

SUPRESION DE CARGOS – Causa legal de retiro del servicio. Justificación / SUPRESION DE CARGOS – Ocurre cuando la totalidad de empleos desaparece o en la nueva planta de personal no subsisten cargos con funciones iguales o equivalentes / DERECHOS DE CARRERA – Supresión de cargos / SUPRESION DE CARGOS – Derechos del empleado escalafonado en carrera / SUPRESION DE CARGOS – No se le pueden oponer los derechos de carrera / INCORPORACION EN LA NUEVA PLANTA DE PERSONAL – Indemnización a empleado de carrera cuando no es posible la incorporación dentro de los 6 meses siguientes a la supresión del empleo

La supresión de empleos debe entenderse como una causa legal de retiro del servicio de los empleados del sector público, que se encuentra justificada por la necesidad de adecuar las plantas de personal de las distintas entidades públicas a los requerimientos del servicio para hacer más ágil, eficaz y eficiente la función que deben cumplir. En este sentido la decisión de retirar a un empleado de la planta de cargos, como consecuencia de una supresión, ocurre porque el empleo específico fue suprimido por el acto general, lo que se debe entender cuando la totalidad de cargos desaparece o en la nueva planta de personal no subsisten cargos con funciones iguales o equivalentes a los cuales pueda incorporarse el funcionario. Las normas sobre carrera administrativa reconocen el derecho de los empleados escalafonados a ser incorporados en los cargos que se mantienen en la nueva planta, siempre que se demuestre un mejor derecho. En su defecto, podrán optar por una indemnización, en los términos y condiciones que establezca el Gobierno Nacional. La administración, por razones ligadas a la eficacia y eficiencia de la función pública, puede suprimir determinados cargos en la medida en que ello contribuya al cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho. Por consiguiente, cuando existan motivos que justifiquen la supresión de cargos en una entidad pública es legítimo que el Estado lo haga, sin que puedan oponérsele los derechos de carrera de los funcionarios ya que estos deberán ceder ante el interés general, tal como lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia T-374 de 2000. En los casos de supresión de empleos siempre hay un número de servidores que deben ser retirados por tal causa. Los empleados inscritos en carrera administrativa gozan de tratamiento preferencial pues su condición les da la opción de ser reincorporados en forma prioritaria a la entidad a la que prestan sus servicios pero ello no constituye un imperativo absoluto; es así como el artículo 39 de la Ley 443 de 1998, bajo cuyo régimen se efectuó la supresión, preveía que en caso de no ser posible la incorporación dentro de los 6 meses siguientes a la supresión del cargo el empleado tendría derecho a una indemnización.

INCORPORACION EN LA NUEVA PLANTA DE PERSONAL – Criterio del mejor derecho / DERECHOS DE CARRERA – No implica su pérdida el hecho de no actualizar la inscripción en el escalafón del último cargo desempeñado / PLANTA DE PERSONAL – Su elaboración no sólo debe ajustarse a criterios subjetivos de selección sino a los legales / INCORPORACION EN LA NUEVA PLANTA DE PERSONAL – Derecho preferencial de los empleados inscritos en carrera / REESTRUCTURACION – Respeto del mejor derecho de los empleados escalafonados en carrera

La Sala ha reconocido el mejor derecho como criterio para acceder a las pretensiones en casos similares al presente, el cual consiste en que la persona o personas incorporadas no se encuentran inscritas en carrera o no cumplen los requisitos para el empleo. En tales circunstancias le corresponde a la demandante probar el supuesto de hecho aludido, es decir, que la persona o personas

incorporadas en la nueva planta de personal ostentan un derecho inferior al suyo respecto del empleo del cual se reclama la incorporación y que no acreditan los requisitos para el ejercicio del mismo en tanto que aquella sí. Conviene señalar que la demandante al momento de su retiro ocupaba el cargo de Técnico, código 401, grado 15, pero que estaba inscrita en el escalafón de carrera administrativa en el cargo de Técnico Administrativo, código 345, grado 13, es decir, que no había actualizado su inscripción en el escalafón en este último cargo. La anterior circunstancia no implica la pérdida de los derechos de carrera pero, además, es un hecho notorio que durante ese lapso no existía la Comisión Nacional del Servicio Civil, ente encargado de llevar ese registro y que al momento de su desvinculación la demandante se encontraba inscrita en el mismo nivel administrativo (técnico) y estaba desempeñando las mismas funciones que asumieron los empleados que se incorporaron y que no estaban inscritos en la carrera administrativa, lo que acarrió la vulneración de su derecho preferencial a ser incorporada. La elaboración de plantas de personal no sólo debe ajustarse a criterios subjetivos de selección sino a los legales, que exigen el respeto de los derechos de los servidores que gozan de estabilidad, como los inscritos en carrera administrativa. Los empleados inscritos en carrera administrativa a quienes se les suprime el cargo tienen derecho preferencial a permanecer en la nueva planta de personal, derecho que se deriva de las siguientes normas constitucionales y legales: Artículo 125 de la Constitución Política, según el cual el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. Artículo 209 de la Constitución Política, según el cual la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Ley 443 de 1998, artículo 2, que consagra el Principio del mérito, conforme al cual el acceso a los cargos de carrera, la permanencia en los mismos y el ascenso estarán determinados por la demostración permanente de las calidades académicas y la experiencia, el buen desempeño laboral y la observancia de buena conducta de los empleados que pertenezcan a la carrera. Decreto 1572 de 1998, artículo 148, según el cual las modificaciones a las plantas de personal de las entidades pertenecientes a la rama ejecutiva de los órdenes nacional y territorial deberán fundarse en las necesidades del servicio o en razones que propendan por la modernización de la institución. Específicamente, en el caso concreto, el derecho de preferencia de los empleados de carrera respecto de los empleados en encargo o provisionales expresamente se consagró en el artículo 47 del Decreto reglamentario 1568 de 1998, que preceptúa que 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, deberá incorporarlo a cargo equivalente en la nueva planta de personal si hubiere vacante o provisto mediante encargo o nombramiento provisional. Es cierto que en el proceso de reestructuración administrativa la administración goza de cierta discrecionalidad para decidir, de acuerdo con las necesidades del servicio, el perfil del empleo de las personas que van a ocupar las vacantes a proveer, pero esta discrecionalidad debe respetar el mejor derecho de los empleados escalafonados en los términos del ordenamiento jurídico.

DESCUENTOS EN SENTENCIA DE CONDENA LABORAL – Aplicación de la tesis de la Sección Segunda pese a manifestación de desacuerdo del ponente y los demás componentes de la Sala

En aplicación de la sentencia de esta Sección Segunda del Consejo de Estado, de 16 de mayo de 2002, con Ponencia de la Dra. ANA MARGARITA OLAYA FORERO, radicación No. 19001-23-31-000-397-000-01(1659/01), actor: PARMÉNIDES MONDRAGÓN DELGADO, se adicionará el fallo recurrido en el sentido de ordenar los descuentos de todo lo percibido por la actora por concepto de salarios devengados en otras entidades públicas, siempre y cuando sean incompatibles con el servicio y no estén autorizados por la ley. Pese a que el suscrito ponente en la providencia transcrita salvó el voto y que los actuales componentes de la Sala no compartimos la tesis, como se trata de una decisión de la mayoría se adicionará el fallo recurrido, ordenado los descuentos en los términos indicados.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

CONSEJERO PONENTE: DR. JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE

Bogotá D.C., primero (1) de noviembre de dos mil siete (2007).-

REF: EXPEDIENTE No. 190012331000200101784 01.-
NÚMERO INTERNO 5112 - 2005.-
AUTORIDADES DEPARTAMENTALES.-
ACTORA: ONEIRA SILVA CHILITO.-

Decide la Sala la apelación interpuesta por la parte demandada contra la sentencia de 8 de febrero de 2005, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Cauca accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda formulada por la actora contra el Departamento del Cauca.

LA DEMANDA

ONEIRA SILVA CHILITO instauró ante el Tribunal Administrativo del Cauca, acción de nulidad y restablecimiento del derecho orientada a obtener la nulidad de los decretos Nos. 0370 de 28 de junio de 2001, 0372 y 0373 de 29 de junio de 2001, proferidos por el Gobernador del Departamento del Cauca, y de los oficios Nos. 066 de 28 de junio y 1558 de 13 de julio de 2001, por los cuales se suprimió el empleo de Técnico, código 401, grado 12, que desempeñaba en la administración central de la Gobernación del Cauca y fue retirada del mismo (Fls. 60 a 80).

Como consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, solicitó ordenar su reintegro al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría, funciones, remuneración y equivalencia; el pago de todos los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha de supresión del cargo hasta la fecha en que se dé cumplimiento al fallo que disponga su reintegro; el pago, a título de indemnización por despido sin justa causa, de los perjuicios morales y materiales causados en los términos del artículo 16 de la Ley 446 de 1998; actualizar la liquidación tomando como base el índice de precios al consumidor certificado por el DANE y el interés técnico del 6% anual; declarar para todos los efectos legales que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio; disponer el pago de perjuicios morales por la suma de cien salarios mínimos legales mensuales; ajustar el valor de las condenas como lo indica el artículo 178 del C.C.A.; ordenar el pago de los intereses comerciales, bancarios y moratorios aplicables a las sumas que resulten de la liquidación; y dar cumplimiento a la sentencia con arreglo al artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

Basó su petitum en los siguientes hechos:

Laboró en la administración del Departamento del Cauca por 16 años y 11 meses, en calidad de empleada de carrera, en el cargo de Técnico, Código 401, Grado 15.

Fue inscrita en carrera administrativa mediante Resolución No.008 de 23 de septiembre de 1993.

Mediante Oficio 066, recibido el 3 de julio de 2001, se le comunicó la supresión de su empleo, en virtud de lo dispuesto por el Gobernador en el Decreto 0370 de 28 de junio de 2001.

El Gobernador del Departamento del Cauca suprimió, mediante Decreto 0370 de 2001, algunas plazas de empleo entre las cuales se encontraban cargos de igual denominación al que ella desempeñaba, en él no se incluyó la disponibilidad presupuestal.

El Gobernador del Departamento del Cauca adoptó, mediante Decreto 0372 del 29 de junio de 2001, la estructura administrativa y la planta global de cargos de la administración central de la gobernación, entre los cuales se creó el empleo de Técnico, Código 401, Grado 15.

El Gobernador del Departamento del Cauca incorporó, mediante Decreto 0373 de 29 de junio de 2001, a la planta global de cargos de la administración central en provisionalidad en el cargo que desempeñaba la actora a JOSÉ TOMAS VALENCIA VALENCIA y a GERARDO ANDRÉS PEÑA, vulnerando con ello sus derechos de carrera porque su retiro no obedeció al mejoramiento del servicio ni a las razones expresadas en los decretos acusados.

Su desvinculación vulneró el debido proceso y las normas constitucionales y legales que consagran derechos laborales dado que no obedeció a factores de buen servicio y desconoció su calidad de empleada escalafonada.

Prestó su servicio con honestidad, rectitud y estricto cumplimiento del deber, como se observa en su hoja de vida.

Mediante Oficio 0666 de 28 de junio de 2001 se le comunicó la supresión del empleo que ocupaba y se le informó que podía optar por la reincorporación; la demandante respondió en escrito del 5 de julio de 2001 que optaba por la incorporación.

El Gobernador del Cauca, mediante Oficio 1558 de 13 de julio de 2001, le negó la posibilidad de ser incorporada pese a que en la nueva planta de personal fueron incorporadas personas que no pertenecen a la carrera administrativa.

Si bien la ley dispone que debe permitírsele el acceso a la readaptación laboral, hasta la fecha no la ha recibido porque la Gobernación del Cauca la ha remitido al SENA, institución que le manifestó que no existe convenio para tal efecto.

NORMAS VIOLADAS

Artículos 2, 13, 25, 29, 53 y 125 de la Constitución Política y 1,2, 39, 40 y 41 de la Ley 443 de 1998.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Administrativo del Cauca, en sentencia de 8 de febrero de 2005, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, con los siguientes argumentos (Fls. 124 a 136):

De conformidad con el decreto de incorporación, en la nueva planta global de personal existen ocho cargos de Técnico, Código 401, Grado 15, a los cuales, entre otros, fueron incorporados JOSÉ TOMÁS VALENCIA y GERARDO ANDRÉS PEÑA, quienes no se encuentran inscritos en el escalafón de carrera administrativa, según Oficio CP-597 de 16 de octubre de 2001.

Por estar inscrita en carrera administrativa gozaba del derecho preferencial para ser incorporada en la nueva planta de personal en relación con los dos funcionarios que fueron incorporados pese a no estar escalafonados.

La actora fue inscrita en el escalafón en el cargo de Mecnógrafa, Cat.17 y como su inscripción fue actualizada el 31 de diciembre de 1998 ostentaba derechos de carrera respecto del cargo de Técnico, Código 401, Grado 15.

Al cotejar los decretos 1363 de 18 de diciembre de 1998 y 0372 de 29 de junio de 2001 se evidencia que no hubo variación en las funciones del empleo de Técnico, Código 401, Grado 15, y que en los términos de estos decretos la actora cumple los requisitos para continuar desempeñando el cargo como lo venía haciendo desde 1998.

Dado que la actora optó por ser incorporada en la nueva planta de personal dentro del término legal, goza de mejor derecho que los dos

funcionarios que fueron incluidos y que no se encuentran inscritos en carrera administrativa.

En consecuencia ordenó el reintegro, sin solución de continuidad, el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir debidamente actualizados y negó las demás pretensiones de la demanda.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La demandada al apelar la decisión del a quo expresó (Fls. 149 a 156):

El juzgador de instancia sólo abordó el estudio de legalidad del Decreto 0373 de 2001, que constituye el sustento de la demanda de acuerdo con el principio de justicia rogada, por lo cual los restantes actos demandados se encuentran incólumes.

El que la actora fuera empleada de carrera no le otorga derecho a ser incorporada en la nueva planta de personal de forma automática porque ello vulneraría la unidad de materia del proceso de reestructuración administrativa, la reorganización y la necesidad real del servicio, en cuanto al perfil del cargo, las funciones específicas requeridas y la situación del ente departamental.

El ejercicio de la jurisdicción implica un análisis integral de los elementos probatorios que le permita al juez tener certeza sobre lo que decide. Desde esta perspectiva el fallo impugnado resulta disconforme con la realidad pues contraviene el fundamento y razón

de ser de la reestructuración que se efectuó con ocasión de las necesidades fiscales y en desarrollo de las políticas de modernización del Estado.

Al Tribunal le faltó analizar la reestructuración a la luz de la Ley 617 de 2000, en la que se fundamenta, y de las funciones específicas de GERARDO ANDRÉS PEÑA y JOSÉ TOMÁS VALENCIA, a efectos de que su decisión resultara acorde con la realidad.

El Decreto 0373 de 29 de junio de 2001 consulta las necesidades del servicio por lo cual tuvo en cuenta a funcionarios que, si bien no se encontraban inscritos en carrera, son necesarios para la optimización y la prestación del servicio. Éstos fueron asignados teniendo en cuenta no sólo el perfil del empleo sino la dependencia ya que por su experiencia y conocimiento contribuyen al desarrollo de las funciones específicas del cargo.

El Decreto 0372 de 2001, artículo 10, estableció que la distribución de los empleos en la nueva planta de personal debía hacerse de acuerdo con las necesidades del servicio, la estructura administrativa y los procesos y productos que generan las diferentes dependencias que conforman la administración central.

La incorporación debía hacerse de manera individual en consideración a las necesidades de cada cargo por lo que resulta inaceptable que el a quo haya manifestado que se trababa de las mismas funciones.

Si bien la actora ostentaba derechos de carrera en relación con el cargo en el cual fueron nombrados los funcionarios relacionados por el juzgador, las funciones, el perfil, el conocimiento y la experiencia de éstos no son iguales como tampoco las calidades que corresponden a estos cargos en las dependencias donde fueron distribuidos no guardan correspondencia alguna con las que desarrollaba la actora.

El fallador desconoce que los dos funcionarios referidos fueron asignados a la planta de personal de acuerdo con las funciones específicas de las dependencias, bajo el supuesto de que no se encontraban inscritos en el escalafón, situación que no comporta el núcleo axiológico del Estado Social de Derecho sino un simbólico desarrollo del culto a la norma por la norma misma.

Los actos acusados fueron expedidos atendiendo a la necesidad de reestructurar la planta de personal y al perfil de los sujetos incorporados de acuerdo con las dependencias.

JOSÉ TOMÁS VALENCIA VALENCIA desarrolla funciones específicas que resultan del proceso de fiscalización y seguimiento al impuesto al consumo en la Unidad de Rentas del Departamento, las cuales no guardan relación con las desarrolladas por la actora cuando se suprimió su empleo.

GERARDO ANDRÉS PEÑA es coordinador de Bienestar y Seguridad Social.

Las funciones que desarrollan estos dos funcionarios no pueden equipararse a las que desempeñaba la actora porque ello implicaría desconocer la situación real de la entidad, además el impedirle retirar a los funcionarios cuyo perfil resulta innecesario alteraría el normal funcionamiento de la administración departamental y aumentaría su crisis fiscal pues de nada serviría un proceso de reestructuración en el que la administración no pueda escoger a los empleados con el perfil, funciones y necesidades de cada dependencia.

CONSIDERACIONES

EL PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en decidir si procede el reintegro de la demandante, ONEIRA SILVA CHILITO, al empleo de Técnico, Código 401, Grado 15, en la administración central de la Gobernación del Departamento del Cauca.

Para ello deberá decidir la Sala sobre la legalidad de los decretos Nos. 0370 de 28 de junio de 2001, 0372 y 0373 de 29 de junio de 2001, proferidos por el Gobernador del Departamento del Cauca, y de los oficios Nos. 066 de 28 de junio de 2001 y 1558 de 13 de julio de 2001, por los cuales el Gobernador del Departamento del Cauca retiró del servicio a la actora por supresión del cargo.

LO PROBADO EN EL PROCESO

El 23 de septiembre de 1993, mediante Resolución No.0085, la actora fue inscrita en el escalafón de carrera en el cargo de Secretaria Auxiliar, Grado IV, Código 24, de la Secretaría Administrativa del Departamento del Cauca (Fl. 50 C. Ppal.).

Por medio de la Resolución 218 del 30 de mayo de 1996, proferida por la Comisión Seccional del Servicio Civil, mediante concurso de ascenso, a la demandante se le actualizó la inscripción en el escalafón de carrera administrativa en el cargo de Técnico Administrativo, Código 345, grado 13, en el que se posesionó el 28 de noviembre de 1995 (folios 83 a 86, cuaderno 2).

El 30 de diciembre de 1998, mediante Decreto No.1408, fue incorporada a la planta global de cargos del nivel central de la Gobernación del Departamento del Cauca en el empleo de Técnico, Código 401, Grado 15, del cual tomo posesión el 31 de diciembre de 1998, según consta en el acta No.421 (Fls. 48 a 55, Cuaderno 2).

El 28 de junio de 2001 el Gobernador del Cauca expidió el Decreto 370, *“POR EL CUAL SE SUPRIMEN UNOS CARGOS DE LA PLANTA DE PERSONAL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA”* (Fls. 2 a 4 C.Ppal.).

El 29 de junio de 2001 el Gobernador del Cauca expidió los Decretos 372, *“Por el cual se adopta la Estructura Administrativa, la Planta Global de Cargos de la Administración Central, se fija la escala de remuneración para la vigencia del año 2001 y se dictan otras disposiciones de conformidad con las normas reglamentarias de la ley 443 de 1998”*, y 373 *“POR EL CUAL SE HACEN UNAS INCORPORACIONES A LA PLANTA GLOBAL DE CARGOS DE LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA.”* (Fls. 5 a 45 C. Ppal.).

El 16 de julio de 2001 se le informó a la actora que mediante el Decreto No. 370 de 28 de junio de 2001 se suprimió su cargo y se le dio a conocer la opción que tenía como empleada de carrera de ser

incorporada en un empleo equivalente o recibir una indemnización (Fl. 46 C.Ppal.).

El 5 de julio de 2001 solicitó ser incorporada en la nueva planta de personal (Fl. 48 C. Ppal.)

El 13 de julio de 2001 el Gobernador del Cauca, mediante Oficio 1558, le indicó a la actora que era imposible acceder a su petición (Fl. 49).

ANÁLISIS DE LA SALA

1. La supresión de empleos debe entenderse como una causa legal de retiro del servicio de los empleados del sector público, que se encuentra justificada por la necesidad de adecuar las plantas de personal de las distintas entidades públicas a los requerimientos del servicio para hacer más ágil, eficaz y eficiente la función que deben cumplir.

En este sentido la decisión de retirar a un empleado de la planta de cargos, como consecuencia de una supresión, ocurre porque el empleo específico fue suprimido por el acto general, lo que se debe entender cuando la totalidad de cargos desaparece o en la nueva planta de personal no subsisten cargos con funciones iguales o equivalentes a los cuales pueda incorporarse el funcionario. Al respecto la Sección Segunda de esta Corporación ha señalado¹:

“Por ello la planta de personal de una entidad puede estipular cargos de igual denominación que no obstante serán diferentes empleos cuando el manual específico les asigne funciones, requisitos y/o responsabilidades distintas; y la supresión del empleo no ocurrirá cuando subsistan en la planta de la entidad igual o superior número de cargos de la misma o

¹ Sentencia de 6 de julio de 2006, Actor Omar Benito Páez Jaimez, Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero.

distinta denominación, cuando las funciones asignadas, los requisitos y la responsabilidad inherente a dichas funciones sea idéntica. Por el contrario, si el número de cargos se reduce en las mismas condiciones, habrá ocurrido una real supresión de empleos.”.

Estima la actora que con la supresión del cargo que venía desempeñando en la entidad demandada se le desconocieron sus derechos de carrera. Las normas sobre carrera administrativa reconocen el derecho de los empleados escalafonados a ser incorporados en los cargos que se mantienen en la nueva planta, siempre que se demuestre un mejor derecho. En su defecto, podrán optar por una indemnización, en los términos y condiciones que establezca el Gobierno Nacional.

En el presente caso a la actora, mediante oficio No. 066, del 28 de junio de 2001, visible a folios 46 y 47, se le informó sobre su derecho a optar entre la incorporación a un empleo equivalente al que venía desempeñando o recibir indemnización, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 39 de la Ley 443 de 1998 y 137 a 142 del Decreto 1572¹ del mismo año. La demandante, por su parte, mediante oficio sin número, radicado el 5 de julio de 2001, visible a folio 48, optó por la reincorporación.

La administración, por razones ligadas a la eficacia y eficiencia de la función pública, puede suprimir determinados cargos en la medida en que ello contribuya al cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho. Por consiguiente, cuando existan motivos que justifiquen la

¹ En el oficio mencionado se indicó, por error mecanográfico, que era el Decreto 1527 de 1998.

supresión de cargos en una entidad pública es legítimo que el Estado lo haga, sin que puedan oponérsele los derechos de carrera de los funcionarios ya que estos deberán ceder ante el interés general, tal como lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia T-374 de 2000, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis:

“Igualmente, no hay duda de que la pertenencia a la carrera administrativa implica para los empleados escalafonados en ella la estabilidad en el empleo, sin embargo, esa sola circunstancia no obliga al Estado a mantener los cargos que éstos ocupan, por siempre y para siempre, pues pueden existir razones y situaciones que justifiquen la supresión de los mismos. La estabilidad, como tantas veces se ha dicho, "no significa que el empleado sea inamovible.”.

En el presente asunto, la actora consideró que dentro de la nueva planta de personal se le vulneró su derecho preferencial a ser incorporada porque en su lugar se incorporó a los señores JOSÉ TOMÁS VALENCIA VALENCIA y GERARDO ANDRÉS PEÑA en los cargos de Técnico, código 401, grado 15, (folio 31) que tenían un nombramiento provisional.

En los casos de supresión de empleos siempre hay un número de servidores que deben ser retirados por tal causa. Los empleados inscritos en carrera administrativa gozan de tratamiento preferencial pues su condición les da la opción de ser reincorporados en forma prioritaria a la entidad a la que prestan sus servicios pero ello no constituye un imperativo absoluto; es así como el artículo 39 de la Ley 443 de 1998, bajo cuyo régimen se efectuó la supresión, preveía que en caso de no ser posible la incorporación dentro de los 6 meses siguientes a la supresión del cargo el empleado tendría derecho a una indemnización.

En el presente asunto la actora demostró que tenía mejor derecho del que amparó a aquellos servidores incorporados en los cargos de la nueva planta.

La Sala ha reconocido el mejor derecho como criterio para acceder a las pretensiones en casos similares al presente, el cual consiste en que la persona o personas incorporadas no se encuentran inscritas en carrera o no cumplen los requisitos para el empleo. En tales circunstancias le corresponde a la demandante probar el supuesto de hecho aludido, es decir, que la persona o personas incorporadas en la nueva planta de personal ostentan un derecho inferior al suyo respecto del empleo del cual se reclama la incorporación y que no acreditan los requisitos para el ejercicio del mismo en tanto que aquella sí.

Para el empleo de Técnico, Código 401, Grado 15, según el Manual Específico de Funciones y Requisitos, Decreto No.372 de 29 de junio de 2001, se exigen los siguientes requisitos (Fl. 22 C.Ppal.):

“a) Aplicar y adoptar tecnologías de acuerdo con su formación tecnológica o técnica que sirvan de apoyo al desarrollo de los planes, programas y proyectos que adelante la Gobernación del Departamento del Cauca.

b) Revisar y analizar asuntos que le sean encomendados y absolver las consultas relacionadas con los casos específicos que le competan.

c) Recopilar, organizar y tabular información sobre asuntos pertinentes a la dependencia donde esté asignado con el fin de llevar controles y servir de guía en la toma de decisiones.

d) Colaborar en el diseño, análisis, revisión y actualización de sistemas y métodos de trabajo para optimizar y agilizar los procedimientos.

e) Colaborar en la planeación, programación, organización, ejecución y control de los planes, programas y proyectos.

f) Ejecutar labores de operación y manejo de cómputo de acuerdo con las normas correspondientes.

- g) *Guardar, con la debida discreción y reserva, el contenido de la correspondencia y demás documentos que le sean asignados.*
- h) *Las demás que le asigne el superior inmediato de acuerdo con la naturaleza del cargo.”.*

La Sala observa que estas funciones son las mismas contempladas en el Decreto 1363 de 18 de diciembre de 1998 (Fls. 21 a 46 C2), proferido por el Gobernador del Cauca dentro del proceso de reestructuración en el cual la actora fue incorporada al cargo de Técnico, código 401, grado 15, mediante Decreto 1408 de 30 de diciembre de 1998, que venía desempeñando al momento de su desvinculación.

De otro lado, conviene señalar, como se indicó en el acápite de hechos probados, que la demandante al momento de su retiro ocupaba el cargo de Técnico, código 401, grado 15, por decisión de la administración de incorporarla según el decreto territorial ya indicado, pero que estaba inscrita en el escalafón de carrera administrativa en el cargo de Técnico Administrativo, código 345, grado 13 (folios 84 y 85, cuaderno 2), es decir, que no había actualizado su inscripción en el escalafón en este último cargo.

La anterior circunstancia no implica la pérdida de los derechos de carrera pero, además, es un hecho notorio que durante ese lapso no existía la Comisión Nacional del Servicio Civil, ente encargado de llevar ese registro y que al momento de su desvinculación la demandante se encontraba inscrita en el mismo nivel administrativo (técnico) y estaba desempeñando las mismas funciones que asumieron los empleados que se incorporaron y que no estaban inscritos en la carrera administrativa, lo que acarreó la vulneración de su derecho preferencial a ser incorporada.

La Sala no advierte la necesidad excluyente de vincular a los empleados provisionales incorporados en lugar de la demandante, porque el perfil del empleo es idéntico, como ya se indicó, es decir que no se requiere capacitación especial para el desempeño de tales funciones ni se ve por qué para ellas no sirva la demandante.

En efecto, la demandante, de acuerdo con las funciones generales que venía desempeñando, con una capacitación en el cargo, podía ejercer las funciones de Coordinador de Bienestar Social o desempeñarse en la unidad de fiscalización y seguimiento al impuesto al consumo en la Unidad de Rentas del Departamento pues, se repite, el perfil, los requisitos y las funciones son similares.

La elaboración de plantas de personal no sólo debe ajustarse a criterios subjetivos de selección sino a los legales, que exigen el respeto de los derechos de los servidores que gozan de estabilidad, como los inscritos en carrera administrativa.

2. Expresa la parte recurrente que el juzgador de instancia sólo abordó el estudio de legalidad del Decreto 0373 de 2001, cuando debió, en aplicación del principio de jurisdicción rogada, revisar todo el proceso de reestructuración, los fundamentos y los lineamientos normativos en que se sustenta.

Por razones de técnica jurídica, para la Sala resulta razonable la posición asumida por el *a quo* que sólo estudio la legalidad del acto

administrativo que retiró definitivamente del servicio a la demandante, en la medida en que como el acto de incorporación no la incluyó en la nueva planta de personal terminó su relación jurídica laboral con la administración.

Si bien la actora demandó todos los actos que se produjeron con ocasión de la reestructuración administrativa era suficiente la revisión del acto por el cual se la desvinculó definitivamente del servicio y como prosperó el cargo de anulación formulado y la demandante logró el restablecimiento del derecho pretendido resultaba innecesario revisar la anulabilidad de las otras decisiones acusadas, máxime cuando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 85 del C.C.A., es eminentemente subjetiva.

En consecuencia el recurso de apelación, por este aspecto, debe desestimarse.

3. De otro lado, la entidad recurrente alega que si bien la actora se encontraba inscrita en carrera ello no le otorgaba, *per se*, el derecho a ser incorporada en la nueva planta de personal de forma automática pues se vulneraría la unidad de materia del proceso de reestructuración administrativa, se impediría la reorganización de la administración y que se suplieran los cargos de acuerdo con las necesidades reales del servicio, además de que en estos casos debe revisarse el perfil, las funciones específicas del cargo y la situación del ente departamental, porque la incorporación debe hacerse de manera individual en consideración a las necesidades de cada cargo.

La decisión del *a quo*, agrega, se apartó de la realidad porque los dos funcionarios respecto de los cuales la demandante alega un mejor

derecho tienen un perfil distinto y se requerían para realizar funciones diferentes a las desarrolladas por la actora cuando se le suprimió el empleo, el señor JOSÉ TOMÁS VALENCIA VALENCIA desarrolla funciones específicas que resultan del proceso de fiscalización y seguimiento al impuesto al consumo en la Unidad de Rentas del Departamento y GERARDO ANDRÉS PEÑA es coordinador de Bienestar y Seguridad Social.

Las funciones que ejercen estos dos funcionarios no pueden equipararse a las que desempeñaba la actora porque ello implicaría desconocer la situación real de la entidad, impidiéndole retirar a los funcionarios cuyo perfil resulta innecesario, lo que alteraría su normal funcionamiento.

Los referidos funcionarios, añade, fueron asignados a la planta de personal de acuerdo con las funciones específicas de las dependencias, a sabiendas de que no se encontraban inscritos en el escalafón, pues con ello no se afectaba el núcleo axiológico del Estado Social de Derecho, aceptar lo contrario es rendir culto a la norma por la norma misma pues los actos acusados fueron expedidos atendiendo a la necesidad de reestructurar la planta de personal y al perfil de los sujetos incorporados de acuerdo con las dependencias.

De acuerdo con las pruebas arrojadas al proceso y como lo reconoce la administración, los señores JOSÉ TOMÁS VALENCIA VALENCIA y GERARDO ANDRÉS PEÑA, incorporados en la planta de personal en el cargo de Técnico, código 340, grado 15, no están inscritos en el escalafón de carrera administrativa, mientras que la demandante al

momento de su retiro sí estaba inscrita en carrera administrativa en el cargo de Técnico Administrativo, código 345, grado 13.

Como lo ha reiterado la Sala, los empleados inscritos en carrera administrativa a quienes se les suprima el cargo tienen derecho preferencial a permanecer en la nueva planta de personal, derecho que se deriva de las siguientes normas constitucionales y legales:

Artículo 125 de la Constitución Política, según el cual el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

Artículo 209 de la Constitución Política, según el cual la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Ley 443 de 1998, artículo 2, que consagra el Principio del mérito, conforme al cual el acceso a los cargos de carrera, la permanencia en los mismos y el ascenso estarán determinados por la demostración permanente de las calidades académicas y la experiencia, el buen desempeño laboral y la observancia de buena conducta de los empleados que pertenezcan a la carrera.

Decreto 1572 de 1998, artículo 148, según el cual las modificaciones a las plantas de personal de las entidades pertenecientes a la rama ejecutiva de los órdenes nacional y territorial deberán fundarse en las

necesidades del servicio o en razones que propendan por la modernización de la institución.

Específicamente, en el caso concreto, el derecho de preferencia de los empleados de carrera respecto de los empleados en encargo o provisionales expresamente se consagró en el artículo 47 del Decreto reglamentario 1568 de 1998, que preceptúa *“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, deberá incorporarlo a cargo equivalente en la nueva planta de personal si hubiere vacante o provisto mediante encargo o nombramiento provisional.”*

En consecuencia, dada la existencia de mandatos claros y expresos que indican que debe incorporarse al empleado de carrera con preferencia al provisional, resulta inconducente la aplicación de los principios aludidos por la entidad recurrente, que sustentan una discrecionalidad inexistente para preferir el perfil de un empleado frente a la situación administrativa de los empleados frente al escalafonamiento en la carrera administrativa, tanto más que, como ya se dijo, no advierte la Sala las condiciones especiales del empleo que obligaran a desechar a la actora para nombrar a los empleados provisionales que obtuvieron el beneplácito de la administración.

El derecho de preferencia de que goza un empleado de carrera comporta un elemento objetivo dentro de las reformas de planta de personal porque las personas que están en carrera administrativa normalmente ingresaron como producto de haber superado un concurso u oposición de méritos y haber superado el período de prueba, además de que su permanencia ha sido objeto de valoración y calificación permanente por la administración, de manera que su

idoneidad objetivamente se presume y por ello gozan de ese derecho preferencial a ser incorporados.

Es cierto que en el proceso de reestructuración administrativa la administración goza de cierta discrecionalidad para decidir, de acuerdo con las necesidades del servicio, el perfil del empleo de las personas que van a ocupar las vacantes a proveer, pero esta discrecionalidad debe respetar el mejor derecho de los empleados escalafonados en los términos del ordenamiento jurídico.

La apelación deprecada por este aspecto no prospera.

4. Indicó también la accionada que al Tribunal le faltó analizar la reestructuración a la luz de la Ley 617 de 2000 para que su decisión resultara acorde con la realidad y que el ejercicio de la jurisdicción implica un análisis integral de los elementos probatorios que le permita al juez tener certeza sobre lo que decide. El fallo impugnado resulta disconforme con la realidad pues contraviene el fundamento y razón de ser de la reestructuración, que se efectuó con ocasión de las necesidades fiscales y en desarrollo de las políticas de modernización del Estado.

En criterio de la Sala, la expedición de los actos acusados en aplicación de los disposiciones de la Ley 617 de 2000, *“Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional”*, publicada en el Diario Oficial 44.188 de 9 de octubre de 2000, no justifica el desconocimiento de los derechos de carrera de la actora, que implican estabilidad del empleado que

accedió al cargo mediante concurso, y fue inscrito en carrera y calificado satisfactoriamente durante su desempeño laboral.

La actora por ostentar derechos de carrera respecto del cargo de Técnico, código 340, grado 13, gozaba de mejor derecho para permanecer en su empleo que los funcionarios incorporados, quienes no se encontraban escalafonados, pues no hay motivo válido para que la Administración incorpore en un empleo a quienes tienen inferior derecho. Los actos impugnados se encuentran, por ende, viciados de ilegalidad.

Así las cosas, la sentencia de primer grado, que accedió a las pretensiones de la demanda, amerita ser confirmada.

Finalmente, en aplicación de la sentencia de esta Sección Segunda del Consejo de Estado, de 16 de mayo de 2002, con Ponencia de la Dra. ANA MARGARITA OLAYA FORERO, radicación No. 19001-23-31-000-397-000-01(1659/01), actor: PARMÉNIDES MONDRAGÓN DELGADO, se adicionará el fallo recurrido en el sentido de ordenar los descuentos de todo lo percibido por la actora por concepto de salarios devengados en otras entidades públicas, siempre y cuando sean incompatibles con el servicio y no estén autorizados por la ley.

En efecto, en dicha sentencia se consideró:

“De manera que, cuando la sentencia de primera instancia ordenó en el numeral 5º de la parte resolutive el descuento de lo percibido por el actor, por concepto del desempeño de otros cargos oficiales durante el interregno, estuvo ajustada a derecho, pues las sumas así generadas no podrían quedar repetidas en las que dispuso cancelar a título de restablecimiento del derecho, porque constituirían no sólo enriquecimiento sin causa, sino que estarían inmersas en la prohibición constitucional de percibir doble asignación del tesoro público. Reza así el artículo 128 de la Carta Política:

“Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.”

Así mismo el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992 prescribe:

“Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado...”

Ahora bien, el hecho de que no exista disposición legal alguna que ordene a la jurisdicción contenciosa disponer que se efectúen los descuentos, en el evento de que se incurra en la situación atrás descrita, resulta irrelevante porque el cumplimiento de la Norma Superior y de la ley que prohíben la doble percepción impone per sé la aplicación de la medida con todo el rigor.

En este orden, para la Sala no hay duda que cuando el juez ordena que como consecuencia de la nulidad de un acto de retiro, el demandante sea reintegrado al cargo, que se le paguen los salarios y prestaciones dejados de devengar, se tenga para todos los efectos legales como de servicio el tiempo que permaneció desvinculado de la administración y adicionalmente sean indexadas las sumas que se le deben por ese lapso, no está disponiendo nada distinto que hacer efectiva la consecuencia de volver las cosas a su estado anterior, como si el empleado nunca hubiere sido retirado del servicio, es decir, que restablece el derecho. Por ello la percepción de los pagos ordenados conjuntamente con otros que tienen origen en el desempeño de un empleo público, dentro del mismo lapso, es claramente contraria a la Constitución y la ley.”

Pese a que el suscrito ponente en la providencia transcrita salvó el voto y que los actuales componentes de la Sala no compartimos la tesis, como se trata de una decisión de la mayoría se adicionará el fallo recurrido, ordenado los descuentos en los términos indicados.

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

CONFÍRMASE la sentencia de 8 de febrero de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda incoada por ONEIRA SILVA CHILITO.

ADICIÓNASE la sentencia en el sentido de ordenar el descuento de los salarios percibidos por la actora en otras entidades públicas, siempre y cuando sean incompatibles con el servicio y no estén autorizados por la ley.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO

JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE