

ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA SUPRESIÓN DE CARGOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA *

Juan Trujillo Cabrera**
Corporación Universitaria Republicana

RESUMEN

Con este artículo se busca aplicar el razonamiento económico a la política gubernamental de reestructurar las plantas de personal de los diferentes entes y organismos estatales, en el marco de la política neoliberal de reducción de gasto y mejoramiento de la eficiencia del Estado.

Palabras clave: estado, planta de personal, supresión de empleos, estabilidad laboral, neoliberalismo.

ABSTRACT

This article seeks to apply economic reasoning to the government policy to restructure the staffing of State's agencies, under the neoliberal policy of reducing expenditure and improving the efficiency of the State.

Key words: State, staffing, job losses, job stability, neoliberalism.

PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN

De acuerdo al razonamiento económico, ¿resulta viable la supresión de cargos en la Administración Pública?

METODOLOGÍA

Este artículo emplea el método analítico de investigación.

INTRODUCCIÓN

Con la publicación de la denominada por algunos, carta de fundación del neoliberalismo (*The Road to Serfdom*)¹ de Friedrich August von Hayek, surgió en las economías occidentales un ataque apasionado contra toda limitación impuesta por el Estado al libre funcionamiento de los mecanismos del mercado, que en el laboratorio latinoamericano –aparte de la experiencia chilena, que de todas formas se gestó bajo un duro costo hu-

Recepción del artículo: 26 de marzo de 2009. Aceptación del artículo: 28 de mayo de 2009.

* Este artículo hace parte de la investigación denominada “*Los principios constitucionales a la luz del Análisis Económico del Derecho*”, dentro del grupo de investigación “*Derecho y Economía*” de la Corporación Universitaria Republicana, reconocido por Colciencias.

** Abogado de la Universidad Externado de Colombia, *Magíster Legum LL.M.* de la Universidad de Osnabrück (Alemania), autor de las obras “*Supresión de cargos en la Administración Pública*”, Ed. Jurídicas del Profesional, Bogotá (2005) y “*La carga dinámica de la prueba*”, Ed. Leyer, Bogotá (2006); articulista de la Revista *International Law* de la Pontificia Universidad Javeriana e investigador reconocido por Colciencias.

1 “*Camino hacia la servidumbre*”.

mano— ha traído hasta el momento consecuencias ciertamente desfavorables.

El neoliberalismo en su concepción *thatcheriana*, ha tenido como pilar básico la competitividad a escala global, entre países, regiones, empresas y por supuesto, entre individuos. El culto a la competitividad es justificado como un *darwinismo económico*, en el que las fuerzas invisibles del mercado permiten la supervivencia de los más fuertes, separando a los competentes de los incompetentes. En el fragor de la guerra capitalista, las grandes Estados y las multinacionales han replanteado la táctica económica aplicando el *capitalismo de alianzas*, en el que la mayor parte del capital va destinado a operaciones de fusión, supresión, escisión y adquisiciones.

En este marco de neo-capitalismo (competencia en bloques) y globalización, que no tiene marcha a atrás, se hace necesaria una permanente *reingeniería del Estado* como ente mutable y adaptable a las nuevas circunstancias económico-políticas y de acuerdo a sus propias capacidades. La reforma del Estado y con éste, de la Administración Pública, abarcado desde el plano de la eficiencia, la responsabilidad y la participación de todos los sectores —lo que implica un matiz social que “humaniza” al Estado intentando convertirlo en un ente benefactor (*Welfare State*)—, conlleva no necesariamente a la contracción de aquél en ciertas áreas, sino también a su expansión en otras, aunque en la mayoría de los casos una de sus primeras y más fuertes medidas consista en el recorte del tamaño de la función pública. En dicho contexto, indefectiblemente la vinculación del elemento humano al Estado, en calidad de servidor público, va restringiéndose a la especialización técnica y profesional, en el que la estabilidad y la antigüedad desempeñan un papel cada vez de menor importancia. Sin la masificación y debida planificación de la educación superior de acuerdo a las reales necesidades colectivas y no al simple capricho

individual, cualquier reforma del Estado puede conllevar al colapso del mismo en un marco de permanente modernización.

Aunque la reingeniería del Estado no se limita a combatir su ineficiencia mediante la minimización de éste y, con ello, la reducción de las plantas de personal de sus diferentes organismos y entidades, la especialización técnica y profesional de los empleados públicos, así como la capacidad de acción y la eficiencia para que el Estado pueda desempeñar el rol que le corresponde, irán determinando claramente la clase de sinergias y proyectos que puedan desarrollarse en la búsqueda del equilibrio entre el mercado y el Estado, con el objetivo de recrear una sociedad con mayor equidad y justicia.

1. CONCEPTO DE EMPLEO

Suele asimilarse normalmente las nociones de *empleo* y de *cargo* indistintamente. Por *empleo* se entiende escuetamente la acción y efecto de emplear, o de desarrollar ciertos gajes, funciones u oficios. A su vez, *cargo* es entendido como sinónimo de dignidad, empleo² o trabajo. En todo caso, cierto es que la noción de empleo o cargo corresponde necesariamente a un criterio funcional, esto es, al *conjunto de funciones* desarrolladas por una persona natural, vinculada laboralmente a la Administración Pública, las cuales están dirigidas al servicio del Estado y dentro de éste, particularmente a la comunidad.

2. CAMBIO DE DENOMINACIÓN DEL EMPLEO

Conforme se analizó con precedencia, lo que caracteriza a un empleo en la Administración Pública, no es la denominación, sino las funciones específicas desarrolladas por su ejecutor, esto es, el servidor público. De manera que el cambio de denominación de un cargo

no necesariamente conlleva a la supresión del mismo, puesto que lo que realmente determina su supresión efectiva, ya sea total o parcial, es que las funciones propias del cargo hayan desaparecido total o parcialmente, ya sea porque mediante el estudio técnico se llegó al análisis de que tales funciones ya no son requeridas por la entidad u organismo sometido a proceso de reestructuración, o porque lo que se busca es una reducción de los cargos que desempeñan tales funciones. De este modo, se concluye que cuando opera la reestructuración total o parcial de la planta de personal de una entidad, y concurra el evento de que no se haya presentado cambio de funciones en ciertos empleos, sino que simplemente se distingan de los que conformaban la planta anterior por haber variado solamente la denominación y el grado de remuneración; los funcionarios que ocupaban los anteriores cargos deben ser incorporados a la nueva planta de personal, por considerarse que no hubo supresión efectiva de sus empleos.

3. RECLASIFICACIÓN DE EMPLEOS

Los empleos de un ente estatal deben estar agrupados o jerarquizados, con fundamento en criterios técnicos tales como la naturaleza general de funciones, la índole de sus responsabilidades y los requisitos exigidos para su desempeño. Lo anterior es conocido como *clasificación de empleos*.

En consecuencia, por reclasificación de empleos debe entenderse la redefinición de las funciones del cargo, responsabilidades y/o requisitos exigidos para su desempeño, ya sea que se simplifiquen, se amplíen, se tecnifiquen o sean efectuadas cualquier otra forma de variación que no implique cambio total de los mismos, puesto que en dicho evento, se estaría frente al fenómeno propio de la supresión y creación de un nuevo cargo. La reclasificación responde a las necesidades de variar las funciones,

responsabilidades y/o requisitos de un empleo determinado, lo que se traduce, fundamentalmente, en la modificación en la naturaleza de las tareas que debe ejecutar el titular del cargo, por unas completamente diferentes. De esta forma, la asignación de nuevas funciones, responsabilidades y/o requisitos al cargo ya existente, hace que cambie la naturaleza del empleo.

Lo anterior significa que no hay reclasificación de empleos cuando se presenta un simple cambio de denominación del cargo, o cuando el cambio de las funciones, responsabilidades y/o requisitos, no es sustancial. Dicho cambio de debe ser permanente, esto es, indefinido, y no solamente una modificación intencionalmente temporal, evento éste último que no implica por sí sola reclasificación. La reclasificación de empleos es admisible en nuestro ordenamiento jurídico, siempre y cuando con la misma, no se desmejoren las condiciones del trabajador. Así, se entiende que un empleo ha sido reclasificado, cuando modificada o no su denominación, sin cambiar de nivel jerárquico, *se redefinan sus funciones, se le asignen mayores responsabilidades, se exijan mayores calidades para su ejercicio*, ubicándolo en un grado superior de la escala salarial correspondiente, caso en el cual se considera que no hubo supresión efectiva del empleo. El empleado de carrera cuyo cargo haya sido reclasificado, debe ser incorporado previa acreditación de los requisitos exigidos para su desempeño, conservando sus derechos de carrera y siéndole actualizada su inscripción en la misma.

4. EQUIVALENCIA DE EMPLEOS

Se entiende por empleos equivalentes aquellos que pertenezcan al mismo nivel jerárquico, tengan igual asignación salarial y funciones iguales o similares y para su desempeño se exijan los mismos o similares requisitos de experiencia y de estudios³. De

3 Fuente: Consejo de Estado. Sentencias de la Sección Segunda, del 7 de marzo de 1994 y 22 de octubre de 1999. Rads. 7464 y 10528, respectivamente, C.P. Dolly Pedraza de Arenas.

acuerdo a lo expresado, para que pueda considerarse que existe equivalencia de empleos, tiene que demostrarse la concurrencia de cuatro elementos, a saber:

- i. Que pertenezcan al mismo nivel jerárquico. Conforme a este requisito, en el evento de presentarse dos cargos en los cuales se desarrollan las mismas o similares funciones, pero en el que se presenta diferencia de jerarquía, no pueden llegar a ser considerados equivalentes. Piénsese, *verbi gratia*, en los cargos de Magistrado y Auxiliar de Magistrado, en los que si bien ambos funcionarios desarrollan similares funciones, el nivel jerárquico entre uno y otro es claramente diferente.
- ii. Que tengan igual asignación salarial. Conforme a este requisito, quizás muy riguroso por parte del legislador, una sutil diferencia salarial entre uno y otro cargo, pero con idénticas o similares funciones y el mismo nivel jerárquico, impediría considerar a los mismos como equivalentes.
- iii. Funciones iguales o similares. Frente a las funciones iguales, no hay inconveniente. En cuanto a la similitud de funciones, es el caso, por ejemplo, de un abogado que ocupa un cargo en el que ejerce funciones relativas al Derecho Laboral y en otro profesional del Derecho, que ejerce funciones en la misma entidad, pero relacionadas con el Derecho Administrativo. Si bien las funciones son diferentes, pueden considerarse *equivalentes*.
- iv. Igualdad o similitud de requisitos de experiencia y estudio. Este requisito hace referencia a que los cargos que pretenden valorarse como equivalentes exijan los mismos requisitos académicos

(título de bachiller, universitario o postgrado) o similares (por ejemplo, el título profesional de biólogo podría llegar a equivaler, en ciertos casos y para determinadas funciones, al de técnico en Biología), así como a la experiencia laboral exigida.

5. CONCEPTO DE SUPRESIÓN DE EMPLEO

El vocablo *supresión*, proveniente del latín *suppressio*, refiere a la acción de hacer cesar o hacer desaparecer algo. También se emplean comúnmente como sinónimos de la acción de “suprimir”, substraer, quitar, anular o borrar. Como se observa, el término *supresión* evoca la idea de desaparición total de algo material o inmaterial. En tal sentido, la *supresión* de cargos implicaría en nuestra materia, la desaparición plena de determinadas funciones en una entidad u organismo de la Administración. Sin embargo, ésta es una interpretación muy restringida e insuficiente de la noción de *supresión* de cargos, por cuanto aceptarla, implicaría limitar su concepción a la total eliminación de determinadas funciones al interior de un ente estatal, lo cual no resulta lógico con su verdadero alcance, ya que la *supresión* de determinado cargo, como por ejemplo, el de “Abogado”, conllevaría indefectiblemente a la restringida conclusión que las funciones desarrolladas por un profesional del Derecho en la entidad reestructurada, en ejercicio de su profesión, deben desaparecer por completo⁴.

Por tanto, resulta apropiado definir la *supresión* de empleos de forma amplia, como *la desaparición o reducción de plazas o puestos de trabajo en que los servidores públicos ejercen y desarrollan determinadas y precisas funciones*. De acuerdo a las anteriores precisiones, no cons-

4 Fuente: Consejo de Estado, sentencia del 21 de septiembre de 2000, Proceso No. 5654, Consejero Ponente Manuel Santiago Urueta Ayola.

tituye efectiva supresión de cargos, cuando los empleos de la nueva planta, *sin cambiar sus funciones*, se distingan de los que conformaban la planta anterior por haber variado solamente la denominación y/o el grado de remuneración.

6. DISTRIBUCIÓN DE EMPLEOS EN LA NUEVA PLANTA DE PERSONAL

El proceso de reestructuración de las plantas de personal en la rama administrativa está compuesto por una serie de etapas necesarias e imprescindibles para su efectiva prosperidad, que comienzan con la elaboración del estudio técnico, la propuesta de modificación de la planta de personal (conformada a su vez por el estudio técnico, el estudio comparativo de la anterior y la nueva planta, el proyecto de acto administrativo modificatorio de la planta de personal y el proyecto del Manual Específico de Funciones), el concepto técnico favorable y el concepto de viabilidad presupuestal.

Una vez el ente administrativo cuenta con el camino expedito para reformar su planta de personal –mediante el agotamiento previo de las etapas anteriores–, al jefe del organismo le asiste la competencia para distribuir los cargos de acuerdo con la estructura, las necesidades de la organización y sus planes y programas. Dicha distribución de cargos debe hacerse conforme a los principios de eficiencia y racionalidad de la gestión pública; la no duplicidad de funciones, la garantía de la armonía, coherencia y articulación entre las actividades que realicen cada una de las dependencias; la expedición de funciones específicas para cada dependencia; la prohibición de creación de dependencias internas cuyas funciones estén atribuidas a otras entidades públicas de cualquier orden, y la supresión o fusión de los empleos que no sean necesarios. Así mismo, deberán respetarse las normas propias que regulan el régimen de los servidores públicos afectados con la re-

estructuración de la planta de personal, como se analizará más adelante.

7. MANUAL DE FUNCIONES

El manual de funciones se encuentra compuesto tanto por un manual general descriptivo de funciones, como por un manual específico de funciones y requisitos.

8. MANUAL GENERAL DE FUNCIONES

Por medio del manual general de funciones se describen las funciones generales y los requisitos para la ocupación de cada uno de los empleos, cuya expedición es facultad propia del Presidente de la República.

9. MANUAL ESPECÍFICO DE FUNCIONES Y REQUISITOS. CONTENIDO

Mediante el manual específico se describen las funciones que corresponden a los empleos de la planta de personal y se determinan los requisitos exigidos para su ejercicio. La adopción, adición, modificación o actualización del manual específico se efectúa mediante resolución interna del jefe del organismo respectivo, de acuerdo con el manual general. El manual específico no requiere refrendación por parte del Departamento Administrativo de la Función Pública.

El establecimiento de las plantas de personal y las modificaciones efectuadas a éstas requieren, en todo caso, de la presentación del respectivo proyecto de manual específico de funciones y de requisitos. Corresponde a la unidad de personal de cada organismo o a la que haga sus veces, adelantar los estudios para la elaboración, actualización, modificación o adición del manual de funciones y de requisitos. Para estos efectos, el Departamento Administrativo de la Función Pública presta la asesora-

ría técnica necesaria y señala las pautas e instrucciones de carácter general. Igualmente, el Departamento Administrativo de la Función Pública elabora periódicamente un muestreo selectivo de los manuales específicos de funciones y de requisitos de los organismos y entidades de la rama ejecutiva del orden nacional. Además de la descripción de las funciones y de requisitos a nivel de cargo, el manual específico debe contener como mínimo:

- i. Identificación: nombre de la entidad, título del manual, lugar y fecha de expedición.
- ii. Descripción de la misión, objetivos y funciones generales de la entidad, con el fin de proporcionar un conocimiento integral del organismo.
- iii. Organigrama de la estructura interna vigente.
- iv. Índice del contenido, relacionando las denominaciones, código y grado salarial de los empleos de la planta de personal, la dependencia y área de trabajo y el orden de página.
- v. Resolución de adopción, modificación, actualización o adición del manual y la descripción de las funciones y requisitos de los empleos.
- vi. Copia del decreto o acto administrativo que establece, modifica o adiciona la planta de personal.

10. PUBLICIDAD DEL MANUAL DE FUNCIONES Y REQUISITOS

Como se sabe, una vez producido un acto administrativo, éste constituye un fenómeno íntimo de la Administración e intrascendente al exterior de aquélla, hasta que no sea surtido el procedimiento correspondiente para que el acto sea conocido por sus destinatarios. Así, el principio de la

publicidad de la actividad administrativa guarda relación sustancial con los también principios (fundamentales) a la información, petición y acceso a los documentos públicos.

Se discute con frecuencia en los estrados judiciales, si el manual de funciones y requisitos debe ser publicado para que sea jurídicamente eficaz. Los actos administrativos de contenido general no son obligatorios para los particulares, mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial, o en el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto. Por su parte, las demás decisiones que ponen término a una actuación administrativa, se notifican personalmente al interesado, o a su representante o apoderado. El espíritu del Legislador ha sido que los actos que contienen una decisión que afecta al conglomerado, deben ser publicados, para que sean conocidos por todos. Entre tanto, los actos de contenido particular resultan oponibles únicamente a los directamente interesados o afectados con la decisión administrativa, de modo que su forma de publicitación la constituye la notificación.

El manual de funciones y requisitos de una entidad determinada, no es un acto que resulte oponible a la totalidad del conglomerado, puesto que no todos los individuos que conforman la sociedad tienen interés en las funciones propias de un cargo específico dentro del ente estatal. Piénsese, por ejemplo, en el desinterés que pueda tener un empresario en el cargo de Auxiliar de Servicios Generales de un organismo público. Por tanto, resulta incuestionable que las funciones propias de los cargos de los entes públicos deben ser dadas a conocer obligatoriamente por los servidores incorporados a dichos cargos, para lo cual deberán surtirse los mecanismos de publicidad propios de los actos de contenido particular, sin que deba publicarse conforme al artículo 443 del Código Contencioso Administrativo.

11. DERECHO PREFERENCIAL DE EMPLEADOS ESCALAFONADOS EN CARRERA ADMINISTRATIVA

La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal, que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la Administración Pública y ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa debe hacerse exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.

Su aplicación, sin embargo, no puede limitar ni constreñir el libre ejercicio del derecho de asociación a que se refiere el artículo 39 de la Constitución Política. Los empleos de carrera administrativa se proveen en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito. Lo anterior implica que los empleados de carrera tienen un derecho adquirido a la *estabilidad*, el cual está protegido constitucionalmente. Sin embargo, esto no quiere decir que dichos empleados tengan derecho a la inamovilidad, puesto que si ellos no cumplen con los deberes de su cargo, pueden ser separados del mismo por la Administración, por cuanto la carrera administrativa no impide que el servidor público pueda ser removido del empleo, por efecto de la reestructuración o modificación de la planta del personal, ya que la regulación de la carrera administrativa no confiere un derecho incondicional al empleado de permanecer en aquél, pues el interés general prima sobre el particular o de grupos⁵.

Y es que a la luz de la Carta Política, la terminación de una relación laboral no constituye *per se* una violación al derecho al trabajo o a la estabilidad laboral, ya que si fuera así, ninguna vinculación de un servidor pú-

blico con la Administración podría terminar por algunas de las razones previstas en la relación laboral administrativa. Por el contrario, la propia Carta establece que el retiro del servicio podrá presentarse, entre otras causales, por las previstas en la Constitución o por la ley (artículo 125, inciso 4o.), lo que en consecuencia significa que la estabilidad no es sinónimo de inamovilidad. Así, no resulta incompatible con el principio de estabilidad laboral la separación o destitución del empleado, para aquellos eventos en los cuales se compruebe su inoperancia, su venalidad o su bajo rendimiento, o su desvinculación de la Administración con motivo de la reestructuración de plantas de personal, dado que éstas se fundan en el interés general y en el *progreso sostenido de la comunidad*.

En materia de supresión de cargos, el *derecho preferencial* consiste en el derecho que le asiste al empleado escalafonado en el Registro Público de Carrera Administrativa, en optar por la incorporación a un cargo igual o equivalente o la indemnización correspondiente, cuando su cargo ha sido suprimido. Así, cuando por motivo de la reorganización de una entidad u organismo de la Administración Pública, sean suprimidos cargos de carrera desempeñados por empleados inscritos en el escalafón, éstos tienen derecho preferencial a ser nombrados en cargos iguales o equivalentes de la nueva planta de personal, o en los existentes o que se creen en la entidad a la cual se trasladen las funciones. Cuando la incorporación se efectúe en un empleo igual, no pueden exigirse requisitos distintos a los acreditados por los servidores al momento de su inscripción o actualización en el Registro Público de Carrera Administrativa en el empleo suprimido.

Cuando la incorporación se realice en un empleo equivalente, deben acreditarse los requisitos exigidos por la entidad que esté obligada a efectuarla, de conformidad con

5 Fuente: Corte Constitucional, sentencia T-374 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

el manual específico de funciones y requisitos de la misma. La autoridad nominadora debe dar cumplimiento a lo anterior, teniendo en cuenta que concurran *condiciones de equivalencia tanto en las funciones del empleo como en las calidades exigidas para su desempeño*.

Para poder dar cumplimiento al derecho preferencial del empleado escalafonado en carrera administrativa, el Jefe de la Unidad de Personal o de la dependencia que haga sus veces, *debe comunicar* tal circunstancia a su titular, poniéndolo, además, en conocimiento del derecho que le asiste de optar entre percibir la indemnización o de tener tratamiento preferencial para ser incorporado a un empleo equivalente, conforme con las reglas establecidas en el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, de modo que si la autoridad nominadora omite poner en conocimiento del servidor público sobre su derecho preferencial, incurrirá en clara arbitrariedad. No obstante, si el empleado, mediante escrito dirigido manifiesta al Jefe de la entidad sobre su derecho de opción, eligiendo entre una de las dos alternativas, se entiende que la omisión en la que incurrió la Administración queda subsanada. El empleado cuyo cargo hubiere sido suprimido, debe manifestar su decisión, mediante escrito dirigido al Jefe de la entidad, mediante la cual se le informa sobre su derecho de opción. Si el empleado no manifiesta su decisión dentro del término señalado, se entiende que opta por la indemnización. Adoptada y comunicada la decisión por parte del servidor público, ésta no puede ser revocada y en consecuencia no puede ser variada por él ni por la Administración.

Si el empleado opta por la incorporación, el Jefe de la entidad, dentro de los diez (10) días calendario siguientes al recibo del escrito que así lo manifiesta, debe incorporarlo a cargo igual o equivalente en la nueva planta de personal si hubiere la va-

cante o provisto mediante encargo o nombramiento provisional. Si el empleado opta por la incorporación, el Jefe de la entidad, dentro de los diez (10) días calendario siguientes al recibo del escrito que así lo manifiesta, debe incorporarlo a cargo igual o equivalente en la nueva planta de personal si hubiere la vacante o provisto mediante encargo o nombramiento provisional. Así, cuando se suprime un cargo desempeñado por un empleado de carrera y dentro de los seis (6) meses siguientes es creado otro con funciones iguales o equivalentes, el empleado tiene derecho a ser nombrado sin necesidad de presentarse a concurso, siempre y cuando reúna los requisitos exigidos para su desempeño y lógicamente, haya tomado previamente la *opción de la incorporación*⁶.

12. EMPLEADO DE CARRERA EN COMISIÓN

Cuando se suprime un empleo de libre nombramiento y remoción que está siendo ejercido, en comisión, por un empleado de carrera, la Administración debe reintegrar a éste inmediatamente al cargo de carrera del cual es titular. Por su parte, cuando el empleado de carrera que se encuentra en comisión, se ve afectado por la supresión del cargo en el cual está inscrito en el Registro Público de Carrera, debe la Administración otorgarle el derecho preferencial de optar por la incorporación a un cargo igual o equivalente o por la indemnización correspondiente.

13. REGLAS PARA LA INCORPORACIÓN DE CARGOS

Como se explicó con anterioridad, los empleados inscritos en el Registro Público de Carrera Administrativa a quienes se les supriman los cargos de los cuales sean titula-

⁶ Fuente: Consejo de Estado. Sección Segunda, subsección "A", sentencia del 5 de octubre de 2000, radic. 1145-99. Con. Pon. Alberto Arango Mantilla.

res, como consecuencia de la supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o de modificación de planta, pueden optar por ser incorporados a empleos iguales o equivalentes, o a recibir indemnización. Para efectos de dicha incorporación debe tenerse en cuenta las siguientes reglas:

La incorporación debe efectuarse dentro de los seis meses siguientes a la supresión de los cargos, en empleos de carrera equivalentes que estén vacantes o que de acuerdo con las necesidades del servicio se creen en las plantas de personal, en el siguiente orden:

- i. En las entidades en las cuales venían prestando sus servicios, si no hubieren sido suprimidas.
- ii. En las entidades que asuman las funciones de los empleos suprimidos.
- iii. En las entidades del sector administrativo al cual pertenecían las entidades, las dependencias, los empleos o las funciones suprimidos.
- iv. En cualquier entidad de la Rama Ejecutiva del orden nacional o territorial, según el caso.
- v. 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.
- vi. 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.
- vii. De no ser posible la incorporación dentro del término señalado, el ex-empleado tendrá derecho al reconocimiento y pago de la indemnización.

14. EFECTOS DE LA INCORPORACIÓN DEL EMPLEADO DE CARRERA A LAS NUEVAS PLANTAS DE PERSONAL

A los empleados que hayan ingresado a la carrera previa acreditación de los requisitos exigidos al momento de su ingreso, no puede exigírseles requisitos distintos en caso de incorporación o traslado a empleos iguales o equivalentes. La violación a lo dispuesto en dicha normatividad constituye causal de mala conducta, sancionable disciplinariamente sin perjuicio de las demás responsabilidades legales. Los empleados inscritos en la carrera administrativa que cambien de empleo como consecuencia de la incorporación, o cuyo reintegro sea ordenado judicialmente, se les actualizará su inscripción en el registro público de carrera. La notificación de la inscripción o actualización en la carrera debe cumplirse con la anotación en el Registro Público de la Carrera. Mientras se produce la incorporación el registro de inscripción en carrera del ex-empleado continuará vigente con la anotación sobre la situación. Efectuada dicha incorporación a éste le será actualizada la inscripción y continuará con los derechos de carrera que ostentaba al momento de la supresión del empleo.

15. CRITERIOS PARA LA ESCOGENCIA DE LOS FUNCIONARIOS DE LA NUEVA PLANTA

Se ha dicho que en caso de que no hayan cambiado las funciones, sino simplemente las denominaciones y asignaciones de los cargos, se entiende que no ha operado la supresión efectiva de éstos, caso en el cual se debe imperativamente incorporar al servidor que ha sido afectado con dicha medida, siempre y cuando se encuentre inscrito en el Registro Público de Carrera Administrativa. En caso de que no sea incorporarlo, resulta obvia la arbitrariedad incurrida por la Administración, por cuanto el simple cambio de nomenclatura, denominación o jerarquía, sin

alteración de las funciones, no significa supresión del cargo. También se ha señalado que en caso de haberse presentado supresión efectiva del cargo, al servidor inscrito en el Registro Público de Carrera Administrativa se le debe dar la opción alternativa de incorporarlo en *cargo igual o equivalente*, o de ser indemnizarlo con arreglo a la normatividad.

Así mismo, la ley ha establecido reglas generales a las cuales la autoridad nominadora debe sujetarse para proveer los cargos de carrera, las cuales resultan aplicables en el evento de reestructuración de plantas de personal, de acuerdo al siguiente orden:

- i. Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.
- ii. Por traslado de empleado con derechos de carrera que demuestre su condición de desplazado por razones de violencia, cuando la Comisión Nacional del Servicio Civil así lo ordene.
- iii. Con el personal de carrera administrativa al cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial a ser incorporado a empleo igual o equivalente.
- iv. Con el empleado que hubiere sido escogido como el mejor del nivel al cual corresponda el cargo a proveer, siempre y cuando acredite los requisitos exigidos para su desempeño. De no demostrar dichos requisitos o no aceptar el nombramiento, deberá ascenderse al mejor empleado del nivel inmediatamente inferior que los acredite.
- v. Los mejores empleados de cada nivel y el de la entidad serán escogidos y tienen derecho al ascenso, por una sola vez, sin someterse a concurso, dentro del año inmediatamente siguiente a su selección.

Sus nombramientos se consideran como ascensos dentro de la carrera administrativa y en ningún caso serán sometidos a período de prueba.

- vi. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles vigente de concurso de ascenso, concurso general o concurso abierto.

Corresponde ahora analizar el evento en el que ha sido mayor el número de empleados inscritos en el Registro Público de Carrera Administrativa, los cuales han optado por la incorporación a la nueva planta de personal –de conformidad con la tercera regla arriba señalada–, que el número de cargos disponibles para ocupar los mismos.

¿Cómo debe operar la selección para conformar la nueva planta de personal? La ley no ha regulado expresa y taxativamente la forma en que deba obrar la Administración en el evento en que funcionarios inscritos en el régimen público de carrera administrativa, que hayan optado por la incorporación, pretendan acceder a un número menor de cargos disponibles a los demandados, conforme a la reestructuración de plantas de personal. A falta de dicha regulación, a la Administración le asiste la *facultad discrecional* para escoger cuál de los servidores públicos que se encuentran –en principio– en igualdad de condiciones, ingresará a ocupar los cargos disponibles.

Sin embargo, la potestad discrecional emanada de la Administración para el ejercicio de la función pública y el cumplimiento de los fines esenciales del Estado (art. 2° de la C.P.) debe estar encaminada a la cobertura de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (art. 209 de la C.P.), dado que la discrecionalidad que tiene la Administración para el adecuado cumplimiento de la función pública, no es ilimitada, sino que debe estar encauzada a través de los actos administrativos que expida, hacia el logro de los postula-

dos fundados en el buen servicio a la colectividad, en la convivencia pacífica, en el *progreso sostenido de la comunidad* y en la vigencia de un orden justo para la protección de los miembros del conglomerado social. Así mismo, el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo dispone que *en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa*⁷.

De esta forma, *la discrecionalidad de la Administración para escoger a su personal escalafonado en el régimen de carrera, debe ceñirse a límites básicos, como el trato en igualdad de oportunidades sin discriminación de ninguna índole, particularmente por motivos como credo político, raza, religión o sexo. Así mismo, la Administración debe observar el principio del mérito, por el cual debe respetarse a quienes hayan demostrado permanentemente sus calidades académicas y experiencia, el buen desempeño laboral y la observancia de buena conducta.* De manera que, en el evento de que no sea posible incorporar a todos los funcionarios con derechos de carrera, para ejercer las funciones que habitualmente venían ejercitando, o en otras equivalentes, debe guiarse la Administración Pública por los principios que rigen su actividad y particularmente por el interés general, quedando claro que no tiene sentido incorporar servidores que no posean un perfil adecuado a las funciones que se deban asumir, las cuales son el reflejo de las necesidades institucionales. En ese orden de ideas, la discrecionalidad de la Administración para seleccionar su nuevo personal encuentra límites, como lo son el interés general y el *progreso sostenido de la comunidad*, de modo que aquélla no puede incurrir en la arbitrariedad de escoger su personal con fundamento en el mayor costo financiero para la entidad y obligando al servidor a renunciar a lo que es irrenunciable⁸.

16. SUPRESIÓN DE CARGO DE EMPLEADO EN PERIODO DE PRUEBA

Se le llama *periodo de prueba* al tiempo durante el cual el empleado tiene la oportunidad para demostrar su capacidad de adaptación progresiva al cargo para el cual fue nombrado, su eficiencia en el desempeño de las funciones y su integración a la cultura institucional.

En el evento en que se reforme total o parcialmente la planta de personal de una entidad y sea suprimido el cargo que ejerza un empleado sin derechos de carrera que se encuentre en período de prueba, éste debe ser incorporado al empleo equivalente que exista en la nueva planta de personal, siempre y cuando reúna los requisitos exigidos para su desempeño. Igualmente cuando los empleos de la nueva planta, sin cambiar sus funciones, se distingan de los que conformaban la planta anterior por haber variado solamente la denominación y el grado de remuneración, deberán ser incorporados por considerarse que no hubo supresión de los empleos. En estos casos debe permitirse la continuidad de los empleados en período de prueba hasta su vencimiento. Si la incorporación se hiciera a cargo no equivalente, la vinculación tendrá el carácter de provisional. En el caso de no poderse efectuar la incorporación, el nombre de la persona se reintegrará, mediante resolución motivada proferida por el Jefe de la entidad, a la lista de elegibles, si aún estuviere vigente, en el puesto que le correspondería.

17. SUPRESIÓN DE CARGO OCUPADO POR MUJER EN ESTADO DE GRAVIDEZ

Desde el Convenio No. 3, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en ju-

7 Fuente: Corte Constitucional, sentencia C-031 del 27 de mayo de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

8 Fuente: Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 3 de agosto de 2000, radic. 497-2000, Con.Pon. Carlos Arturo Orjuela Góngora.

nio de 1921 y revisado por el No. 103 en el año 1952, ha venido consagrándose en los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales disposiciones tendientes a la implantación de la estabilidad en el empleo de las mujeres trabajadoras⁹. Nuestro ordenamiento jurídico, desde sus estadios más altos, ha establecido una protección especial a la mujer que se encuentra en estado de embarazo. Aunque la protección a la maternidad, como tal, no se encuentre plasmada expresamente como un derecho fundamental, sin duda alguna engloba una serie de derechos que sí tienen dicho rango, como son el derecho a la vida de quien está por nacer, los derechos a la vida y salud de la madre, así como el derecho a la integridad familiar, como núcleo esencial de la sociedad. En ese orden de ideas, no solamente la sociedad, sino el aparato estatal deben asistir a la mujer que se encuentra en estado de gravidez (art. 42 de la C.P.), y más cuando nos encontramos frente a la supresión del cargo del cual depende su subsistencia¹⁰. De este modo y como desarrollo del principio de solidaridad, se ha establecido que en el evento en que deba suprimirse un cargo ocupado por una empleada de carrera, en estado de embarazo, y cuando no fuere posible su incorporación en otro igual o equivalente, deberá pagársele, a título de indemnización por maternidad, el valor de la remuneración que dejare de percibir entre la fecha de la supresión efectiva del cargo y la fecha probable del parto, y el pago mensual a la correspondiente entidad promotora de salud de la parte de la cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud que corresponde a la entidad pública en los términos de la ley, durante toda la etapa de gestación y los tres (3) meses posteriores al parto, más las doce (12) semanas de descanso remunerado a que se tiene derecho como licencia de maternidad. A la anterior indemnización tienen derecho las emplea-

das de libre nombramiento y remoción y las nombradas provisionalmente con anterioridad a la vigencia de la Ley 909 de 2004. Las empleadas de carrera administrativa tienen derecho a la anterior indemnización, sin perjuicio de la indemnización a que tiene derecho por la supresión del empleo del cual es titular, referida en el artículo 44 de la Ley 909 de 2004.

En todos los casos y para los efectos de hacer valer el derecho arriba señalado, la empleada debe dar aviso por escrito al jefe de la entidad inmediatamente obtenga el diagnóstico médico de su estado de embarazo, mediante la presentación de la respectiva certificación.

18. PROTECCIÓN A LOS LIMITADOS FÍSICOS

Se entiende por limitado físico la persona que presenta discapacidad en sus funciones motrices y sensoriales en un porcentaje superior al veinticinco por ciento (25%) de su plena capacidad laboral y que tenga un rendimiento funcional satisfactorio acorde con las exigencias propias de un trabajo específico. Las personas con limitación o discapacidad que son seleccionadas para desempeñar cargos de carrera, tienen los mismos derechos y las mismas obligaciones que los empleados que no presentan discapacidad, en relación con los empleos para los cuales son seleccionados. No obstante, no debe olvidarse que la igualdad entre desiguales es la peor desigualdad y discriminación que pueda cometerse contra un ser humano, tal y como lo sostiene Teleki, ya que "El derecho a la igualdad significa que el Estado no puede permanecer inmóvil ante la desventaja de unos, pues es una obligación el tratar de equiparar fuerzas, dotando de ventajas a los menos favorecidos o quienes evidentemente tengan

9 Fuente: Corte Constitucional, sentencia C-199 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

10 Fuente: Corte Constitucional, sentencia C-470 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

una debilidad manifiesta. El Estado debe proteger, respaldar, guardar y corregir. Este es el elemento ineludible de las oportunidades y su entrega en igualdad de condiciones”¹¹.

El principio constitucional de la igualdad responde a un criterio eminentemente objetivo y no formal y que se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Bajo dicha concepción, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que se supera el postulado de la igualdad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, permitiendo regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribiendo diferente regulación a supuestos distintos, de modo que de esta forma se autoriza un trato diferente solamente si está razonablemente justificado¹². De este modo, es función del jefe de personal o de quien haga sus veces, con la colaboración de los jefes inmediatos de los empleados con discapacidad, promover y realizar estudios que consulten las potencialidades laborales de dichos empleados con el fin de trazar la orientación y las estrategias de capacitación y de perfeccionamiento que les permitan permanecer y ascender en la carrera administrativa. Estos criterios deben tenerse en cuenta igualmente en el evento de la reestructuración de las plantas de personal. Aunque no exista norma que expresamente lo señale, en el evento en que concurran dos o más personas que llenan los requisitos para ocupar los nuevos cargos, tienen igualdad académica y de experiencia, así como aptitudes para desempeñar el cargo, *por razones de equidad* debe preferirse a la persona con limitación física.¹³ Así mismo, cuando la limitación física del empleado se constituya en obstácu-

lo para el desempeño del cargo que pueda ocupar en la nueva planta de personal, debe ser trasladado a otro *empleo de carrera equivalente* para cuyo desempeño su limitación no represente ningún impedimento.

19. PÉRDIDA DE LOS DERECHOS DE CARRERA

Cuando un servidor público se encuentra inscrito en el escalafón de la carrera administrativa en un determinado cargo y es incorporado a otro, no pierde por ese solo hecho su escalafón y en consecuencia, continúa gozando de todos los derechos inherentes a la carrera, entre los cuales está el de la estabilidad. Por el contrario, el retiro del servicio por cualquiera de las causales previstas en la ley (entre ellas, por supresión del cargo y no incorporación a la nueva planta de personal), conlleva el retiro de la inscripción en el registro público de la carrera administrativa y la pérdida de los derechos inherentes a ella. De igual manera, se producirá el retiro de la inscripción en el registro público de la carrera administrativa y la pérdida de los derechos de la misma, cuando en la nueva planta de personal el empleado tome posesión de un cargo de carrera, de libre nombramiento y remoción, o de período, sin haber cumplido con las formalidades legales¹⁴. Así mismo, se produce el retiro de la carrera y la pérdida de los derechos cuando el empleado tome posesión de un cargo de carrera que deba ser provisto por concurso o cuando se produzca como resultado de incorporación a un empleo no igual o equivalente al anteriormente desempeñado sin que éste haya sido suprimido, casos en los cuales adquirirá el carácter de provisional.

11 Fuente: Teleki Ayala, José David. Op. cit. P. 88.

12 Fuente: Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia N° 472 del 23 de julio de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

13 Fuente: Corte Constitucional, sentencia C-470 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

14 Fuente: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”. Radic. 43031-2746-99. C.P. Carlos A. Orjuela Góngora.

20. SITUACIÓN DE LOS EMPLEADOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

Con la promulgación de la Carta Política de 1991, la regla general en el sector público la constituye el sistema de carrera¹⁵. Así, el artículo 125 señala que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, razón por la cual todos aquellos servidores públicos que ocupen cargos que sean de carrera administrativa y reúnen los requisitos para el empleo, pueden aspirar a su incorporación en ella. La excepción en el sector público, la constituyen los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley¹⁶.

En consecuencia, los empleados de libre nombramiento y remoción no tienen los derechos propios de quienes están inscritos en el régimen público de la carrera administrativa, y por ello, a la Administración le asiste la facultad de remover a ese tipo de funcionarios de manera libre y discrecional, en cualquier momento y sin necesidad de motivar el acto que así lo disponga. Es una facultad legal, concedida por la ley de manera excepcional a ese tipo de funcionarios (recuérdese que la regla la constituye la carrera administrativa), de modo que en el evento de reestructuración de plantas de personal, la Administración puede prescindir de los servicios de dichos servidores públicos, por cuanto los mismos no gozan de estabilidad alguna.

Si bien los empleados de libre nombramiento y remoción no gozan del derecho preferencial que sí les asiste a los de carrera, en materia de incorporación de personal a la nueva planta, la Administración no puede desbordarse de los límites de la discrecionalidad al momento de desvincular al funcionario no inscrito en la carrera. Para mejor

ilustración, vale la pena traer a colación la siguiente hipótesis: mediante comunicación emanada de la Administración, ésta le informa al funcionario de libre nombramiento y remoción, que su cargo ha sido suprimido como consecuencia de la reestructuración de la entidad, razón por la cual, a partir de determinada fecha queda desvinculado de la entidad. Como se sabe, toda actuación de la Administración se encuentra amparada bajo presunción de legalidad, hasta que ésta no sea desvirtuada. Pero, ¿qué sucede en el evento en que la información consignada en el oficio de comunicación sea errónea, y el cargo ostentado por el funcionario de libre nombramiento y remoción no ha sido en realidad suprimido? ¿Puede considerarse que al poder ser removido libremente por la Administración, debido al carácter de vinculación que aquél tiene con la Administración, su retiro obedeció al simple uso legal de la facultad discrecional?

En el caso anteriormente planteado, la Administración está fundamentando la desvinculación del servidor público en la causal de retiro denominada "supresión de cargo" y no, en la facultad discrecional que le asiste para removerlo libremente, de igual manera como fue vinculado al cargo. Por tanto, es evidente que en la hipótesis planteada, y al informarle al funcionario que su cargo ha sido suprimido y que como consecuencia de ello queda retirado del servicio, la decisión se encuentra inmersa en *falsa motivación*, al mediar una alteración o simulación de la verdad en los motivos que determinaron la cesación de labores del servidor público. Dada dicha circunstancia, cabe la nulidad del acto que modifica la situación jurídica del funcionario con la Administración y por ende, resulta viable su reintegro a la entidad. Cosa bien distinta sería que la Administración expidiera un acto administrativo de declaratoria de insubsistencia paralelo o posterior a la reestructuración, sin motivación al-

15 Fuente: Corte Constitucional. Sentencia No. C-195 del 21 de abril de 1994. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

16 Fuente: Corte Constitucional. Sentencia C-514 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

guna; evento en el cual no puede sostenerse, salvo prueba en contrario, que aquella consiguió una eventual falsedad para desvincular al servidor público.

21. SITUACIÓN DE LOS EMPLEADOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD

Se entiende por *nombramiento provisional* aquél que se hace a una persona para proveer, de manera transitoria, un empleo de carrera, con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito, así en el respectivo acto administrativo no se indique la clase de nombramiento de que se trata. También tiene el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción y que en virtud de la ley o de una decisión de la Corte Constitucional se convierta en cargo de carrera. Tal carácter se adquiere a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza del cargo. En caso de que deba realizarse el concurso, éste debe convocarse de manera inmediata y proveerse con la persona que ocupe el primer puesto en la respectiva lista de elegibles.

El funcionario público que ha sido vinculado de la Administración en calidad de provisional, se encuentra sometido a una situación de doble inestabilidad, puesto que puede ser desvinculado del servicio de manera discrecional por la autoridad nominadora, así como ser desplazado por la persona que haya ganado el concurso de méritos para ocupar su cargo.

De lo expuesto se concluye que los empleados nombrados en provisionalidad tampoco tienen los derechos propios de quienes están inscritos en el régimen público de la carrera administrativa, y por ello, a la Administración le asiste la facultad de removerlos de forma discrecional, en cualquier momento y sin necesidad de motivar el acto

que así lo disponga; razón por la cual en los casos de supresión de cargo, se encuentran en clara desventaja frente a los servidores escalafonados en carrera, para poder ocupar uno de los cargos de la nueva planta de personal. Por tanto, adicional a la doble inestabilidad a la que están sometidos los funcionarios nombrados en provisionalidad, cabe una tercera causal que acrecienta su frágil situación laboral con la Administración, como lo es la supresión de su cargo y su carencia del derecho preferencial. No obstante lo anterior, para los funcionarios nombrados provisionalmente caben los mismos límites del uso de la facultad discrecional por parte de la Administración, señalados con precedencia para el caso de los servidores públicos vinculados a cargos de libre nombramiento y remoción, como lo es, que el acto que desvincula al servidor no se encuentre incurso en causal de nulidad, como consecuencia de intereses ajenos al buen servicio público y al *progreso sostenido de la comunidad*.

22. SITUACIÓN DE LOS TRABAJADORES OFICIALES

Tradicionalmente se ha considerado que los trabajadores oficiales son las personas que prestan sus servicios a la Administración Pública en los niveles de construcción y sostenimiento de las obras públicas y que se han vinculado por medio de *contrato de trabajo*, dentro de los cuales se excluyen a quienes desempeñan cargos de dirección o de confianza dentro de dichas obras. A estos últimos se les asimila en la categoría de empleados públicos. No obstante, el contrato de trabajo no define *per se* la calidad de trabajador oficial, puesto que mediante dicha figura jurídica (contrato) no puede modificarse la clasificación constitucional sobre la materia, esto es, vincular por medios contractuales a un empleado cuyo cargo es de libre nombramiento y remoción o de carrera¹⁷.

¹⁷ Fuente: Consejo de Estado, sentencia del 10 de febrero de 2000, sección segunda, subsección "B", radic. 2483-99, Con. Pon. Carlos A. Orjuela Góngora.

Así mismo se considera que las personas que prestan sus servicios en las *empresas industriales y comerciales del Estado* son trabajadores oficiales, salvo quienes desempeñan cargos de dirección o de confianza. Igualmente, el personal vinculado a las sociedades de economía mixta, que cuentan con un aporte de capital o interés social por parte del Estado no inferior al cincuenta por ciento (50%), se encuentra incurso en la categoría de trabajadores oficiales. Si el capital o interés social estatal es inferior al cincuenta por ciento (50%), sus servidores se encontrarán vinculados en calidad de trabajadores particulares. Teniendo en cuenta que la vinculación laboral de los trabajadores oficiales con la Administración Pública se somete a relación eminentemente contractual, la reestructuración de las entidades y organismos públicos debe respetar las cláusulas del contrato de trabajo y en particular, las relativas a las de su duración, conforme a las reglas propias de la *autonomía de la voluntad* para contratar, así como las establecidas en el Código Sustantivo del Trabajo, de modo que la entidad u organismo en reestructuración no puede dar por terminado unilateralmente el contrato, con fundamento en la supresión de una dependencia oficial, por cuanto no se trata de una justa causa de despido. La supresión de empleos por reestructuración, aunque tiene origen legal, no puede asimilarse a una justa causa de despido, ya que la normatividad expresamente no señala dicha causal como tal.

Por otra parte, y en gracia de discusión que se aceptara la tesis de la supresión del cargo del trabajador oficial, por cuanto la entidad reestructurada contaba con cargos específicos para ser ocupados por trabajadores oficiales, los cuales desaparecieron, se tiene que en principio resulta improcedente la incorporación a la nueva planta de personal del ex trabajador oficial, por cuanto dicho derecho se predica de cargos *iguales o equivalentes*,

derecho preferencial que se predica únicamente para funcionarios escalafonados en el régimen de carrera administrativa.

23. EMPLEADOS CON FUERO SINDICAL

Hoy se concibe la garantía del fuero sindical como aquella de que gozan algunos trabajadores de no ser desvinculados de la entidad en la que laboran, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo o trasladados a otros establecimientos de la misma entidad o una ciudad o municipio diferente, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo.

La figura del fuero sindical encuentra respaldo constitucional en el derecho a la libre asociación y en el derecho a la constitución y afiliación a organizaciones sindicales. Si bien la ley laboral prohibía la figura del fuero sindical para los empleados públicos, de acuerdo con el artículo 5° del Régimen Político y Municipal y para los trabajadores oficiales que desempeñen puestos de dirección, de confianza o de manejo; la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad de toda la norma, señalando que el Constituyente consagró el derecho al fuero sindical sin restricción diferente a la establecida para los miembros de la Fuerza Pública. Éstos no tienen derecho al fuero sindical, porque la Constitución les negó expresamente tal derecho. Así, la Carta Política no excluyó del derecho de asociación sindical a los empleados públicos, sino que le dio consagración constitucional al derecho que les reconocían la ley y la jurisprudencia, y amplió las garantías para su ejercicio¹⁸.

Tratándose de la reestructuración de las plantas de personal, la supresión de cargos no está considerada como una *justa causa* para desvincular o desmejorar a un servidor pú-

18 Fuente: Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, sentencia del 2 de diciembre de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

blico en sus condiciones de trabajo, de modo que, para retirar a un servidor aforado en razón de la supresión de su cargo, la Administración debe obtener previamente la autorización judicial correspondiente, o esperar a que cesen los efectos propios del fuero sindical en el servidor beneficiado con dicha figura. Ahora bien, de conformidad con la declaratoria de inexequibilidad del artículo 409 del C.S.T., toda controversia que tenga como causa el fuero sindical de servidores públicos constituye competencia de la jurisdicción ordinaria laboral, sin que ello inhiba a la jurisdicción administrativa de conocer los demás motivos que impulsan a un particular a impugnar un acto administrativo con motivo de supresión de cargos y sin que, tampoco, el juez laboral adquiera la competencia para pronunciarse sobre la legalidad de un acto administrativo con ocasión del debate sobre el fuero sindical, por cuanto el control de legalidad de la actividad de la Administración es competencia exclusiva de la jurisdicción administrativa.

24. INDEMNIZACIÓN

Como se vio, el empleado que ostenta derechos emanados de su inscripción en el registro público de la carrera administrativa, en el evento de la supresión de su cargo, como consecuencia de la supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o de modificación de planta, puede optar por ser incorporado a empleo equivalente o *recibir indemnización*.

La indemnización opera, entonces, cuando el empleado ha hecho uso de la opción de la indemnización, o cuando haya optado por la incorporación y ésta no fue posible dentro del término de seis meses subsiguientes a dicha elección. Pero, lógicamente, la renuncia al derecho de reubicación y por ende la escogencia de la indemnización, se encuentran ligadas a la presunción de legalidad del acto de incorporación (acto que decidió la no incorporación del demandan-

te), de forma que la opción a la indemnización no restringe al servidor público para demandar los actos de reestructuración de la planta de personal, puesto que si se demuestra que aquéllos se encuentran incursos en causal alguna de nulidad, la indemnización habría constituido realmente un acto por medio del cual la Administración engañó al afectado. El derecho de opción a la incorporación y a la indemnización también está contemplado en favor de los empleados de carrera que se encuentren en período de prueba, quienes se han visto afectados con la supresión de los cargos de los cuales sean titulares. El pago de la indemnización conlleva al retiro del empleado del Registro Público de Carrera.

Legalmente se ha establecido que no puede efectuarse supresión de empleos de carrera que conlleve al pago de la indemnización, *sin que previamente exista la disponibilidad presupuestal suficiente* para cubrir el monto de tales indemnizaciones. Así mismo, se ha señalado una tabla para el reconocimiento y pago de dicha indemnización, a saber:

- i. Por menos de un (1) año de servicios continuos: cuarenta y cinco (45) días de salarios.
- ii. Por un (1) año o más de servicios continuos y menos de cinco (5) cuarenta y cinco (45) días de salario por el primer año; y quince (15) días por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos.
- iii. Por cinco (5) años o más de servicios continuos y menos de diez (10) cuarenta y cinco (45) días de salario, por el primer año; y veinte (20) días por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos.
- iv. Por diez (10) años o más de servicios continuos: cuarenta y cinco (45) días de salario, por el primer año; y cuarenta (40) días por cada uno de los años sub-

siguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos.

Para los efectos del reconocimiento y pago de la indemnización como consecuencia de la supresión de cargos, el tiempo de servicios continuos debe contabilizarse a partir de la fecha de posesión como empleado público en el órgano o en la entidad en la cual se produce la supresión del empleo. No obstante lo anterior, cuando en virtud de mandato legal y con motivo de la supresión o fusión de una entidad, órgano o dependencia, al empleado de carrera que haya pasado del servicio de una entidad a otra por incorporación directa sin derecho a ejercer la opción de incorporación o indemnización, para el reconocimiento y pago de la indemnización, debe contabilizarse el tiempo laborado en la anterior entidad¹⁹.

Los valores cancelados por concepto de indemnización no constituyen factor de salario para ningún efecto, pero son compatibles con el reconocimiento y el pago de las prestaciones sociales a que tuviere derecho el empleado retirado. Así, la indemnización debe liquidarse con base en el salario promedio causado durante el último año de servicios, teniendo en cuenta los siguientes factores:

- i. Asignación básica mensual devengada a la fecha de la supresión del cargo.
- ii. Prima técnica.
- iii. Dominicales y festivos.
- iv. Auxilios de alimentación y de transporte.
- v. Prima de navidad.
- vi. Bonificación por servicios prestados.

vii. Prima de servicios.

viii. Prima de vacaciones.

ix. Prima de antigüedad.

x. Horas extras.

xi. Los demás que constituyan factor de salario.

El monto de la indemnización está a cargo de la entidad que retira al empleado y debe cancelarse en efectivo dentro de los dos meses siguientes a la fecha de liquidación de la misma. En caso de mora en el pago, se causan intereses a favor del ex-empleado a la tasa variable de los depósitos a término fijo (DTF) que señale el Banco de la República, a partir de la fecha de acto de liquidación. El retiro del servicio con indemnización, no constituye impedimento para que el empleado desvinculado pueda acceder nuevamente a cargos públicos.

Cuando el cargo de carrera que ha sido suprimido era ostentado por una empleada escalafonada en el régimen de carrera, que se encuentra en estado de embarazo y habiendo optado por la incorporación ésta no fuere posible, además de la indemnización a que tendría derecho conforme a la tabla referida con anterioridad, la entidad debe pagarle, a título de indemnización por maternidad, el valor de la remuneración que dejare de percibir entre la fecha de la supresión efectiva del cargo y la fecha probable del parto, y el pago mensual a la correspondiente entidad promotora de salud de la parte de la cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud que corresponde a la entidad pública en los términos de la ley, durante toda la

¹⁹ Fuente: Departamento Administrativo de la Función Pública, Concepto de la Oficina Jurídica, 22 de agosto de 1997. "Para liquidar la indemnización de los funcionarios que fueron objeto de un traslado institucional, debe tenerse en cuenta que este hecho crea una excepción a la regla general establecida en el Decreto 1223 de 1993, siendo pertinente entonces, tener en cuenta para dicha indemnización, el tiempo servido en ambas entidades, la que lo trasladó y la que le suprimió el empleo".

etapa de gestación y los tres (3) meses posteriores al parto, más las doce (12) semanas de descanso remunerado a que se tiene derecho como licencia de maternidad.

25. LA INDEMNIZACIÓN INCLUYE LO DEVENGADO POR COMISIÓN DE SERVICIOS EN ENTIDAD DISTINTA

La jurisprudencia ha reconocido que cuando el servidor público afectado con la supresión de su cargo, se encuentra al momento de la desvinculación disfrutando de comisión de servicios, la entidad reestructurada debe incluir en el pago por concepto de indemnización, lo devengado durante la comisión en entidad distinta²⁰.

26. FÓRMULA DE LIQUIDACIÓN INDEXADA CON FUNDAMENTO EN LA EQUIDAD

Cuando se controvierte la legalidad de los actos que desvincularon al particular afectado con la supresión de su cargo, mediante pretensiones que tienen prosperidad ante la jurisdicción contenciosa administrativa, el pleno restablecimiento del derecho debe ser ordenado mediante el reintegro del demandante al cargo por él ostentado, u otro empleo de igual o superior categoría, de funciones y requisitos afines para su ejercicio.

Junto al reintegro, la entidad demandada igualmente deberá reconocer y pagar al afectado, los salarios y prestaciones sociales que se hayan causado entre la fecha en que se produjo la desvinculación hasta aquella en que sea efectivamente reincorporado al servicio; significando con lo anterior, que no ha existido solución de continuidad en la prestación de sus servicios.

El artículo 178 del Código Contencioso Administrativo señala que la liquidación de las condenas que se resuelvan mediante sentencias de la jurisdicción en lo contencioso administrativo, deberá efectuarse en todos los casos, mediante sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia y cualquier ajuste de dichas condenas sólo podrá determinarse tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor. La razón que justifica la aplicación de los ajustes de valor contemplados en el artículo 178 del C.C.A. es el *principio de equidad*, en virtud del cual se conserva la capacidad adquisitiva de dichas sumas, de manera que lo contrario implicaría un desmedro o empobrecimiento para el servidor público afectado con la desvinculación irregular de la Administración, y consecuentemente, un enriquecimiento sin causa para el organismo oficial. Para efectos de dar aplicación al mandato del artículo 178 del C.C.A., el Consejo de Estado ha ideado una fórmula matemática, la cual debe ser aplicada por el juez administrativo en los casos en los que ordena el reintegro del servidor público afectado con la desvinculación. Dicha fórmula ha sido expuesta así:

$$R = \frac{RH \text{ Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por el servidor público desde la fecha en que se produjo su retiro, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE y vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula debe aplicarse separadamente, mes por mes y para los demás emolumentos, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

²⁰ Fuente: Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 23 de noviembre de 2000, radic. 2038-99 Con. Pon. Tarsicio Cáceres Toro.

CONCLUSIÓN

Para el Análisis Económico del Derecho resulta claro que al Estado le asiste no solamente la facultad, sino también la obligación de adaptar su estructura a las circunstancias que el mundo cambiante le exige, con el fin de cumplir el papel que le corresponde en un marco jurídico-político propio del Estado Social de Derecho, garantizando el *progreso sostenido de la comunidad*. Es así como en el deber de brindar mayor bienestar a sus integrantes, el Estado se encuentra obligado a buscar siempre la eficiencia en sus diferentes engranajes, para lo cual debe propender por el máximo rendimiento con los menores costos, adecuando su gestión y partiendo del supuesto que sus recursos son limitados, por lo que siempre debe hacer una adecuada planeación del gasto, de modo tal que se oriente con certeza a la satisfacción de las necesidades prioritarias para la comunidad, sin erogaciones innecesarias.

Previendo el Constituyente la necesidad del Estado colombiano de modernizarse, en un marco de globalización y conformación de bloques político-económicos, estableció numerosas disposiciones que otorgan facultades a diferentes niveles de los órganos del poder para adelantar la modernización del Estado y la Administración Pública.

Sin embargo, por otra parte existe el derecho al trabajo, que es reconocido como un elemento básico-estructural del nuevo orden estatal programático, en el mismo nivel jerárquico del derecho a la vida, la justicia, la igualdad, la libertad, la convivencia pacífica, el Estado de Derecho y el régimen democrático y participativo.

Además de constituir columna vertebral del nuevo orden, el trabajo es reconocido como derecho fundamental, al señalarse que es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Así, la Carta es imperativa al señalar que toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

Por tanto, este pilar del nuevo Estado Social de Derecho, que a su vez tiene la naturaleza de derecho fundamental y obligación social, sin duda constituye un referente y límite de actuación de la Administración al momento de llevar a cabo sus procesos de reestructuración y reformas de plantas de personal, no pudiendo arrasar con aquél y debiendo sujetarse con el mayor cuidado a los parámetros que la ley ha establecido en materia de reestructuración y reforma de plantas de personal.

BIBLIOGRAFÍA

ACHTERBERG, Norbert. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, C.F. Müller, Heidelberg, 1986.

BARCELO, Joaquín. "Selección de escritos políticos de Immanuel Kant". *Revista Estudios Públicos*, No. 34, Santiago de Chile. P. 36.

BARRA, Rodolfo Carlos. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Ed. Abaco, Buenos Aires.

CASSAGNE, Juan Carlos. *El acto administrativo*. Abelado-Perrot. Buenos Aires.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1958.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *De la mano de Alicia*. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Bogotá, 1999.

ESPARZA LEIBAR, Iñaki. *El principio del debido proceso*. Ed. Bosch, Barcelona, 1995.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Ed. Ariel, Barcelona, 1984.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Ensayos de Filosofía Jurídica*. Temis, Bogotá, 2003.

GARCÍA DE ENETERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de*

- Derecho Administrativo I*. Ed. Civitas S.A., Madrid, 1995.
- GARCÍA-PELAYO y GROSS, Ramón. *Pequeño Larousse Ilustrado*. Printer Colombiana S.A., Bogotá, 1995.
- GIACOMETTO FERRER, Ana. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá, 2003.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Biblioteca Jurídica Dike, 1ª edic. colombiana, Medellín. 1999.
- GUASTINI, Ricardo. *Neoconstitucionalismo (s)*. Editorial Trotta, Madrid, 2003. P. 49.
- HAURIOU, Maurice. *La teoría de la institución y de la fundación*. Abelado-Perrot. Buenos Aires. 1968.
- HOYOS, Arturo. *El debido proceso*. Ed. Temis, Bogotá, 1998.
- MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. C.H.Beck. Munich. 2000.
- IPSEN, Jorn. *Staatsrecht I: Staatsorganisationsrecht*, Ed. Luchterband, Neuwied, 2000.
- JIMÉNEZ CASTRO, Wilburg. *Introducción al Estudio de la Teoría Administrativa*. Ed. Limusa, México, 1987.
- KENNEDY, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Siglo del Hombre Editores, Bogotá.
- LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro Antonio. *Anulación de los actos de la Administración Pública*. Ed. Doctrina y Ley. Bogotá.
- LONG, M; PROSPER, W.; BRAIBANT, G.; DEVOLVÉ, P; y GENEVOIS, B. *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, 2000.
- LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Procedimiento Civil. Pruebas*. Tomo III, Dupre Editores, Bogotá, 2001.
- LÓPEZ MEDINA, Diego E. *Interpretación constitucional*, Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2002.
- MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1982.
- MODERNE, Franck. *Apuntes del Derecho Administrativo Comparado*. Colección Cuadernos de Derecho Administrativo. Universidad del Rosario. Bogotá. 2002.
- MONTESQUIEU. *Del espíritu de las leyes*. Editorial Claridad. Buenos Aires, 1971.
- ORTEGA Y GASSET, José. *La rebelión de las masas*. Espasa-Calpe. Madrid, 1972.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. *Estado Social y Administración Pública*. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1982.
- PLATÓN. *La República*. EDAF, Madrid, 1985.
- POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*, Boston, Little, Brown and Company, 1992.
- POSNER, Richard A. "Utilitarismo, Economía y Teoría del Derecho". *Revista Estudios Públicos*, No. 69, Santiago de Chile.
- SALVAT, Raimundo. *Tratado de derecho civil argentino*. Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina, 1956, t. III.
- SANTOFIMIO, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.
- TELEKI AYALA, José David. *El principio de igualdad en la ley penal colombiana*, Academia Colombiana de la Abogacía, Bogotá, 2004.
- TRUJILLO CABRERA, Juan. *Sicherung der Demokratie in Südamerika: Vergleichende Annäherung zur Andengemeinschaft und Mercosur mit der Europäischen Union*. Universidad de Osnabrück, 2002.

VIDAL PERDOMO, Jaime. *Derecho Administrativo*. Ed. Temis, Bogotá, 1994.

Öffentliches Recht, Ed. Luchterhand, Alemania, 2001.

VON UNRUH, Georg C.; GREVE, Friederich; y SCHLIESKY, Utz. *Grundkurs*

YOUNES MORENO, Diego. *Derecho Administrativo Laboral*. Ed. Temis, Bogotá, 2001.