

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A”

Consejero Ponente: Dr .GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil siete (2007).

Radicación N°: 25000-23-25-000-2002-10626-01(2228-04)

AUTORIDADES NACIONALES

APELACIÓN SENTENCIA

ACTOR: MARIO ALBERTO PRADA CORREDOR

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “C”, el ocho (8) de marzo de dos mil cuatro (2004) en el proceso instaurado por MARIO ALBERTO PRADA CORREDOR contra el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE PLANEACION Y SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS.

ANTECEDENTES

El actor, por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., instauró demanda contra el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE PLANEACION y la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS para que se declarara la nulidad de los siguientes actos administrativos: Decreto 991 del 21

de mayo de 2002, expedido por el Gobierno Nacional suscrito por el Presidente de la República, el Viceministro de Hacienda y Crédito Público, el Director del Departamento Administrativo Nacional de Planeación y el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, por medio del cual se modificó la planta de personal de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios; Oficio sin número del 23 de mayo de 2002, suscrito por la Coordinadora de Talento Humano de la misma entidad, por medio del cual le comunicó al actor la supresión del cargo que desempeñaba en la misma entidad; Oficio sin número del 31 de mayo de 2002, suscrito por la misma funcionaria, mediante el cual le comunicó la inexistencia de una vacante disponible; Resolución 008420 de 6 de junio de 2002, suscrita por el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, por medio de la cual se hacen incorporaciones de personal a la planta de personal; y los demás actos administrativos derivados de los anteriores.

A título de restablecimiento del derecho solicitó el reintegro sin solución de continuidad a la planta de personal de la entidad demandada, y el pago indexado de todos los salarios, prestaciones y demás derechos laborales desde su desvinculación hasta cuando se produzca su reintegro.

Informó que al momento de la reestructuración de la entidad se desempeñaba en el cargo de Profesional Especializado, Código 3010, Grado 17, como empleado de carrera administrativa.

Citó como normas violadas los artículos 2, 4, 6, 13, 15, 25, 29, 43, 46, 47, 53, 54, 83, 90, 122, 209, 365 y 370 de la Constitución política; 28, del Decreto 2400 de 1968; 1, 2, 6, 8, 12, 39, 40, 41, 63 y 67 de la Ley 443 de 1998; 3, 4, 5, 32, y 54 de la Ley 489 del mismo año; 14, 15, 44, 48, 59 y 71 del Decreto 1568 del mismo año; 33 del Decreto 1570; y el decreto 1572 de 1998, incluidas las modificaciones introducidas por los artículos 1, 3, 78, 79, 81, 133, 136, 148, 149, 151, 152, 153, 154, y 157 del Decreto 2504 del mismo año. Desde el folio 67 al 72 del expediente se

observa el concepto de su violación.

Alegó violación de la Carta Política y de la ley por interpretación errónea, falta de competencia, falsa motivación y desviación de poder.

Dijo que se suprimieron empleos que eran necesarios y se “*desconoció la potestad de la ley para atender funciones nacionales en el ámbito territorial*” . Sostuvo que no hubo supresión efectiva del cargo que desempeñaba si se atiende a lo previsto en el párrafo 1º del artículo 39 de la Ley 443 de 1998.

Que el manual específico de funciones, aprobado por la Resolución 007596 del 22 de mayo de 2002, no reunió las condiciones establecidas en el artículo 24 y 30 del Decreto 861 de 2000. Afirmó que quien suscribió los actos administrativos que comunicaron la desvinculación del actor de la planta de personal no tenía competencia para expedirlos.

Aseguró que la modificación y reestructuración de la planta de personal no contó con los estudios técnicos exigidos. Finalmente adujo que la administración celebró un alto número de contratos de prestación de servicios con varios ex funcionarios para que realizaran las funciones permanentes y similares a las que venía desarrollando el personal de planta, desconociendo lo dicho por la Corte Constitucional en relación con los alcances del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

El apoderado judicial de la entidad demandada al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones de la demanda y manifestó frente a los hechos que el 1, 2, 5, 7 y 10 eran ciertos; el 4, 6, 8, parcialmente ciertos; el 9 debía probarse; y los enlistados desde el 11 al 27 no eran ciertos.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda. (fls. 204 a 217)

Dijo que el Decreto 991 del 21 de mayo de 2002, por medio del cual se modificó la planta de personal de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios era de carácter general, abstracto e impersonal que no creó directamente al actor ninguna situación de carácter particular y concreto, por lo que se declaró inhibido para estudiar la legalidad de dicho acto.

Adujo que la funcionaria que le comunicó al actor la supresión del cargo y el retiro del servicio sí tenía competencia para expedir el respectivo acto conforme a las pruebas documentales allegadas al proceso.

Sostuvo que tal y como lo afirmó la entidad hubo una reducción del número de empleos de Profesional Especializado 3010-17; y que la vinculación de personal en provisionalidad no se probó. Por último, recalcó que la reestructuración se dio con respaldo de un estudio técnico serio, donde se muestra que la reducción de cargos produjo una racionalización del gasto, razón por la cual tampoco se demostró la falsa motivación.

LA APELACION

El apoderado de la parte actora solicita que se revoque la sentencia. Del extenso escrito de apelación se puede agrupar las inconformidades de la siguiente manera:

En primer lugar, manifiesta que el Tribunal incurrió en denegación de justicia al declararse inhibido para conocer sobre el Decreto 991 del 2002.

Insiste en que no hubo una reducción de la planta de personal, y que el Tribunal no estudió ni analizó completamente todas las pruebas documentales; como ejemplo pone de presente los documentos que obran a folios 157 y siguientes del expediente que corresponden a unos contratos de prestación de servicios. Sostiene que se encuentra demostrado que los cargos equivalentes al suprimido fueron provistos en provisionalidad.

Agrega que el actor tuvo resultados favorables en las evaluaciones de desempeño por su capacidad, profesionalidad y por una conducta laboral intachable.

TRAMITE PROCESAL

El recurso de apelación fue admitido mediante providencia del 30 de septiembre de 2004 (fl. 257). Posteriormente, mediante auto del 31 de enero de 2005, se negó la solicitud elevada por la parte demandante para decretar unas pruebas. Después se le corrió traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión, oportunidad que solo fue aprovechada por la parte actora.

Por último, se dictó un auto para mejor proveer, de conformidad con el artículo 169 del C.C.A. No observando causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Como ya se expuso en los antecedentes de este proveído, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no encontró probado los cargos de falta de competencia, falsa motivación ni desviación de poder imputados contra los actos acusados.

Una vez leído el escrito de apelación, concluye la Sala que el recurrente

reafirma los cargos de falsa motivación y desviación de poder expuestos en el escrito introductorio del proceso aduciendo que el Tribunal no valoró completamente todo el acervo probatorio allegado al proceso que demostraba, según él, la existencia de esos vicios.

Por ello, a la Sala le corresponderá en esta instancia realizar el análisis del material probatorio, teniendo en cuenta la carga de la prueba asignada a cada una de las partes, de conformidad con el artículo 177 del C.P.C., aplicable por expresa remisión del artículo 267 del C.C.A.

Previó a resolver lo anunciado, se despachará lo concerniente a la decisión inhibitoria con respecto al Decreto 991 del 21 de mayo de 2002:

Dicho decreto suprimió de la planta de personal, entre otros empleos, dieciséis (16) de Profesional Especializado 3010, Grado 17, quedando sólo veinticuatro (24) empleos de la misma denominación y grado en la nueva planta, entre los cuales no fue incorporado el demandante, a pesar de venir desempeñando las funciones asignadas a ese mismo cargo antes de la supresión.

Sostuvo el Tribunal que el citado decreto no creó de manera directa ninguna situación particular ni concreta al demandante por contener una decisión administrativa de carácter general, abstracta e impersonal.

Al referirse el Tribunal sobre este punto se lee en la pagina seis (6) del fallo (fl. 209) lo siguiente: *“El decreto en mención, fue expedido por el Presidente de*

la Republica en uso de las facultades a él otorgadas por la Constitución Nacional, también lo es que, al impugnar éste Decreto, (sic) la Sala observa que es un acto de carácter general, abstracto e impersonal, que no crea directamente al demandante ninguna situación de carácter particular o subjetiva por cuanto no se está suprimiendo la totalidad de los cargos desempeñado (sic) por el actor – Profesional Especializado 3010-17-, sino alguno de ellos, lo que implica que hasta la fecha de expedición del decreto, el accionante tenía la posibilidad de continuar en la entidad.”

Consideró el A-quo, que los actos modificatorios de la situación jurídica particular del demandante fueron el acto de comunicación de la supresión del cargo, y los posteriores actos que se expidieron para la incorporación del personal seleccionado a integrar la nueva planta de personal.

La Sala no puede convalidar de manera completa tal conclusión, pues es desacertada la razón que la sustenta:

Para diferenciar un acto administrativo general de uno particular es necesario tener presente los siguientes aspectos: El acto administrativo se entiende, entre otras perspectivas, como una decisión adoptada o expedida en función administrativa a través de la cual la autoridad crea, modifica o extingue una posición de una persona o conjunto de personas determinadas o indeterminadas frente a una norma de derecho (situación jurídica).

El acto singular o particular no necesariamente tiene un destinatario único, por cuanto puede ir dirigido tanto a una persona como a un grupo determinado

de personas; en tanto que el acto general se expide siempre para un grupo indeterminado de personas a quienes se les crea, modifica o extingue una situación jurídica, dependiendo de las conductas o roles que ellas mismas asuman.

El profesor Eduardo García De Enterría¹, cuando hace mención a un grupo de destinatarios de los actos administrativos singulares o generales, enseña: *“según el círculo de destinatarios sea concreto (si son una pluralidad determinada se habla de acto plúrimo); por ejemplo, una relación de funcionarios o de expropiados ...(...) recuérdese también la diferencia, ya explicada con la teoría del Reglamento, entre éste y el acto general o <<que tengan por destinatarios una pluralidad indeterminada de sujetos>>..”*

Volviendo al Sub lite y sin perder de vista lo anterior, se tiene que el precitado Decreto 991, no está dirigido a un grupo indeterminado de personas; por el contrario, como quiera que modificó la planta de personal de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios suprimiendo quinientos treinta y seis (536) empleos del total de la planta global, forzoso es concluir que los efectos jurídicos se surtieron frente al total de personas que tenían un vínculo jurídico común, cual era pertenecer a la planta de personal al momento de existencia y validez del acto de supresión.

En razón a ello, podrá decirse que con la expedición del Decreto 991 del 21 de mayo de 2002, a todos los servidores públicos asignados a esa planta de personal directamente se les modificó su situación particular o subjetiva, independientemente de las diferentes consecuencias jurídicas generadas para cada uno

¹ Curso en Derecho Administrativo, Tomo I pag 530

de ellos, pues habrá a quienes se les incorporó automáticamente, otros que se les retiró del servicio definitivamente sin ninguna contraprestación a cambio, o aquellos que se les dio la opción de recibir indemnización u optar por la reincorporación durante los seis meses siguientes a la fecha de supresión.

El demandante después de conocer el Oficio del 23 de mayo de 2002, suscrita por la Coordinadora de Talento Humano, donde se le informó la supresión de su cargo optó por la citada reincorporación.

Como quiera que parte de la proposición demandatoria se relaciona directamente con los supuestos vicios del acto de supresión, es fácilmente deducible, contrario a lo expuesto por el Tribunal, que el acto que creó esa situación jurídica demandada es en estricto sentido el Decreto 991 del 21 de mayo de 2002, y en modo alguno la comunicación del 23 de mayo del mismo año que únicamente se limitó a informar lo resuelto en el decreto de modificación de la planta y la consecuencia jurídica que lo amparaba. De manera que únicamente para demostrar la ilegalidad de la actuación administrativa referente a la supresión de los cargos (no frente a los actos posteriores de incorporación a la nueva planta) resulta demandable aquel decreto en cuanto contiene la concreción de la voluntad administrativa en ese sentido con efectos decisorios, conduciendo a que el examen de legalidad se concentre en este acto prescindiendo de examinar el oficio del 23 de mayo de 2002, por ser un acto de ejecución de donde deriva su ineptitud para constituir acto justiciable ante lo Contencioso Administrativo.

Antes de seguir adelante con el análisis jurídico de los demás actos

proferidos con posterioridad al acto de supresión, considera la Sala pertinente cerrar el tema de los actos de contenido general, recordando que cada proceso de supresión de empleos debe analizarse de acuerdo con las particularidades propias que lo definen y por ello no es acertado señalar con exactitud los procedimientos que se deben seguir y el contenido de los actos que dentro de tal proceso se producen, pues habrá casos donde se puede identificar la existencia de actos de contenido general, que influyen directamente en actos de contenido particular mediante los cuales el nominador decide la supresión de los empleos, el retiro de funcionarios o la incorporación o no de los mismos en la “nueva” planta de empleos.

A guisa de ejemplo, se pueden citar los efectos producidos por los actos generales expedidos con base en las facultades otorgadas por los artículos 300-7 y 313-6 de la Constitución Política, que permiten a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales, respectivamente, determinar la estructura de la administración, en su orden, departamental o municipal, y que pueden comportar a la vez la modificación de la planta de personal de las administraciones centrales o alguna de las plantas de personal de una o varias entidades descentralizadas pertenecientes a cada nivel departamental o municipal.

Así entonces el Juez Administrativo cuando asuma el conocimiento de una demanda de supresión de empleos donde se acusen actos de contenido general, no debe prejuzgar y abstenerse de decidir los cargos planteados contra estas decisiones generales, sin antes realizar un análisis sistemático y ordenado de todo el proceso de reestructuración administrativa del caso.

Ahora bien, es preciso también recordar que esta situación específica que apareaja actos de contenido general o abstracto y actos de contenido particular o concreto conllevó en tiempos pasados a que varios de los jueces de lo contencioso administrativo consideraran que al demandarse esos dos tipos de actos mediante una misma acción se generaba una indebida acumulación de acciones y pretensiones, ante lo cual inadmitían la demanda. Ante esta disparidad de criterios puede consultarse las providencias del 19 de abril de 1977, expediente 10015 y la de 2 de mayo de 1994, expediente S-313, ambas proferidas por esta Corporación.

Frente a la contradicción jurisprudencial planteada en este punto y ante la dificultad de hacer una distinción nítida de cuándo se estaba en presencia de una indebida acumulación de acciones o ante una indebida acumulación de pretensiones, el Consejo de Estado a través de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en la decisión el 25 de agosto de 1998, dentro del proceso S-802, en el que se decidía un asunto de supresión de cargos donde se acusaban en el mismo libelo actos de carácter general y actos creadores de situaciones particulares y concretas, determinó que el Tribunal A-quo, debía admitir la demanda teniendo en cuenta que se estaba en la fase inicial del trámite y no al momento de fallarlo.

Posteriormente a este fallo de Sala Plena, la sección Segunda de la Corporación afianzó la tesis allí señalada en un sin número de providencias donde se ha precisado que cuando *“se acumulan en la misma demanda actos de contenido general y actos de contenido particular, dicha acumulación no es óbice para admitir la demanda, pues la Sala ha aceptado, tratándose únicamente de actos de incorporación a la nueva planta de una entidad, que si el acto, en principio, de*

contenido general, lesiona el interés individual, es pasible de ser demandado junto con el acto particular mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; por ello en este asunto no se presenta indebida acumulación de acciones, por haber demandando la actora conjuntamente las dos clases de actos. El ejercicio de tal acción, como es sabido, debe intentarse dentro del término de caducidad previsto por el artículo 136 del C.C.A.” (M.P. Ana Margarita Olaya Exp. 1515/01)

Para terminar esta breve reseña en torno a los actos generales que se demandan con actos particulares, se concluye que la tesis generalizada de la Corporación es la de tramitar y fallar los procesos de nulidad y restablecimiento iniciados con ocasión de reestructuraciones administrativas donde implica supresión de cargos, sin importar que se controviertan dentro del litigio actos de carácter general.

Retomando la argumentación del caso concreto se tiene entonces que el Decreto 991 del 21 de mayo de 2001, es pasible del control de legalidad; y a juicio de la Sala también lo es el Oficio del 31 de mayo de 2002 expedido en respuesta a la decisión del actor para ser incorporado en donde se dijo: *“que en el momento no existe vacante disponible en cargo equivalente al que usted venía desempeñando”*. Así mismo y sin discusión alguna la Resolución No. 008420 de 6 de junio de 2002, mediante la cual se incorporó a un personal a la nueva planta de personal, entre los cuales aparecen incorporados, entre otros, diecinueve (19) servidores públicos en el cargo de Profesional Especializado 3010, Grado 17, sin que aparezca como incorporado el demandante a pesar de que éste venía desempeñando las funciones asignadas a este mismo cargo antes de la supresión.

De los vicios endilgados contra los tres actos administrativos demandados susceptibles de control de legalidad.

En el marco de la apelación se tiene que el recurrente afirma con respecto al acto de supresión de cargos una falsa motivación en cuanto no se hizo un análisis de la verdadera conveniencia de reducir el personal, pues el solo fundamento de la reducción de costos no apareja una eficiencia de la entidad. Al respecto, encuentra la Sala que en el cuaderno No. 2 del expediente obra el extenso estudio técnico en que se fundamentó la reestructuración de la entidad.

Tal estudio, sin duda alguna, constituye el soporte del Decreto 991 de supresión, que por mandato de la ley se requiere previamente para que indique la conveniencia de las medidas allí contenidas. En el caso objeto de examen, observa la Sala que la afirmación que hace el recurrente con respecto a la simple reducción de costos, no desvirtúan las prolijas razones en que se fundamentó la administración para llevar a cabo la reestructuración en la entidad que demuestran que la finalidad del proceso buscaba que la estructura organizacional de la entidad permitiera responder a las funciones legales y a las necesidades administrativas.

Por lo anterior, la Sala encuentra ajustado a la ley el Decreto 991 del 21 de mayo de 2002, que suprimió quinientos treinta y seis (536) empleos del total de la planta global de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Por otro lado, argumenta el recurrente desviación de poder, ya que si bien la administración no se encontraba obligada a revincular la totalidad de los funcionarios que se desempeñaban en el cargo de Profesional Especializado 3010, Grado 17, la facultad de escogencia la ejerció de forma arbitraria incorporando a personal en provisionalidad, desconociéndole al mismo tiempo sus derechos de carrera. En consecuencia, la Sala debe centrar la atención ya no frente al precitado Decreto 991, sino frente al Oficio del 31 de mayo de 2002, que negó la existencia de vacantes y además frente a la Resolución 008420, mediante la cual se incorporó a un personal a la planta reestructurada.

A juicio de la Sala el Tribunal no encontró probado la desviación de poder que alegó el demandante, en parte, por las decisiones que se profirieron durante el trámite del proceso, específicamente cuando esa Corporación denegó la práctica de unas pruebas solicitadas en la demanda, las cuales en esta instancia si se decretaron mediante auto del veintitrés (23) de febrero de dos mil seis (2006), en aras de dilucidar este punto central del debate, cual es verificar si en los veinticuatro (24) empleos subsistentes de la misma denominación y grado del cual se venía desempeñando el actor fueron provistos en provisionalidad, o si por el contrario se respetaron los derechos de quienes venían en carrera administrativa.

Antes de analizar las pruebas allegadas en esta instancia con el objeto de dilucidar si existe o no la desviación de poder endilgada contra los dos actos expedidos con posterioridad al acto de supresión, considera la Sala pertinente definir claramente cuándo la decisión de la administración que incorpora a los empleados en la nueva planta es una decisión discrecional, y cuándo es reglada, a la luz de la Ley 443 de 1998, aplicable para el presente caso.

Haciendo una lectura detallada de la citada Ley 443, existen dos tipos de incorporación, a pesar de tener igual denominación en la misma ley, pero que claramente responden a dos objetivos distintos, ocurren en dos momentos diferentes y cada una se rige por normas propias.

Una de ellas es la incorporación directa que por lo general se concibe y se hace, después de proferidos tres actos: Un acto de contenido general y abstracto que modifica la estructura del ente, otro por el cual se suprime una planta de personal y se expide la nueva, y uno final de contenido particular y concreto que es el que en definitiva señala qué empleos son efectivamente suprimidos, identificando las personas

que por tal razón deben retirarse y las personas que continuarán en los cargos subsistentes.

Según el párrafo 1 del artículo 39 de la ley 443 de 1998, hay una primera incorporación para los servidores a quienes no se les ha suprimido el empleo y por ello la vinculación procede en el mismo empleo o a quienes los titulares de los empleos que sin cambiar de funciones quedan en la nueva planta variando solamente su denominación y grado de remuneración, pues la ley presume de derecho que el cargo no ha sido suprimido. En estos casos tales cargos no pueden tener requisitos superiores a los exigidos en el anterior y los empleados deben ser incorporados sin acreditar requisitos diferentes.

En esta incorporación el empleado no hace uso de la opción de solicitar la incorporación en cargo equivalente; sino que la incorporación es oficiosa y el derecho a continuar en planta deviene únicamente de que el cargo no haya sido suprimido ni expresa ni simuladamente. Igualmente ocurre cuando existe una supresión parcial o una reducción de una misma clase de empleo, y en este caso la administración deberá escoger quien debe continuar debido a la imposibilidad material de incorporar a todos.

Hasta esta etapa, la decisión de la administración es discrecional, pero, como ya ha dicho tantas esta Corporación, siempre enmarcada en la finalidad del buen servicio que debe guiar todas las actuaciones administrativas.

La otra incorporación que se tiene que distinguir de la anterior, es la que podemos llamar incorporación solicitada y que se conoce a veces con el nombre de reincorporación, regulado por los incisos uno y dos del citado artículo 39 de la ley 443 de 1998, y ocurre una vez expedido el acto de contenido particular y concreto, del cual se

deduce la supresión de los cargos de los que no fueron incorporados, quedando personas de carrera administrativa cuyos cargos resultaron suprimidos retiradas del servicio, pero conservando sus derechos de carrera, que se traducen en el derecho de optar por ser indemnizados, o ser incorporados a empleos equivalentes que estén vacantes o que se creen en las plantas de personal.

Esta incorporación, como ya se insinuó, se expide a solicitud del interesado, con posterioridad a la supresión de los cargos y retiro de los empleados y procede siempre que se acrediten los requisitos mínimos para el desempeño del respectivo empleo; y en consecuencia esta decisión se considera reglada.

De manera que las diferencias entre estos dos actos administrativos que surgen de la ley, se pueden concretar así:

PRMERA INCORPORACION	SEGUNDA INCORPORACION
<ul style="list-style-type: none"> • Tiene por objeto definir en concreto qué empleos han sido suprimidos • Es oficiosa y hace parte del proceso de reestructuración de la planta. • La decisión es discrecional, salvo en los casos en que no hay supresión efectiva del empleo. • Se hace en el mismo cargo que el empleado venía desempeñando o en cargo diferente pero siempre que habiendo cambiado de denominación o grado tenga las mismas funciones • Tienen derecho los titulares de los cargos no suprimidos, (incluidos los titulares de cargos distintos pero que conservan las mismas funciones) 	<ul style="list-style-type: none"> • Tiene por objeto reconocer un derecho que la ley otorga a los empleados de carrera retirados por supresión del empleo, que opten por reingresar a la administración en otro cargo. • Se efectúa a solicitud del interesado y es posterior al retiro por supresión del empleo. • La decisión es reglada. • Se ordena a cargos equivalentes vacantes o creados en la nueva planta o en otras plantas de la administración pública. • Tienen derecho todos los empleados escalafonados en carrera administrativa que sean retirados.

CASO CONCRETO

El demandante venía ocupando el empleo de Profesional Especializado 3010, Grado 17, de los cuarenta (40) asignados en la antigua planta de personal. Después de la reestructuración de la entidad quedaron sólo veinticuatro (24) empleos de la misma denominación y grado en la nueva planta, por cuanto el Decreto 991 del 21 de mayo de 2002, ya mencionado tantas veces, suprimió dieciséis (16). A pesar que el demandante venía desempeñando las funciones asignadas a ese mismo cargo antes de la supresión no fue favorecido para continuar en la entidad.

Quedó demostrado que existen veinticuatro (24) cargos idénticos dentro de la nueva planta de personal, de Profesional Especializado 3010, Grado 17 y que las funciones asignadas sustancialmente siguieron siendo las mismas. En consecuencia, estamos frente al primer caso de incorporación directa que se explicó en párrafos anteriores por corresponder a un típico caso de reducción de empleos de la misma denominación y grado.

Gracias a las pruebas que se decretaron en esta instancia se allegó certificación expedido por la Coordinadora del Grupo de Talento Humano, en la que consta **que los funcionarios con nombramiento provisional incorporados en la planta de personal a partir de la supresión en el cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO Código 3010-17, fueron:** - Javier Leonardo Patiño Cadavid - Jacqueline Herrera Sarmiento – Nubia Marina Estupiñán Hurtado - Rafael Enrique Hernández Cuervo. (fl. 291). Esta información la corrobora la Sala en la Resolución No. 008420 de 6 de junio de 2002, mediante la cual se incorporó a un personal, en donde se lee (fl. 45) los nombres de esos funcionarios.

Así las cosas y teniendo en cuenta que la decisión es discrecional, la Sala debe resolver si frente a una reducción de empleos de la misma denominación y nivel se configura una desviación de poder cuando se prefieren empleados en provisionalidad para incorporarlos a la nueva planta desconociendo al mismo tiempo derechos de un empleado de carrera administrativa.

El vicio de desviación de poder es un vicio que afecta el fin propio del servicio que constituye uno de los elementos esenciales del acto administrativo, a pesar de que éste en apariencia sea legal, por haber sido dictado por el órgano competente, cumpliendo las reglas de fondo y de forma y observando las normas superiores a las que está sujeto.

El fin último de la carrera administrativa es lograr la eficiencia del Estado, de ahí que se consagre dentro de este sistema de personal instrumentos como el ingreso por meritos mediante concurso público y un sistema de capacitación del empleado. Lo anterior implica que la permanencia en el servicio de quienes se encuentran dentro de la carrera administrativa es una razón fundante de la función pública.

Por estas razones considera la Sala que cuando la administración pudiendo incorporar a un empleado de carrera prefiere incorporar a un funcionario en provisionalidad, a sabiendas que éste no ha ingresado por meritos al servicio, indica que el poder que se ejerció se utilizó para fines distintos de aquellos para los cuales le fueron conferidos por la ley, favoreciendo o beneficiando a un tercero e irrogando un daño correlativo.

Así las cosas, la Sala encuentra probado la desviación de poder que desvirtúa la presunción de legalidad de la Resolución 008420 de 6 de junio de 2002, suscrita por el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, por medio del cual se hicieron las incorporaciones directas del personal a la nueva planta, por cuanto no incorporó al demandante cuando él tenía un derecho preferente a ello por pertenecer a la carrera administrativa habida cuenta de la reducción en el número de empleos.

Así mismo, se declarará la nulidad del Oficio del 31 de mayo de 2002, que negó la existencia de vacantes en un cargo equivalente al que el actor venía desempeñando, haciendo claridad que dicho oficio era innesario, por cuanto a pesar que el demandante optó también por la reincorporación, lo cierto era que él debió ser incorporado directamente, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

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

FALLA

REVOCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el ocho (8) de marzo de dos mil cuatro (2004), que denegó las súplicas de la demanda dentro del proceso promovido por el señor MARIO ALBERTO PRADA CORREDOR contra el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE PLANEACION Y LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS. Y en su lugar, **SE DISPONE:**

1. DENIEGASE la nulidad del Decreto 991 del 21 de mayo de 2002, suscrito por el Viceministro de Hacienda y Crédito Público, el Director del Departamento Administrativo Nacional de Planeación y el Director del Departamento Administrativo de

la Función Pública, por medio del cual se modificó la planta de personal de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

2. Se **INHIBE** la Sala para conocer del Oficio sin número del 23 de mayo de 2002, suscrito por la Coordinadora de Talento Humano de la misma entidad, por ser una acto de comunicación.

3. **DECLARASE** la nulidad parcial de la Resolución 008420 de 6 de junio de 2002, expedida por el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, solamente en relación con la incorporación de uno de los funcionarios nombrados en provisionalidad en el cargo de Profesional Especializado 3010, Grado 17, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

4. **DECLARASE** la nulidad del Oficio del 31 de mayo de 2002, expedido por la Coordinadora de Talento Humano de la misma entidad.

5. **CONDENASE** a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a incorporar al demandante MARIO ALBERTO PRADA CORREDOR al cargo que ocupaba al momento de la desvinculación o a uno equivalente o de mayor categoría, pagándole todos los emolumentos dejados de percibir desde la fecha del retiro hasta que se produzca el reintegro.

6. De la suma que resulte se descontará, indexado, el valor recibido por el demandante por concepto de indemnización por supresión del cargo y las demás sumas que hubiere devengado en entidades públicas durante el tiempo en que estuvieron desvinculados del Departamento.

7. Las sumas a pagar se actualizarán de conformidad con la siguiente fórmula:

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

en la que el valor presente \otimes se determina multiplicando el valor

histórico (RH) que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de salarios y prestaciones sociales desde la fecha de su desvinculación, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente a la fecha de pago de cada mensualidad, teniendo en cuenta los aumentos salariales producidos o decretados durante dicho periodo.

8. Declárese que no existe solución de continuidad, para todos los efectos, por virtud del lapso comprendido entre el retiro y el reintegro.

9. La entidad condenada dará aplicación, para el cumplimiento de esta sentencia, a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE Y CÚMPLASE.

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

GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN JAIME MORENO GARCIA

ALFONSO VARGAS RINCON

Rad. No. 25000-23-25-000-2002-10626-01(2228-04)

Actor: MARIO ALBERTO PRADA CORREDOR