esta última modificar los supuestos accidentales del régimen de forma unilateral, no por ello la desligan del goce pleno del derecho así constituido.

En síntesis, por cuanto la transformación, fusión, supresión o modificación de entidades descentralizadas, no constituye un quehacer administrativo extraño a

las reglas superiores que protegen las relaciones laborales de los servidores públicos con la Administración, es que carece de razonabilidad limitar los efectos reparatorios de una acción de restablecimiento en el derecho a la mera circunstancia de la fecha en la que ocurre la fusión o transformación del ente.

Lo anterior teniendo en cuenta que los límites reales son esencialmente contra fácticos, esto es, en atención a las condiciones concretas que hacen viable o no la extensión del restablecimiento, conforme se procede a estudiar para el caso.

Pues bien, en este asunto en particular se encuentra demostrado, tal como se advirtió en acápite precedente, que la demandante es una Ingeniera de Sistemas, que en la planta de personal del Establecimiento Público Beneficencia de Santander, antes de la supresión del cargo que se tornó en ilegal, se desempeñaba en carrera como Jefe de Oficina Asesora, Grado 01, Código 115, Nivel Asesor, con funciones propias de su profesión (Folios 22 Cuaderno 4). Y, que con la conversión de dicho Establecimiento Público en Empresa Industrial y Comercial del Estado Lotería de Santander, seguía ostentando dicho cargo, amén de la ilegalidad de la supresión y de conformidad con la rectificación jurisprudencial pre mentada.

Pero encuentra la Sala que en este caso concreto, lo cierto es, que los empleos públicos que se crearon al interior de la Empresa Industrial y Comercial del Estado, que pueden guardar alguna relación con el que venía desempeñando en carrera, fueron solo los de Jefe de Oficina Asesora - Control Interno-, Asesor General y Asesor de Planeación, sin que las funciones asignadas a los mismos se compadezcan con la Ingeniería de Sistemas y sin que dentro de dicha planta exista otro cargo con funciones que en particular pueda desempeñar la actora en su calidad de Ingeniera de Sistemas (Folios 394 y 395 Cuaderno Principal). Esta situación torna entonces en irrazonable la posibilidad de vincular a la demandante en un cargo sin planta.

Quedando claro entonces, que el restablecimiento del derecho traducido en la reincorporación, en este caso en particular no es posible ante la ausencia de cargo en la planta de personal de la Empresa Industrial y Comercial del Estado, es por lo que a título de restablecimiento del derecho, solo procede ordenar que en su favor se le reconozca una indemnización, que debe liquidarse,

desde que se produjo el retiro real del servicio, es decir, desde el 1º de febrero de 2000 hasta la fecha de ejecutoria de la presente sentencia, con independencia de la fecha en que tuvo ocurrencia la transformación de la Entidad, además con la respectiva actualización, y por supuesto, con el descuento de la suma que otrora le fuera reconocida por concepto de indemnización, cuando se acogió a dicha opción preferencial que le asistía como empleada de carrera.

Con lo anterior, se dispondrá la revocatoria de la sentencia apelada en su numeral 3º. Y, habida cuenta que su numeral 4º, declaró la no existencia de solución de continuidad desde la fecha del retiro del servicio hasta la fecha de aprobación de la planta de personal de la Empresa Industrial y Comercial del Estado, la Sala igualmente procederá a su revocatoria, bajo el entendido que este numeral es consecuencia lógica del numeral 3º y en el sentido de que la no solución de continuidad se prolonga hasta la ejecutoria de la sentencia.

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

F A L L A

REVÓCASE parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 18 de mayo de 2007, dentro del proceso promovido por la señora CLAUDIA YANETH RÍOS SARMIENTO, contra la Beneficencia de Santander hoy Empresa Industrial y Comercial del Estado Lotería de Santander, en sus numerales 3º y 4º, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

En consecuencia, la Lotería de Santander a título de restablecimiento del derecho, deberá reconocer a la demandante una indemnización, que debe liquidar, desde que se produjo el retiro real del servicio, es decir, desde el 1º de febrero de 2000 hasta la fecha de ejecutoria de la presente sentencia, con

la respectiva actualización y con el descuento de la suma que le fue reconocida por concepto de indemnización, cuando se acogió a dicha opción preferencial.

CONFÍRMASE en lo demás.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

PUBLÍQUESE, CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO