

TEORIA DE LOS MOVILES Y FINALIDADES – Desarrollo jurisprudencial / ACTO DE INCORPORACION A LA PLANTA DE PERSONAL POR REESTRUCTURACION – Es susceptible de demandarse por la acción de simple nulidad

Conforme a lo dicho, la Resolución No. 3707 de 2007 es un acto particular y concreto cuyo juicio de legalidad a través de esta acción no conlleva automáticamente un restablecimiento del derecho para aquellos que puedan resultar afectados por la no incorporación, pues para que se le sea reconocido el derecho conculcado deben iniciar una acción ordinaria que declare la nulidad del acto y como consecuencia de ello el restablecimiento. En conclusión, como lo pretendido en el sub lite es el análisis de la legalidad en abstracto, la Resolución No. 3707 de 2007, que incorpora unos funcionarios del INCODER, es susceptible de control por la acción de simple nulidad.

NOTA DE RELATORIA: sobre la teoría de los móviles y finalidades, Consejo de Estado, Sala plena contenciosa sentencia de 29 de octubre de 1996, Consejero Ponente Daniel Suarez Hernández. Sentencia de 20 de marzo de 2013, Radicación número 3358-04, Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve Sección Segunda

COMUNICACION DE SUPRESION DEL CARGO – Acto administrativo enjuiciable

Para efectos de tomar esta decisión de reforma de la planta de personal, la entidad debe emitir varios actos, algunas veces lo hace de manera ordenada como cuando profiere en primer lugar, el que determina la planta, distribuye cargos y organiza grupos de trabajo que por estar referido a empleos, son de carácter objetivo, general, impersonal. Luego decide la incorporación de los empleados a la planta con nombre y apellido, excluyendo, de suyo, aquellos que no son incorporados, por eso este acto es subjetivo y personal y es el que lesiona o causa perjuicio y por consiguiente, es el demandable; posteriormente, viene la comunicación dirigida al empleado no incorporado que por regla general no es revisable por ser una simple ejecución. En otras ocasiones, el procedimiento no es típico y solo se produce un acto general de adopción de planta y la comunicación al empleado que le fue suprimido el cargo, en este caso, el oficio de retiro se convierte en acto administrativo y por tanto es el justiciable.

DERECHO PREFERENCIAL – Concepto

El derecho preferencial se predica del empleado inscrito en carrera y tiene su cimiento en el fuero que concede el mérito. Es un beneficio legal para los empleados inscritos en carrera sobre aquellos que tienen un nombramiento provisional y es una regla que vincula a la administración. Tanto así, que la posibilidad de cubrir plazas mediante procesos de selección, ascensos, encargos o nombramientos provisionales se encuentra subordinada al derecho prevalente. Si la organización se sustrae de esta obligación debe demostrar los criterios objetivos que influyeron en tal decisión.

FUENTE FORMAL: LEY 909 DE 2004 / DECRETO 1227 DE 2005

DERECHO PREFERENCIAL – Operancia

Con la incorporación del empleado de carrera administrativa a la planta de personal como una consecuencia directa del derecho a la estabilidad. Si es a un empleo igual no podrán exigirse requisitos distintos a los ya acreditados por los servidores. Cuando es a un empleo equivalente, deberán certificarse aquellos que el Manual de

Funciones y Requisitos contemple. De otro lado, el inscrito continúa con los derechos de carrera, no hay solución de continuidad y no implica desmejoramiento de las condiciones laborales y salariales; para efectos del reconocimiento y pago de la indemnización se le contabilizará el tiempo laborado cuando por incorporación haya pasado del servicio de una entidad a otra.

INCORPORACION POR SUPRESION DEL CARGO A PROVISIONALES – No acreditación de criterios objetivos para dar prelación sobre empleados de carrera. Desviación de poder

Los empleados de carrera tienen prevalencia sobre los demás funcionarios como consecuencia de la supresión del empleo con tres opciones de naturaleza legal: incorporación, reincorporación y por excepción, indemnización al no lograrse el restablecimiento del vínculo laboral. Si la entidad opta por una decisión diferente en cuanto a la incorporación de estos servidores, debe explicar los criterios en que se fundó como se dijo en un aserto anterior, para dar cumplimiento a los principios de la función pública y de la carrera administrativa como son, entre otros, la transparencia, igualdad, equidad y, además, permite rodear el proceso de objetividad, veracidad e imparcialidad. La Sala echa de menos un análisis comparativo particular que clarifique los criterios objetivos que tuvo la entidad para elegir a unos funcionarios provisionales sobre el personal inscrito. No se allegó al proceso ningún estudio de las hojas de vida que valorara la conclusión plasmada en el acto demandado y que demostrara como lo anunció en la contestación de la demanda, que ninguno de los funcionarios de carrera cumplía con los perfiles de la nueva entidad como si lo hacían los provisionales incorporados, en conclusión, no se confrontaron las competencias laborales ni académicas, ni de experiencia, por consiguiente, la defensa institucional se quedó en una mera afirmación sin respaldo probatorio, carga que indefectiblemente le correspondía, lo que sin duda conduce a la prosperidad de la causal de desviación o abuso de poder, toda vez que por razones contrarias a la ley, se inaplicó el artículo 44 de la Ley 909 de 2004 y el artículo 28 del Decreto 760 de 2005.

FUENTE FORMAL: LEY 909 DE 2004 / DECRETO 760 DE 2005

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “B”

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de septiembre de dos mil catorce (2014).

Radicación número: 11001-03-24-000-2008-0176-00 (2492-2008)

Actor: GUILLERMO FORERO ALVAREZ

**Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL,
INCODER**

Llegado el momento de decidir y al no observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a dictar sentencia en el asunto de la referencia, previos los siguientes,

ANTECEDENTES

GUILLERMO FORERO ALVAREZ acudió a la Jurisdicción Contenciosa en ejercicio de la acción pública de nulidad prevista en el artículo 84 del C.C.A. para que se declare la nulidad total de la Resolución No. 3707 de 27 de diciembre de 2007, por medio de la cual el Gerente General del INCODER incorporó unos funcionarios públicos provisionales a la planta de personal de la entidad¹, cuyo contenido se transcribe a continuación:

***“Resolución No. 3707 de 27 de diciembre de 2007
Por el cual se incorpora a la planta de personal servidores públicos provisionales”***

EL GERENTE GENERAL DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL – INCODER

En ejercicio de sus facultades legales y en especial de las que le confiere el artículo 44 de la Ley 909 de 2007, parágrafo, artículo 28 del Decreto 760 de 2005 y el Decreto 4903 del 21 de diciembre de 2007,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: *Incorporar a la planta de personal del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER adoptada por el artículo segundo del Decreto 4903 del 21 de diciembre de 2007, a los siguientes servidores públicos provisionales:*

<i>Profesional Especializado</i>	<i>2028</i>	<i>18</i>	<i>Garrido Manrique Álvaro</i>
<i>Profesional Especializado</i>	<i>2028</i>	<i>18</i>	<i>Garcés Mosquera Silvio Emiliano</i>
<i>Profesional Especializado</i>	<i>2028</i>	<i>16</i>	<i>Flores Jiménez Adolfo Enrique</i>
<i>Profesional Especializado</i>	<i>2028</i>	<i>17</i>	<i>García Quintero Gladys</i>
<i>Profesional Especializado</i>	<i>2028</i>	<i>17</i>	<i>Lara Romero Enosain de Jesús</i>
<i>Profesional Especializado</i>	<i>2028</i>	<i>17</i>	<i>Rodríguez Rojas Evaristo José</i>
<i>Profesional Especializado</i>	<i>2028</i>	<i>17</i>	<i>Guerrero Rojas Ivonne Lucía</i>
<i>Profesional Especializado</i>	<i>2028</i>	<i>16</i>	<i>Matallana Lizarazo Juliana Isabel</i>
<i>Profesional Especializado</i>	<i>2028</i>	<i>16</i>	<i>Morales Murillo Héctor Guillermo</i>
<i>Profesional Especializado</i>	<i>2028</i>	<i>16</i>	<i>Pineda Kerguelen María Victoria</i>
<i>Profesional Especializado</i>	<i>2028</i>	<i>16</i>	<i>Sanchez Arteaga Cesar Augusto</i>

¹ Folios 21-40

Profesional Especializado	2028	16	Sotomayor Camacho José Santiago
Profesional Especializado	2028	14	Aguirre Mena Luz Elena
Profesional Especializado	2028	14	Albadan Murillo Claudia Paola
Profesional Especializado	2028	14	Arroyo Álvarez Ingrid Janelle
Profesional Especializado	2028	14	Ballesteros Urrutia Eakin Alberto
Profesional Especializado	2028	14	Benítez Pérez Edgar Antonio
Profesional Especializado	2028	14	Bernal Leal Juan Carlos
Profesional Especializado	2028	14	Canal Prieto Rafael Enrique
Profesional Especializado	2028	14	Cely Amezcuita Javier Enrique
Profesional Especializado	2028	14	Coronel Molina Sageth Joanna
Profesional Especializado	2028	14	Erazo Martínez Julio José
Profesional Especializado	2028	14	Hernandez Díaz Blanca Rocío
Profesional Especializado	2028	14	López Gallego Henry
Profesional Especializado	2028	14	López Montes Germán
Profesional Especializado	2028	14	Manotas Camp Ricardo Francisco
Profesional Especializado	2028	14	Martheyn Cepeda Jesús Omar
Profesional Especializado	2028	14	Martinez Hurtado Álvaro
Profesional Especializado	2028	14	Mercado Álvarez Héctor Eduardo
Profesional Especializado	2028	14	Montoya Betancur Diana Maria
Profesional Especializado	2028	14	Gandara Tirado Robert Jose
Profesional Especializado	2028	14	Moreno Caballero Jose Ramón
Profesional Especializado	2028	14	Ochoa Cadavid Francisco Javier
Profesional Especializado	2028	14	Oviedo Castro José Manuel
Profesional Especializado	2028	14	Padilla Martinez Jorge Julio
Profesional Especializado	2028	14	Paz Herrera Ximena
Profesional Especializado	2028	14	Salcedo Calero Gerardo
Profesional Especializado	2028	14	Sanchez Ríos Ricardo
Profesional Especializado	2028	14	Sanchez Zapata Oscar Leonidas
Profesional Especializado	2028	14	Sarmiento Berrocal Lilia Isabel
Profesional Especializado	2028	14	Serna Saavedra Javier
Profesional Especializado	2028	14	Sinesterra Hurtado Silvio
Profesional Especializado	2028	14	Torres Bohorquez Janeth
Profesional Especializado	2028	14	Trujillo Rodríguez Sandra
Profesional Especializado	2028	14	Vidal Baute Alfonso Hernando
Profesional Especializado	2028	13	Dangond Baute Orlando Jose
Profesional Especializado	2028	13	Eljadue Isaza Yomeida
Profesional Especializado	2028	13	Flores Gómez Luis Omar
Profesional Especializado	2028	13	Gaitán Galindo Pablo Enrique
Profesional Especializado	2028	13	Montoya Tabares Ricardo Adolfo
Profesional Especializado	2028	13	Gomez Gonzales Lia Margarita
Profesional Especializado	2028	13	Gómez Rodríguez Augusto
Profesional Especializado	2028	13	Higuera Valderrama Leonor Astrid
Profesional Especializado	2028	13	Hinestroza Mosquera Bethsy
Profesional Especializado	2028	13	Ibarra Benavides Jose Ignacio

Profesional Especializado	2028	13	Jiménez Figueroa Yolanda Maria
Profesional Especializado	2028	13	Marchena Mendoza Bertha Inés
Profesional Especializado	2028	13	Mayor Varela Maria del Pilar
Profesional Especializado	2028	13	Mejía Macías Luis Fernando
Profesional Especializado	2028	13	Oliveros Moran Leonor Maria
Profesional Especializado	2028	13	Orejuela Hurtado Medardo
Profesional Especializado	2028	13	Ramírez Sandoval Amparo
Profesional Especializado	2028	13	Rodríguez Burgos Maria Victoria
Profesional Especializado	2028	13	Said Hamid Yamil
Profesional Especializado	2028	13	Sanchez Jaramillo Maria Esperanza
Profesional Especializado	2028	13	Sanchez Santamaría J Marysbelia
Profesional Especializado	2028	13	Torres Ramos Alfonso Dalmiro
Técnico Administrativo	3124	17	Orozco Lozano Margarita Luz
Técnico Administrativo	3124	16	Ayus Vargas Katia Lorena
Técnico Operativo	3132	15	Bernal Prieto Jaime Alberto
Técnico Operativo	3132	15	Díaz Galeano Juan Carlos
Técnico Operativo	3132	15	García Rodríguez Jaime Francisco
Técnico Operativo	3132	15	Maya Castilla Alfredo José
Técnico Operativo	3132	15	Núñez Da Silva Francisco
Técnico Operativo	3132	15	Padilla Romero Yina Maria
Técnico Operativo	3132	15	Sinesterra B Angelica María A
Técnico Operativo	3132	15	Vargas Garrido Sergio Arnoldo
Conductor Mecánico	4103	19	González Soto Roldan
Conductor Mecánico	4103	19	Murcia González Luis Eduardo
Conductor Mecánico	4103	19	Noriega Escobar Alfredo Alberto
Conductor Mecánico	4103	19	Ospina Achury Jesús María
Conductor Mecánico	4103	19	Rodríguez Baquero Miguel Antonio

ARTÍCULO SEGUNDO. *La presente Resolución rige a partir de la fecha de su expedición, surge efectos legales a partir de la fecha de posesión de los servidores públicos y deroga las disposiciones que le sean contrarias.”*

HECHOS:

- El 25 de julio de 2007, fue expedida por el Congreso de la República la Ley 1152 que ordenó en el artículo 24 al Gobierno Nacional reglamentar la estructura interna del INCODER en un término de seis meses, actividad que llevó a cabo con el Decreto 4903 de 2007 por el cual aprobó la modificación de la planta de personal del Instituto, suprimiendo algunos cargos en el artículo primero y aprobando la adopción de la planta de personal, en el segundo.

-En virtud del Decreto citado y de otras normas, se expidió la Resolución No. 3707 demandada, suscrita por el Gerente del INCODER que ordenó incorporar 82 servidores públicos provisionales a la planta del organismo, con una motivación falsa y por lo tanto viciada de nulidad, pues citó los artículos 44 de la Ley 909 de 2004 y 28 del Decreto 760 de 2005, normas que amparan los derechos de los funcionarios de carrera y no de los provisionales, contradiciéndose así con la parte resolutive de dicho acto administrativo.

-El Decreto 4903 de 2007 estableció 595 cargos en la planta global del INCODER, entre los cuales se podían incluir todos los empleos de carrera administrativa que existían antes de la expedición de la Ley 1152 de 2007 y de ese mismo decreto, sin embargo, con la Resolución No. 3706 de 2007 sólo se incorporaron 249 servidores de mérito dejando por fuera a 112 funcionarios debidamente inscritos en carrera administrativa, por incluir a los provisionales, usando facultades inexistentes.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El actor consideró vulneradas los siguientes cánones:

De la Constitución Política: artículos 1, 2, 4, 6, 25, 83, 125 y 209;
Ley 909 de 2004, artículos 2, 19, 44 y 46.

El acto administrativo acusado violó de manera directa normas de la Constitución, toda vez que no cumple con la concepción de Estado Social de Derecho en el cual se protege el concepto de la dignidad humana, la seguridad jurídica y la efectividad del cumplimiento de los derechos fundamentales dentro de los cuales se encuentra el derecho al trabajo. Aduce también, que el artículo 4° de la Carta resulta violado por apartarse el gerente general del deber legal y constitucional de acatar la Constitución y la leyes al incorporar a los servidores públicos provisionales y sacrificar a los de carrera administrativa que tenían una prevalencia y status superior a los primeros, pues para acceder al cargo se sometieron a un concurso de méritos que es lo que les da el derecho de permanecer en el servicio público de forma preferente con los que no concursaron.

El artículo 6° de la Carta, tampoco fue tenido en cuenta al emitirse el acto administrativo acusado, dado que no existía causa justa y mucho menos legal para

que se realizara una incorporación a funcionarios provisionales a sabiendas de los derechos que amparaban a los funcionarios públicos de carrera y que con ello se estaba soslayando el derecho constitucional fundamental al trabajo, configurando el **típico abuso y desviación de poder**, al extralimitarse en el ejercicio de sus funciones.

Así mismo señala, que con la expedición de la Resolución 3707 de 2007 se viola el artículo 25 Superior, porque se está suplantando a los servidores de carrera administrativa que tienen consolidado el derecho a la permanencia en el trabajo por los empleados provisionales que de acuerdo con la ley y la jurisprudencia del Consejo de Estado tienen precariedad en su nombramiento y se encuentran en las mismas condiciones de un servidor de libre nombramiento y remoción. De igual manera resultó vulnerado el artículo 83 *ídem*, porque no es viable invocar normas que protegen exclusivamente los derechos de funcionarios de carrera administrativa para disfrazar o maquillar con algún tinte de aparente legalidad la incorporación de los empleados en provisionalidad.

El mismo análisis hace respecto del artículo 125 de la C.N. y agrega que se quebrantan los derechos adquiridos de los funcionarios de carrera administrativa por preferir a los provisionales sobre los que tenían derechos de carrera. Además, que el ingreso y ascenso en esos cargos se hace previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, y su retiro, por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo o por violación al régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución y en la ley; por eso el gerente general del INCODER al expedir el acto acusado incurre en **falsa motivación** al valerse de normas no aplicables para justificar lo decretado en la misma. Afirma, que el artículo 209 también resulta transgredido porque no se tuvo en cuenta los principios de igualdad, moralidad, eficacia e imparcialidad, toda vez que al estar el acto falsamente motivado resulta inmoral, ineficaz, inequitativo, parcializado con el fin de favorecer a un grupo de funcionarios que no tienen estatus de carrera administrativa.

Respecto de los artículos 9, 19, 44 y 46 de la Ley 909 de 2004, hay vulneración porque se rompe con el núcleo básico de la estructura de la función pública, cual es el empleo público obtenido a través de un concurso de méritos, lo que conllevó a que estos funcionarios estuvieran amparados por ciertos derechos que no cobijan a los funcionarios vinculados con carácter provisional.

En la misma línea expuesta se trasgrede el artículo 44, puesto que no se da cumplimiento a los derechos del empleado de carrera administrativa en caso de supresión del cargo, todo lo contrario, la norma taxativamente expresa que “...*Los empleados públicos de carrera administrativa...tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal...*”, de manera que es un exabrupto jurídico que en la parte considerativa de la resolución demandada la invoquen para fundamentar la incorporación de los funcionarios provisionales, cuando esta norma protege los derechos de carrera administrativa.

La jurisprudencia Constitucional² y las normas citadas han sido reiterativas en señalar que cuando se suprime un empleo de carrera administrativa cuyo titular sea un empleado con derechos de carrera, tiene derecho preferencial a ser reincorporado sobre los vinculados con carácter provisional.

SUSPENSIÓN PROVISIONAL

A folio 39, solicitó la **suspensión provisional** del acto demandado, soportado en que el Gerente del INCODER no tenía ninguna facultad para incorporar a la planta de personal servidores públicos provisionales, lo cual se podía verificar de la confrontación de las normas invocadas (artículo 44 de la Ley 909 de 2004 y 28 del Decreto 760 de 2005) con la resolución acusada. La petición fue negada por auto de 22 de octubre de 2009³ al no encontrar de manera flagrante la vulneración alegada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, INCODER⁴, a través de apoderado, se opuso a las pretensiones indicando que el proceso de reestructuración que concluyó con la modificación de la planta de personal de la entidad, fue adelantado de conformidad con el estudio técnico que mostraba la necesidad de hacer una modificación estructural y una supresión de cargos al Instituto⁵.

² C-175 de 2007.

³ Folio 47.

⁴ Fls. 67-76.

⁵ Folios 67-76

Consideró, que el acto demandado no vulneró las normas constitucionales y legales señaladas, toda vez que la reforma del INCODER se hizo cumpliendo con el procedimiento legal previsto para ello, es decir, con base en el estudio técnico preparado para tal fin. Cuantitativamente la planta de personal se redujo de manera considerable pues contaba con 908 cargos y pasó a 595, buscando el aumento de la profesionalización de la planta de personal de manera que pudieran atender los problemas diagnosticados. En suma, la reestructuración operó por razones del buen servicio público y éste no puede ceder a los motivos subjetivos que opongan los funcionarios.

Luego de hacer un recuento sobre la clasificación de los empleos y su provisión, las clases de nombramiento, recordó que la provisionalidad se encuentra prevista en el artículo 25 de la Ley 909 de 2004, que establece que los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlas mediante encargo con servidores públicos de carrera.

Ahora bien, como el artículo 1° del Decreto 4903 de 2007 ordenó la supresión de los cargos de la planta de personal del INCODER independientemente si eran funcionarios de carrera o servidores nombrados en provisionalidad, procedió a analizar si el empleo desempeñado por funcionarios de carrera desapareció de la planta de personal, si se mantuvieron sus funciones, requisitos y competencias, lo que permitiría preservar el derecho de incorporación o proceder a la indemnización o reincorporación conforme al artículo 44 de la Ley 909 de 2004.

Para tal efecto, se analizaron las hojas de vida de los empleados de carrera administrativa confrontando si con las funciones y el perfil exigido para cada cargo cumplían los requisitos para ser incorporados en la nueva planta prevista en el Decreto 4903 de 2007 para, posteriormente, ser incorporados a través de la Resolución No. 3706 de 2007. Como la planta se redujo considerablemente, muchos servidores públicos con derechos de carrera administrativa fueron retirados del servicio por supresión del cargo, tal como lo preveía el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, y, en todo caso, se les respetó el derecho de defensa y de contradicción toda vez que pudieron controvertir el acto complejo de retiro del servicio.

Respecto de los servidores públicos nombrados en provisionalidad, se analizó la supresión de cargos en cuanto a sus funciones, requisitos y competencias laborales, concluyendo que debían ser incorporados aquellos que fueron determinados en la Resolución 3707 de 2007. Agregó, que el párrafo del artículo 28 del Decreto 760 de 2005⁶ establece que cuando se reforma total o parcialmente una entidad, no tiene el carácter de nuevo nombramiento la incorporación que se efectúe en cargos iguales a los suprimidos, a quienes los venían ejerciendo en calidad de provisionales; es decir, conforme con la norma, lo que se pretendió con la incorporación de los provisionales, fue garantizar la continuidad del servidor en el nuevo cargo sin que ello se tradujera en un derecho laboral preferencial como equivocadamente lo manifestó el actor.

En la reestructuración orgánica que sufrió el INCODER, se respetaron los derechos laborales de los funcionarios de carrera administrativa al igual que aquellos precarios que le asistían a los nombrados como provisionales, tal como lo estableció el Decreto 4903 de 2007, que modificó la planta de personal y determinó la estructura orgánica de la nueva y, si bien uno de los sustentos jurídicos de la resolución demandada hizo referencia al derecho preferencial de incorporación a favor de los servidores públicos con derechos de carrera, también se aclaró que para los provisionales existía el derecho a la incorporación que garantizaba una estabilidad laboral relativa o precaria encaminada a su incorporación en cargos iguales a los suprimidos, de lo contrario opera *ipso facto* la causal de retiro prevista

⁶ “ARTÍCULO 28. Suprimido un empleo de carrera administrativa, cuyo titular sea un empleado con derechos de carrera, este tiene derecho preferencial a ser incorporado en un empleo igual o equivalente al suprimido de la nueva planta de personal de la entidad u organismo en donde prestaba sus servicios.

De no ser posible la incorporación en los términos establecidos en el inciso anterior, podrá optar por ser reincorporado en un empleo igual o equivalente o a recibir una indemnización, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 2o del artículo 44 de la Ley 909 de 2004 y con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para la reincorporación de que trata el presente artículo se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

28.1 La reincorporación se efectuará dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha en que el Jefe de la entidad comunique a la Comisión Nacional del Servicio Civil que el ex empleado optó por la reincorporación, en empleo de carrera igual o equivalente que esté vacante o provisto mediante encargo o nombramiento provisional o que de acuerdo con las necesidades del servicio se creen en las plantas de personal en el siguiente orden:

28.1.1 En la entidad en la cual venía prestando el servicio.

28.1.2 En la entidad o entidades que asuman las funciones del empleo suprimido.

28.1.3 En las entidades del sector administrativo al cual pertenecía la entidad, la dependencia o el empleo suprimido.

28.1.4 En cualquier entidad de la rama ejecutiva del orden nacional o territorial, según el caso.

28.1.5 La reincorporación procederá siempre y cuando se acrediten los requisitos exigidos para el desempeño del empleo en la entidad obligada a efectuarla.

De no ser posible la reincorporación dentro del término señalado, el ex empleado tendrá derecho al reconocimiento y pago de la indemnización.

PARÁGRAFO. Cuando se reforme total o parcialmente la planta de empleos de una entidad u organismo, no tendrá el carácter de nuevo nombramiento la incorporación que se efectúe en cargos iguales a los suprimidos a quienes los venían ejerciendo en calidad de provisionales.”

en el literal I del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, sin derecho a la indemnización o incorporación.

Concluyó, que es de esta manera como debe interpretarse el acto administrativo demandado, lo que hace evidente su legalidad.

EL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado, emitió concepto en el que consideró se debía acceder a las súplicas de la demanda, pues no encontró dentro del proceso cuales fueron las razones que había tenido la entidad para dejar por fuera de la planta de personal aquellos funcionarios inscritos en carrera administrativa⁷.

La Ley 909 de 2004 protegió el derecho preferencial de los servidores de carrera administrativa a ser reincorporados una vez se produjera la supresión del empleo, teniendo en cuenta que fueron vinculados por el sistema de méritos.

Es cierto, señaló, que la ley autoriza suprimir cargos en las reformas de las entidades pero a través de un estudio técnico en donde se incluya la revisión de las hojas de vida de los servidores. Si se analiza el estudio técnico allegado, con relación con la planta de personal éste se limita a plantear unos costos estimados para la reestructuración, sin que se vislumbre un estudio detallado de los cargos y las dependencias que establezca que los suprimidos eran los que realmente deberían ser eliminados, ni tampoco se enlistan aquellos nombrados en provisionalidad, ni se relacionan los funcionarios que se encuentran inscritos en carrera administrativa incumpliendo con lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 906 de 2004. Sumado a lo anterior, se aportó una lista de 91 funcionarios que estando inscritos en carrera administrativa fueron indemnizados por no haberlos reubicado en la nueva planta de personal, de donde se colige, que se prefirió a los provisionales a pesar de que los primeros tenían un derecho preferencial a ser incorporados. Todo lo dicho en su sentir, no evidencia las razones por las cuales la entidad decidió incorporar a unos servidores que se encontraban en provisionalidad

⁷ Folios 205-209.

y tampoco los motivos que la llevaron a dejar por fuera de la planta a los que se encontraban inscritos en carrera administrativa.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

EI INCODER por medio de apoderada presentó el escrito conclusivo reiterando lo revelado en la contestación de la demanda.

De acuerdo a los antecedentes expuestos, procede la Sala a decidir de conformidad con las siguientes:

C O N S I D E R A C I O N E S

PROBLEMA JURÍDICO.

Consiste en determinar si con la expedición de la Resolución No. 3707 de 27 de diciembre de 2007, se violó el derecho preferencial de los funcionarios de carrera administrativa del INCODER al haber incorporado a su planta de personal unos funcionarios públicos provisionales.

Previo a resolver el problema jurídico, la Sala analizará la naturaleza del acto demandado y la procedencia de la acción impetrada conforme a la teoría de los móviles y finalidades.

En cuanto al cuestionamiento de fondo, el esquema que se manejará será el siguiente:

1. Concreción de los cargos de nulidad. 2. Antecedentes normativos del acto demandado. 3. Normas de carrera administrativa y derecho preferencial. 4. Decisión.

CUESTIÓN PREVIA

NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTO DEMANDADO.

La reforma o modificación de la estructura de personal o planta de personal puede tener varios fundamentos⁸, vgr. la fusión o supresión de entidades; los cambios de misión u objeto social o de las funciones generales de la entidad; el traslado de funciones o competencias de un organismo a otro; la supresión, fusión o creación de dependencias; la modificación y redistribución de sus funciones, de las cargas de trabajo, entre otros; lo claro es que debe estar determinada y fundada en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración y soportada en estudios técnicos que así lo demuestren.

Para efectos de tomar esta decisión, la entidad debe emitir varios actos, algunas veces lo hace de manera ordenada como cuando profiere en primer lugar, el que determina la planta, distribuye cargos y organiza grupos de trabajo que por estar referido a empleos, son de carácter objetivo, general, impersonal. Luego decide la incorporación de los empleados a la planta con nombre y apellido, excluyendo, de suyo, aquellos que no son incorporados, por eso este acto es subjetivo y personal y es el que lesiona o causa perjuicio y por consiguiente, es el demandable; posteriormente, viene la comunicación dirigida al empleado no incorporado que por regla general no es revisable por ser una simple ejecución.

En otras ocasiones, el procedimiento no es típico y solo se produce un acto general de adopción de planta y la comunicación al empleado que le fue suprimido el cargo, en este caso, el oficio de retiro se convierte en acto administrativo y por tanto es el justiciable.

La Resolución No. 3707 de 2007 que aquí se controvierte es precisamente el de incorporación de unos provisionales que contiene, como corresponde, el funcionario individualizado con nombre y apellido, particularidad que lo identifica como un acto subjetivo, toda vez que no es una simple relación de cargos impersonal.

En ese orden de ideas, es claro que en el *sub lite* se está demandando un acto subjetivo de carácter particular y concreto a través de una acción de simple nulidad. Para determinar su procedencia es necesario revisar su viabilidad de acuerdo a la tesis jurisprudencial de la teoría de móviles y finalidades, regulada ahora en el

⁸ Art. 96 Decreto 127 de 2005.

artículo 137 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

TEORÍA DE LOS MÓVILES Y FINALIDADES.

Esta teoría, adoptada en sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 10 de agosto de 1961 -en vigencia de la Ley 167 de 1941⁹, fue aterrizada en los siguientes términos:

“Si en la ley se enumeran las decisiones acusables sin señalar distinciones entre providencias impersonales e individuales, y si a renglón seguido se dispone que la acción de nulidad es viable contra cualesquiera de tales ordenamientos, no aparece la razón para que la doctrina haya consagrado distingos que los textos repelen expresamente. Ni el tenor literal de estas reglas, ni del espíritu que las anima, se puede inferir que el recurso de anulación sólo procede contra los actos generales y no contra las decisiones particulares. Por el contrario, la ley descarta semejante apreciación.

No es la generalidad del ordenamiento impugnado el elemento que determina la viabilidad del contencioso popular de anulación. El criterio a seguir para apreciar su procedencia es el que imponen esos mismos preceptos. Son los motivos determinantes de la acción y las finalidades que a ella ha señalado la ley, los elementos que sirven para identificarla jurídicamente y para calificar su procedencia...

De los preceptos en cita se colige que los únicos motivos determinantes del contencioso popular de anulación son los de tutelar el orden jurídico y la legalidad abstracta contenida esos estatutos superiores, y que sus finalidades son las de someter a la administración pública al imperio del derecho objetivo. Pero como la causa y objetivo de la acción son incompatibles con la protección de derechos particulares, al utilizarla con ese último propósito se desnaturaliza la esencia del sistema. Habría una simulación de motivos, de intereses y de fines que los textos rechazan implícitamente. La aceptación de ese sistema traería como consecuencia el desconocimiento de los mandatos legales sobre caducidad de la acción privada.

Cuando se utiliza el contencioso de anulación contra actos particulares, la doctrina de los motivos y finalidades opera en dos formas: si la declaratoria de nulidad solicitada no conlleva el restablecimiento del derecho subjetivo lesionado, el contencioso popular puede ejercitarse inclusive por el titular de ese derecho; pero si la sentencia favorable a las pretensiones del actor determina el restablecimiento automático de la situación jurídica individual afectada por la decisión enjuiciada, el recurso objetivo no será admisible, salvo que la acción se intente dentro de los cuatro meses de que habla la ley”.

Posteriormente, en el auto de 8 de agosto de 1972 de la misma Sala Plena, se hizo alusión al elemento distintivo entre las dos acciones, es decir, en la existencia o inexistencia de una “*pretensión litigiosa*”.

⁹ Artículos 62-65.

Por su parte, la Sección Primera en auto de 2 de agosto de 1990, reiterado en sentencia de la misma Sala del 28 de agosto de 1992, concluyó que los actos de contenido particular no son, en principio, susceptibles de ser atacados en ejercicio de la acción de nulidad simple, salvo en aquellos eventos **expresamente determinados por la ley**, entre los cuales se mencionaron los regulados en los artículos 221 y 223 del C.C.A, y 585 y siguientes del Código de Comercio.

La misma Sección, en sentencia de 26 de octubre de 1995, amplió la teoría de los móviles y finalidades entendiendo que la acción de simple nulidad procedería, **adicionalmente**, frente a actos creadores de situaciones jurídicas individuales y concretas cuando tales situaciones implican *“un interés para la comunidad en general de tal naturaleza e importancia que desborde el simple interés de legalidad en abstracto, por afectar de manera grave y evidente el orden público social y económico”*, y ello aún cuando la posibilidad de atacar dichos actos mediante la acción mencionada no hubiera sido expresamente prevista por el legislador.

Esta posición fue adoptada por la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia de 29 de octubre de 1996¹⁰, en la que se precisó que, además de los casos previstos en la ley, habría lugar al ejercicio de la acción de nulidad simple en aquéllos eventos en que se tratara de actos creadores de situaciones particulares y concretas que comportaran *“un interés de la comunidad de tal naturaleza e importancia que fuera aparejado con el afán de legalidad”*, en especial cuando se encontrara *“de por medio un interés colectivo o comunitario, de alcance y contenido nacional, con incidencia trascendental en la economía nacional y de innegable e incuestionable proyección sobre el desarrollo y bienestar social y económico de gran número de colombianos”*. Se añadió que este criterio habría de servir para justificar el control jurisdiccional frente a aquellos actos que, no obstante afectar intereses particulares, implicaran, por su contenido y trascendencia, *“el resquebrajamiento del orden jurídico y el desmejoramiento del patrimonio económico, social y cultural de la Nación”*.

Volvió a reiterar la Sala Plena la teoría en la Sentencia IJ-030 de 2003, cuando analizó y controvertió la decisión de la Corte Constitucional¹¹ que declaró la exequibilidad condicionada del artículo 84 del C.C.A.

¹⁰ M.P Dr. Daniel Suarez Hernandez

¹¹ C-426 de 29 de mayo de 2002.

De igual manera la Sección Segunda¹² ha seguido la misma línea jurisprudencial tal y como se lee en la sentencia de veinte (20) de marzo de dos mil trece (2013) con ponencia de este Despacho¹³, en donde reafirmó que es posible demandar un acto de contenido particular mediante la acción de simple nulidad, salvo que la sentencia favorable a las pretensiones del actor constituya un restablecimiento automático de un derecho subjetivo.

Conforme a lo dicho, la Resolución No. 3707 de 2007 es un acto particular y concreto cuyo juicio de legalidad a través de esta acción no conlleva automáticamente un restablecimiento del derecho para aquellos que puedan resultar afectados por la no incorporación, pues para que se le sea reconocido el derecho conculcado deben iniciar una acción ordinaria que declare la nulidad del acto y como consecuencia de ello el restablecimiento.

En conclusión, como lo pretendido en el *sub lite* es el análisis de la legalidad en abstracto, la Resolución No. 3707 de 2007, que incorpora unos funcionarios del INCODER, es susceptible de control por la acción de simple nulidad¹⁴.

Definida la naturaleza del acto acusado y la procedencia de la acción, se continuará con el análisis de acuerdo al esquema planteado.

1. CONCRECIÓN DE LOS CARGOS DE LA DEMANDA.

FALSA MOTIVACIÓN: Soportada en que la Resolución No. 3707 de 27 de diciembre de 2007 se fundamentó en el artículo 44 de la Ley 909 de 2004 y el párrafo del artículo 28 del Decreto 760 de 2005, que son normas que amparan a los funcionarios de carrera y no a los provisionales, olvidando además que el retiro de los cargos de carrera tienen causales legales.

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, 2 de abril de 2009, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. “*No puede entonces aplicarse la teoría de los móviles y finalidades en cuanto predica que es posible demandar en acción de simple nulidad el acto particular, cuando no comporta el restablecimiento del derecho lesionado, pues este no es el caso; pero sí es pertinente el aparte de la misma tesis que sostiene que no es posible el contencioso objetivo, cuando la sentencia favorable a las pretensiones del actor determina el restablecimiento automático de la situación jurídica individual afectada por la decisión acusada, a menos que la acción se haya instaurado dentro del término de caducidad.*”

¹³ Radicado No. 08001-23-31-000-2010-00135-01(1575-12), Actor: Edgar Enrique Gil Mora y Rad N°. 520001233100020020115501, NI. 3358-2004.

¹⁴ Hoy llamado medio de control de simple nulidad.

ABUSO Y DESVIACIÓN DE PODER: Porque se extralimitó en el ejercicio de sus funciones al invocar facultades inexistentes para la incorporación de los provisionales, toda vez que solo era posible incorporarlos cuando se hubiera agotado la de los servidores públicos de carrera administrativa conforme al artículo 44 de la Ley 909 de 2004 y el parágrafo del artículo 28 del Decreto 760 de 2005, desconociendo derechos adquiridos.

2. ANTECEDENTES NORMATIVOS DEL ACTO DEMANDADO.

El Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, INCODER, es un establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, patrimonio autónomo e independencia administrativa, adscrito al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, que nació como parte del Programa de Renovación de la Administración Pública luego de la liquidación de cuatro instituciones del sector agropecuario: INPA, INCORA, INAT y DRI.

Luego de su creación, por medio del Decreto 1300 de 2003, el Congreso de la República expidió la Ley 1152 de 2007, en donde creó el Sistema Nacional de Desarrollo Rural, cuyo principal objetivo era fomentar el desarrollo productivo agropecuario, forestal y pesquero en el medio rural, así como fortalecer a las entidades territoriales y sus comunidades para contribuir a mejorar los índices de calidad de vida de los pobladores rurales y al desarrollo socioeconómico del País.

Esta ley entre otras disposiciones, dio un término de seis (6) meses al Gobierno Nacional para reglamentar la estructura interna del citado Instituto (artículo 24¹⁵).

Sin embargo, esta ley fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-175 de 18 de marzo de 2009, al considerar que no había cumplido con las condiciones constitucionales de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes, pues ellas tenían una especial connotación en el territorio nacional. En ella se precisó que dicha decisión tenía los efectos ordinarios

¹⁵ “ARTÍCULO 24. El Gobierno reglamentará la estructura interna del Incoder, sus órganos directivos, composición y funciones, dentro de los seis (6) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley. Lo anterior teniendo en cuenta el nuevo enfoque de política del sector, según el cual son funciones del nivel Nacional la coordinación de las actividades del Sistema Nacional de Desarrollo Rural establecido en esta ley, la administración y asignación de los recursos para el adecuado cumplimiento de las funciones misionales, calificación y evaluación del impacto de los proyectos presentados a las respectivas convocatorias. Las demás funciones serán ejecutadas de manera desconcentrada o descentralizada.”

previstos en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de Administración de Justicia, es decir, regía hacia el futuro.

En uso de las facultades conferidas por el artículo 115 de la Ley 489 de 1998 en concordancia con los literales m) y n) del artículo 54 de la misma Ley, el Presidente de la República expidió el Decreto 4903 de 21 de diciembre de 2007 (fl. 9) *“Por el cual se aprueba la modificación de la planta de personal del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, “Incoder”, decreto que en el artículo primero aprobó la supresión de cargos; en el segundo, aprobó la adopción de la nueva planta de personal; y en el artículo quinto, estableció que “los funcionarios con derechos de carrera que no sean incorporados en la planta de personal adoptada en el presente decreto podrán acogerse a lo previsto en el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, el artículo 28 del Decreto 760 de 2005 y los artículos 87 y siguientes del Decreto 1227 de 2005 y demás normas concordantes”.*

De otro lado, el Gerente General del INCODER, de conformidad con el artículo 2 del Decreto 4903 de 2007, profirió la Resolución No. 3706 de 27 de diciembre de 2007, *“Por la cual se incorpora a la planta de personal servidores públicos con derechos de carrera administrativa”* y la Resolución No. 3707 del mismo día y año (fl. 2), *“Por la cual se incorpora la planta de personal servidores públicos provisionales”*, acto demandado.

La Resolución No. 3707 de 27 de diciembre de 2007, fue expedida por el Gerente del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –INCODER-, con fundamento en el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, el parágrafo 28 del artículo 28 del Decreto 760 de 2005 y el Decreto 4903 de 21 de diciembre de 2007.

3. NORMAS DE CARRERA ADMINISTRATIVA RESPECTO DE LAS INCORPORACIONES.

El acto demandado es del año 2007, lo que significa que el marco jurídico aplicable es el contenido en la Ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios. Esta ley, en el artículo 41, enlista las causales de retiro del servicio y, entre ellas cita en el numeral l) la *“supresión del empleo”*. Es claro que esta causal es una consecuencia directa de la reforma o modificación de la estructura funcional de la entidad, de manera que la selección de la nueva planta exige criterios objetivos y funcionales, por lo que es necesario un estudio técnico que defina los nuevos perfiles y cargas

de trabajo de acuerdo a la misión, objetivos y fines, para de esta manera seleccionar que funcionarios debe o no incorporar.

El artículo 44 de la Ley 909 de 2004 y su reglamentario Decreto 1227 de 2005, en el artículo 87 delinea los efectos jurídicos de la supresión de los empleos de carrera al señalar que, el empleado puede optar entre la incorporación a un empleo equivalente de la nueva planta y de no ser posible, debe escoger la reincorporación o el pago de una indemnización conforme a una tabla para tal fin diseñada.

Las disposiciones citadas hacen referencia al derecho preferencial. ¿En qué consiste este privilegio y a quien se le otorga?

El derecho preferencial se predica del empleado inscrito en carrera y tiene su cimiento en el fuero que concede el mérito. Es un beneficio legal para los empleados inscritos en carrera sobre aquellos que tienen un nombramiento provisional y es una regla que vincula a la administración. Tanto así, que la posibilidad de cubrir plazas mediante procesos de selección, ascensos, encargos o nombramientos provisionales se encuentra subordinada al derecho prevalente. Si la organización se sustrae de esta obligación debe demostrar los criterios objetivos que influyeron en tal decisión.

¿Cómo opera el derecho preferencial cuando hay supresión del cargo?

Con la incorporación del empleado de carrera administrativa a la planta de personal como una consecuencia directa del derecho a la estabilidad. Si es a un empleo igual no podrán exigirse requisitos distintos a los ya acreditados por los servidores. Cuando es a un empleo equivalente, deberán certificarse aquellos que el Manual de Funciones y Requisitos contemple. De otro lado, el inscrito continúa con los derechos de carrera¹⁶, no hay solución de continuidad y no implica desmejoramiento de las condiciones laborales y salariales¹⁷; para efectos del reconocimiento y pago de la indemnización se le contabilizará el tiempo laborado cuando por incorporación haya pasado del servicio de una entidad a otra.

Como conclusión de lo hasta aquí expuesto debe señalarse, que los empleados de carrera tienen prevalencia sobre los demás funcionarios como consecuencia de la

¹⁶ Art. 42 # 1 Ley 909 de 2004.

¹⁷ Art. 81 # 2, lit. b, D. 1042 de 1978.

supresión del empleo con tres opciones de naturaleza legal: incorporación, reincorporación y por excepción, indemnización al no lograrse el restablecimiento del vínculo laboral. Si la entidad opta por una decisión diferente en cuanto a la incorporación de estos servidores, debe explicar los criterios en que se fundó como se dijo en un aserto anterior, para dar cumplimiento a los principios de la función pública y de la carrera administrativa como son, entre otros, la transparencia, igualdad, equidad y, además, permite rodear el proceso de objetividad, veracidad e imparcialidad.

El acto demandado además de citar el artículo 44 de la Ley 909 de 2004 a que hemos hecho referencia, se soporta en el parágrafo del artículo 28 del Decreto 760 de 2005.

Esta última norma que se constituye en la defensa de la entidad porque de acuerdo a su interpretación *“...la incorporación que se realiza a favor de los servidores públicos en provisionalidad, pretende garantizar la continuidad del servidor en el nuevo cargo similar al suprimido, la cual no se traduce en el derecho laboral preferencial (incorporación), indemnización o reincorporación, constituidos a favor de los servidores públicos con derechos de carrera administrativa, como equivocadamente lo manifiesta el Actor”*; será objeto de análisis en el siguiente acápite en donde se resolverán los cargos propuestos.

4. DECISIÓN.

4.1 FALSA MOTIVACIÓN: Soportada en que la Resolución No. 3707 de 27 de diciembre de 2007 se fundamentó en el artículo 44 de la Ley 909 de 2004 y el parágrafo del artículo 28 del Decreto 760 de 2005, que son normas que amparan a los funcionarios de carrera y no a los provisionales, olvidando además que el retiro de los cargos de carrera tienen causales legales.

Revisado el acto demandado, encuentra la Sala que efectivamente el INCODER soportó la Resolución No. 3707 de 2007, en las normas citadas que textualmente indican:

Artículo 44 de la Ley 909 de 2004:

“Artículo 44. *Derechos del empleado de carrera administrativa en caso de supresión del cargo. Los empleados públicos de carrera administrativa, que como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de planta de personal, se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización. El Gobierno Nacional reglamentará el proceso de reincorporación y el reconocimiento de la indemnización.*

Parágrafo 1º. Para los efectos de reconocimiento y pago de las indemnizaciones de que trata el presente artículo, el tiempo de servicios continuos se contabilizará a partir de la fecha de posesión como empleado público en la entidad en la cual se produce la supresión del empleo.

No obstante lo anterior, cuando el cargo que se suprime esté siendo desempeñado por un empleado que haya optado por la reincorporación y haya pasado a este por la supresión del empleo que ejercía en otra entidad o por traslado interinstitucional, para el reconocimiento y pago de la indemnización se contabilizará además, el tiempo laborado en la anterior entidad siempre que no haya sido indemnizado en ella, o ellas.

Para lo establecido en este parágrafo se tendrán en cuenta los términos y condiciones establecidos en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

Parágrafo 2º. La tabla de indemnizaciones será la siguiente:

- 1. Por menos de un (1) año de servicios continuos: cuarenta y cinco (45) días de salarios.*
- 2. 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.*
- 3. 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.*
- 4. 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 subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos.*

Parágrafo 3º. En todo caso, no podrá efectuarse supresión de empleos de carrera que conlleve el pago de la indemnización sin que previamente exista la disponibilidad presupuestal suficiente para cubrir el monto de tales indemnizaciones”.

Y en el Parágrafo del artículo 28 del Decreto 760 de 2005 que señala:

“PARÁGRAFO. *Cuando se reforme total o parcialmente la planta de empleos de una entidad u organismo, no tendrá el carácter de nuevo nombramiento la incorporación que se efectúe en cargos iguales a los suprimidos a quienes los venían ejerciendo en calidad de provisionales”.*

Además de las normas anteriores, el acto cuestionado también se fundó en el Decreto 4903 de 2007, por medio del cual el Gobierno Nacional aprobó la planta de personal del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –INCODER-. Efectivamente, en el artículo 2º el decreto describe la relación de la planta de esa entidad

descentralizada, desde el Despacho de la Gerencia General hasta la generalidad de la planta global¹⁸.

La causal de nulidad llamada "*Falsa Motivación*", está contemplada en el artículo 84 del antiguo Código Contencioso Administrativo y en el 137 del CPACA. y hace referencia a la falta de correspondencia entre la decisión que se adopta y la expresión de los motivos que se aducen como fundamento de la decisión. Estos motivos son los soportes fácticos y jurídicos expuestos en el acto, por manera que, la ausencia real de los motivos expresados o su falacia, activa este motivo anulatorio.

El artículo 44 de la Ley 909 de 2004, como se puede observar del texto transcrito, hace referencia a los derechos del empleado de carrera administrativa en caso de supresión del cargo, como son: el derecho preferencial, la incorporación, reincorporación o indemnización. Es evidente que esta norma no es aplicable a los funcionarios provisionales porque ellos no se encuentran dentro de la escala de mérito y, por ende, no tienen los privilegios que ofrece la carrera, además que la norma no hace referencia en ningún sentido a los provisionales.

El mismo tema toca el artículo 28 del Decreto 760 de 2005, reglamentado en el Título VI con el nombre de "*PROCEDIMIENTO CON OCASION DE LA SUPRESION DE CARGOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA*". Allí describe las opciones que tiene el funcionario de carrera cuando le es suprimido el cargo. Trata en primer lugar del derecho preferencial, en segundo lugar, de la reincorporación cuando no es posible la incorporación y lo hace de manera amplia en 5 numerales, para terminar con la indemnización como última opción.

Por su parte, el párrafo del artículo 28 *ídem* también transcrito, hace alusión a los efectos de la incorporación cuando se efectúe en cargos iguales a los suprimidos a quienes los venían ejerciendo en calidad de provisionales, lo que significa, que en principio la norma permite que tal situación se produzca, soportando de alguna manera el acto demandando.

La pregunta es ¿en qué condiciones una entidad puede mantener a los provisionales en la planta de personal cuando aún existen funcionarios de carrera

¹⁸ Fls. 164-169.

que ostentan el derecho preferencial a la incorporación? En un capítulo precedente manifestamos que cuando la entidad excepciona la regla del derecho preferencial de la incorporación respecto de los inscritos, tiene la carga de demostrar que ninguno de los funcionarios de carrera cumplía el perfil requerido para en la estructura, so pena de incurrir en una desviación o abuso de poder, circunstancia que nos conduce al análisis de la segunda causal propuesta.

4.2 ABUSO Y DESVIACIÓN DE PODER: Soportada en que el INCODER al expedir el acto demandado se extralimitó en el ejercicio de sus funciones al invocar facultades inexistentes para la incorporación de los provisionales, toda vez, que solo era posible incorporarlos cuando se hubiera agotado la de los servidores públicos de carrera administrativa conforme al artículo 44 de la Ley 909 de 2004 y el párrafo del artículo 28 del Decreto 760 de 2005, desconociendo derechos adquiridos.

La defensa arguye que conforme a la planta prevista en el Decreto 4903 de 2007 y al Acuerdo No. 128 del mismo año, efectuaron el análisis minucioso de las hojas de vida de cada servidor público, con el fin de determinar quienes cumplían requisitos y reunían las competencias laborales para ser incorporados en cargos iguales o equivalentes tal y como lo establece el artículo 1° del Decreto 1746 de 2006. En virtud de lo dicho, incorporaron a los servidores públicos con derechos de carrera administrativa mediante Resolución No. 3706 de 2007, y aquellos que no fueron incorporados se les concedió la opción legal de la reincorporación o indemnización. Posteriormente recuerda que se analizó en cada caso concreto los servidores nombrados en provisionalidad con la claridad de que *“...ostentan cierta estabilidad precaria que permite su incorporación en los cargos que conservaron en la nueva planta de personal del INCODER, los cuales no han sido objeto del respectivo concurso de méritos...”*

Conforme a estos planteamientos la Sala resolverá con el criterio que ya expuso, esto es, con la demostración de los criterios objetivos de comparación por los que la entidad optó al escoger a los empleados en provisionalidad para no aplicar el derecho preferencial de los funcionarios de carrera.

Para tal fin la Sala revisará pormenorizadamente el estudio técnico que soportó la modificación de la planta de personal, toda vez, que la entidad no allegó otro

documento del cual se pueda inferir el análisis que dice adelantó sobre las hojas de vida de los funcionarios.

4.2.1 ESTUDIO TÉCNICO.

En el Cuaderno No. 2 de pruebas¹⁹, se encuentra el Estudio Técnico que soportó la reestructuración del INCODER, fechado en Bogotá diciembre de 2007, con la siguiente tabla de contenido: en la Primera Parte se hace un Diagnóstico Institucional, que contiene una Introducción, un Marco Legal, se forja un Análisis del Entorno Socioeconómico, Político y de la Información. En el numeral 4. Se fija el Marco de Políticas de Mediano y Largo Plazo para la Reforma del INCODER. En el numeral 5. Análisis de la Entidad, que contempla el Análisis Organizacional y en este *ítem*, la Estructura de Personal, la Planta de Personal; luego la Gestión de Información e Infraestructura y Descentralización. Continúa con el numeral 5. Gestión por Resultados, allí analiza la Planificación, Presupuestación, Ejecución, Gasto, Seguimiento y Evaluación, Cumplimiento de metas del sector y en él: Adjudicación de tierras, Adecuación de tierras, Pesca y Agricultura; Gestión Presupuestal y finalmente Retos.

En la segunda parte se hace la Propuesta del Nuevo INCODER. Se establecen los Principios y el Marco Legal, en él se contempla el INCODER y el contexto legal actual, traslado de funciones del INCODER a otras entidades estatales del orden nacional y la necesidad de Reestructuración del INCODER y mandatos legales especiales que facultan la nueva reglamentación. En el numeral 3. Misión. 4. Visión. 5. Objetivos y Funciones: Objetivos Generales, Funciones Generales. 6. El nuevo INCODER: hacia una entidad más transparente y eficiente. Contempla: 6.1. Procesos. 6.1.1. Principales actores que intervienen en los procesos del INCODER. 6.1.2. Marco de Procesos. 6.1.3. Procesos Estratégicos; 6.1.4. Procesos Misionales. 6.1.5. Procesos de Apoyo. 6.2. Estructura Organizacional: 6.2.1. Pilares frente a los diferentes roles. 6.2.2. Organigrama para el nivel central. 6.2.3. Funciones Propuestas para las dependencias del nivel central. 6.3. Categorización de las Oficinas Departamentales. 7. Planta de Personal. 7.1 Estrategia. 7.2 Tamaño estimado de la planta. 7.3. Perfil de talento humano. 7.4. Costos de la Planta. 8. Estatutos internos y proyectos de Decretos.

¹⁹ Fls. 6-107

Específicamente en lo que interesa a este estudio, en el folio 103 se trata lo pertinente a la planta de personal. Allí textualmente se expone *“La planta de personal del INCODER debe sufrir un profundo cambio, que se deba no sólo al marco normativo que rige la entidad, sino a las deficiencias identificadas en el diagnóstico. De esta manera, se debe construir una estrategia de talento humano que permita diseñar la planta de personal y acompañar la gestión general de la entidad”*. A continuación plantea la estrategia desde dos componentes: Procesos y Organización y capital humano. Luego establece que con el estudio de cargas de trabajo, se obtiene una planta de personal de 595 cargos, de los cuales 98 corresponden al nivel central y 497 a las 31 direcciones territoriales. En cuanto al perfil del talento humano manifiesta que se profesionaliza aún más comparada con la que existe en ese momento, fortaleciendo los perfiles de planeación y gestión de la información y se plantea la distribución de la planta por niveles y grados e informa que en el Manual de Funciones se detallan los requisitos en conocimientos, experiencia y competencias específicas para cada cargo.

De lo hasta aquí analizado no puede inferir la Sala los elementos comparativos usados por la entidad para incorporar a los provisionales que hicieron parte del acto demandado, dado que el estudio es abstracto y no subjetivo.

Ahora bien, el Manual de Funciones reglado en el Acuerdo No. 128 de 27 de diciembre de 2007 que se lee en el Cuaderno No. 3 de pruebas, no arroja para la Sala tampoco ninguna claridad, porque si bien prevé cargo por cargo, su identificación, propósito estratégico, descripción de funciones esenciales, conocimientos básicos o esenciales, requisitos de educación y experiencia, es general e impersonal y de él no puede concluirse porque cada una de las personas que ocupaban cargos con nombramiento provisional fueron incorporados por sobre aquellos que tenían un derecho preferencial.

En el marco de lo expuesto, la Sala echa de menos un análisis comparativo particular que clarifique los criterios objetivos que tuvo la entidad para elegir a unos funcionarios provisionales sobre el personal inscrito. No se allegó al proceso ningún estudio de las hojas de vida que valorara la conclusión plasmada en el acto demandado y que demostrara como lo anunció en la contestación de la demanda, que ninguno de los funcionarios de carrera cumplía con los perfiles de la nueva entidad como si lo hacían los provisionales incorporados, en conclusión, no se confrontaron las competencias laborales ni académicas, ni de experiencia, por

consiguiente, la defensa institucional se quedó en una mera afirmación sin respaldo probatorio, carga que indefectiblemente le correspondía, lo que sin duda conduce a la prosperidad de la causal de desviación o abuso de poder, toda vez que por razones contrarias a la ley, se inaplicó el artículo 44 de la Ley 909 de 2004 y el artículo 28 del Decreto 760 de 2005.

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

FALLA

DECLÁRASE la nulidad de la Resolución No. 3707 de 27 de diciembre de 2007, *“Por el cual se incorpora a la planta de personal servidores públicos provisionales”*, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

RECONÓCESE a los doctores HERNANDO GARZÓN POSADA identificado con cédula de ciudadanía número 79.383.137 y Tarjeta Profesional No. 111.746 del Consejo Superior de la Judicatura y/o DIEGO ARMANDO PARRA ANGEL, identificado con cédula de ciudadanía número 80.030.547 y Tarjeta Profesional No. 230.382 del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de principal y sustituto respectivamente como apoderados de la entidad demandada, en los términos y para los efectos del poder visible a folio 246.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN (E)

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ