

**EMPLEO - Definición. Funciones / PLANTA DE PERSONAL - Cargos de igual nivel y denominación pero diferente grado / EMPLEOS DE IGUAL DENOMINACION Y GRADO - Diferencia por manual de funciones, requisitos y responsabilidades**

El empleo ha sido definido tradicionalmente en la legislación colombiana en relación con las funciones que debe realizar el empleado que lo ocupa, las responsabilidades que se asignan y los requisitos para acceder al mismo. Así en el Decreto 1042 de 1978 se le entendió como “El conjunto de funciones, deberes y responsabilidades que han de ser atendidos por una persona natural, para satisfacer necesidades permanentes de la administración pública” (artículo 2º); y en el decreto 2503 de 1998 como “El conjunto de funciones que una persona natural debe desarrollar y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.” Por ello la planta de personal de una entidad puede estipular cargos de igual nivel y denominación pero diferente grado, que serán distintos empleos, cuando las distinciones de grado que implican diferencias salariales corresponden a diversa “complejidad y responsabilidad inherente al ejercicio de las funciones“. Asimismo, puede estipular empleos de igual denominación y grado que no obstante serán diferentes, cuando el manual específico les asigne funciones, requisitos y/o responsabilidades distintas.

**SUPRESION DE CARGO - Inexistencia cuando subsisten empleos de igual o superior categoría / DERECHO DE REINCORPORACION - Requisitos / / DERECHO PREFERENCIAL DE REINCORPORACION - Debe solicitarlo por escrito / OPCION DE REINCORPORACION - No probada**

De ahí que la supresión de un empleo puede resultar inexistente cuando subsisten en la planta de personal de la entidad igual o superior número de cargos de la misma denominación con igual o distinto grado, siempre que las funciones asignadas y la responsabilidad inherente a dichas funciones sea idéntica. Es verdad que la actora podía optar por la reincorporación (incisos 1 y 2 del art. 39 de la ley 443 de 1998) en un cargo equivalente o igual en dependencia diferente, pero para ello debía acreditar tres cosas: i) que había optado expresamente por esa alternativa ii) que reunía de acuerdo con el nuevo manual de funciones de la entidad, los requisitos para ocupar otro cargo equivalente o el cargo de Secretario Ejecutivo, Código 5040, Grado 18, en dependencia diferente y iii) que el empleo estuviera vacante u ocupado por una persona con menor derecho. En el curso del proceso la demandante no pudo probar que optó por la reincorporación, ni tampoco demostró los requisitos para ocupar otro cargo equivalente o el cargo de Secretario

Ejecutivo, Código 5040, Grado 18, en dependencia diferente, por cuanto según el Oficio acusado No. 2 de 19 de marzo de 2002, que la desvinculó definitivamente del servicio, muestra que ella había optado anteriormente por la indemnización en los términos señalados en el artículo 3º de la Ley 443 de 1998. Este escrito, no es una simple comunicación, como bien lo anotó el Ministerio Público, sino un acto administrativo, en tanto la decisión la expresa directamente el Director de la entidad, es decir, el nominador, y en esas condiciones dicho oficio goza de la presunción de legalidad.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCIÓN SEGUNDA**

#### **SUBSECCIÓN “A”**

**Consejero Ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN**

Bogotá D.C., siete (7) de abril de dos mil once (2011).

**Radicación número: 25000-23-25-000-2002-08649-02(0456-10)**

**Actor: GLADYS BERENICE PALACIOS DIAZ**

**Demandado: NACION – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL – FONDO DE COFINANCIACION PARA LA INVERSION RURAL**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 11 de diciembre de 2008, que declaró la nulidad de las resoluciones demandadas y accedió a las pretensiones de la demanda.

## **ANTECEDENTES**

La señora Gladys Berenice Palacios Díaz, en ejercicio de la acción de nulidad y restableciendo del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó ante esta jurisdicción la nulidad del Acto Administrativo No. 2 de 19 de marzo de 2002, expedido por el Director General del Fondo de Cofinanciación para la inversión Rural DRI, en cuanto la desvinculó del empleo de Secretario Ejecutivo 5040, grado 18, por supresión del mismo; la nulidad de la Resolución No. 0056 de 19 de marzo de 2002, por la cual incorporó a unos funcionarios; y la nulidad de la Resolución No. 0057 de la misma fecha que hizo unos nombramientos ordinarios.

Igualmente, pidió la inaplicación del artículo 9 del Decreto 2863 de 24 de diciembre de 2001 y de los artículos 1, 2 y 5 del Decreto 2864 de la misma fecha, por el cual se estableció la planta global de personal.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó el reintegro al cargo de Abogado de Control Interno Disciplinario o a otro de igual categoría, sin solución de continuidad; el pago de todos los salarios y prestaciones legales, dejados de percibir desde el 20 de marzo de 2002, hasta la de su reintegro efectivo; el pago de 100 salarios mínimos a título de reparación del daño moral; la condena en costas a la parte demandada;

## **DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS**

En resumen, expuso los siguientes hechos:

La demandante estuvo vinculada con la entidad demandada desde el 16 de febrero de 1984, hasta el 20 de marzo de 2002. Fue inscrita

en el registro público de la carrera administrativa, mediante Resolución No. 22 de 9 de septiembre de 1993, anotación actualizada por la Resolución No. 8645 de 14 de junio de 1994, en el cargo de Secretario Ejecutivo 5040, grado 18, ubicado en el Fondo de Cofinanciación para la Inversión Rural DRI.

El Gobierno Nacional con las facultades que le confiere el numeral 16 del artículo 189 de la Constitución Política y el artículo 54 de la Ley 489 de 1998, expidió el Decreto 2863 de 24 de diciembre de 2001, *“por el cual se modifica la estructura del Fondo de Cofinanciación para la Inversión Rural DRI y se determinan las funciones de sus dependencias”*

En la misma fecha el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2864, *“por el cual se adopta la planta de personal del Fondo de Cofinanciación para la Inversión Rural DRI y se dictan otras disposiciones”*.

Con base en el anterior decreto, el Director General del Fondo de Cofinanciación para la Inversión Rural DRI, retiró al demandante, aduciendo la supresión del empleo que desempeñaba de Secretario Ejecutivo 5040, grado 18.

La parte acusa lo siguiente:

No existió disponibilidad presupuestal para realizar las supresiones de los cargos, tendiente al pago de las indemnizaciones de los empleados de carrera.

El Decreto 2864 de 2001 no fue expedido por la Junta Directiva del Fondo de Cofinanciación para la Inversión Rural DRI, no fue expresamente motivado, no se fundó en necesidades del servicio ni en

razones de modernización del Estado. Además, no se basó en estudios técnicos que demostraran la necesidad de la reestructuración.

No hubo aprobación previa por parte del Departamento Administrativo de la Función Pública, y los empleos previstos en la nueva planta no tienen funciones detalladas en la ley o en el manual de funciones expedido por la Junta Directiva de la entidad.

A la demandante no se le permitió ejercer el derecho de defensa, puesto que la decisión de retirarla se tomó de plano. Tampoco le fue notificado el acto de desvinculación, no se le indicó qué recursos procedían en vía gubernativa, y no se dejó constancia en su hoja de vida sobre los motivos.

Luego del retiro de la actora, se vinculó personal distinto que venía prestando sus servicios en provisionalidad o encargo y personas que habían sido retiradas y a quienes se les había pagado la indemnización por supresión del cargo. Otras personas fueron contratadas, mediante prestación de servicios con el fin de satisfacer intereses políticos.

Como colorario de lo anterior, los actos acusados fueron expedidos por un funcionario sin competencia, de manera irregular, infringiendo las normas en las que debieron fundarse con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, y con falsa motivación.

**Causa petendi de nulidad.** Como vulnerados invocó los artículos 4, 13, 25, 29, 53, 58, 90, 121, 122, 125, 150 (numeral 7), 189 (numerales 14, 15 y 16), de la Constitución Política, artículos 28, 35, 36, 44, 69, 73, 84 y 135 del Código Contencioso Administrativo, artículo 5 inciso final

de la Ley 58 de 1982, artículos 7, 8, 9, 10, 37, 39, 41 y 56 parágrafo de la Ley 443 de 1998, artículo 15 (numerales 1 y 2) del Decreto 2132 de 1992, artículos 1, 2, 7 y 10 del Decreto 2504 de 1998, artículos 2, 136, 137 parágrafo, 148, 149, 151, 154, 155, 156 y 158 del Decreto 1572 de 1998, artículos 54 (literales m y n ), 115 y 119 de la Ley 489 de 1998, artículos 26 y 61 del Decreto ley 2400 de 1968, y los artículos 105, 183 y 239 del decreto 1950 de 1973.

En el concepto de violación de las normas invocadas expresó lo siguiente:

El artículo 9° del Decreto 2863 de 24 de diciembre de 2001, ordenó al Gobierno Nacional adoptar la nueva planta de personal del Fondo de Cofinanciación para la Inversión Rural – DRI, motivo por el cual expidió el Decreto 2864 de 2001.

Sin embargo, el Decreto 2132 de 1992, estableció que dicha competencia estaba en cabeza de la Junta Directiva de la entidad, mientras que al Gobierno le corresponde ejercer el control de tutela, para lo cual aprueba la planta adoptada, pero no puede entenderse que la actuación previa de la Junta Directiva pueda ser sustituida por un acto del Gobierno.

Asimismo, el artículo 115 de la Ley 489 de 1998 dispone que tratándose de las plantas de personal, la función del Gobierno se limita a su aprobación. Lo contrario, implicaría el desconocimiento de la autonomía administrativa, consagrada en los artículos 209 y 210 de la Constitución Política.

De otra parte, señala la demandante, que no se dieron los presupuestos legales para la adopción de planta del DRI, teniendo en cuenta que la parte considerativa del Decreto 2864 de 2001 se limitó a indicar que el estudio técnico había sido presentado al Departamento Administrativo de la Función Pública, pero hizo referencia al concepto técnico favorable y a las observaciones que dicho Departamento hizo sobre el particular.

Aduce que el Decreto 2864 dispuso para efectos de proveer los cargos de carrera, que se daría aplicación al artículo 2° del Decreto 1572 de 1998, sin embargo el régimen aplicable al caso particular era el establecido por los artículos 7, 8 y 9 de la Ley 443 de 1998.

Para adelantar la reestructuración no se cumplió el requisito previo de contar con la disponibilidad presupuestal. A la demandante no le fue notificado personalmente el acto por el cual fue desvinculada ni se le respetó el debido proceso, concretamente los derechos de audiencia y de defensa.

Además, su retiro no obedece a ninguna de las causales establecidas por el artículo 37 de la Ley 443 de 1998, los motivos fueron distintos al mejoramiento del servicio, y agrega que no hubo una reestructuración como tal, sino que solamente se suprimieron cargos sin que para el efecto se tuvieran en cuenta las causales del artículo 125 de la Constitución Política.

La **entidad demandada** se opuso a las pretensiones de la demanda. Argumentó lo siguiente:

EL Presidente de la República, de acuerdo con lo establecido en los artículos 189 (numerales 14 y 16) de la Constitución Política, 54 y 115

de la Ley 489 de 1998 y 41 de la Ley 443 de 1998, posee la facultad para crear, suprimir o fusionar los empleos y dependencias de la entidad demandada, y en esa medida el Gobierno Nacional no usurpó las funciones del Consejo Directivo de la entidad, por cuanto a éste sólo le compete proponer las modificaciones de la estructura orgánica y adoptar los estatutos internos de la entidad.

Para la modificación de la planta de personal se elaboraron los respectivos estudios técnicos. Así mismo, se contaba con la correspondiente disponibilidad presupuestal y con el concepto favorable del Departamento Administrativo de la Función Pública.

Propuso como excepciones la ineptitud sustantiva de la demanda por indebida acumulación de pretensiones y la presunción de legalidad de los Decretos 2863 y 2864 de 2001.

### **LA SENTENCIA APELADA**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca se declaró inhibida para un pronunciamiento de fondo sobre el Oficio No. 2 de 19 de marzo de 2002 y declaró la nulidad de las Resoluciones Nos. 0056 y 0057 de la misma fecha. A título de restablecimiento del derecho ordenó el reintegro de Gladys Berenice Palacios Díaz, así como el pago de los salarios y prestaciones dejadas de percibir durante su retiro.

En relación con el cargo de falta de competencia del Gobierno Nacional para adelantar la reestructuración del DRI, consideró que en atención al artículo 189 de la Constitución Política, y la Ley 489 de 1998, el Gobierno Nacional sí tiene la facultad de modificar la estructura y adoptar las

plantas de personal de los establecimientos y entidades públicas del orden nacional, como lo es, la entidad demandada.

Al estudiar la desviación de poder alegada, concluyó del material probatorio, que luego de la desvinculación de la demandante fueron nombradas en provisionalidad dos funcionarias en cargos idénticos al que ella desempeñaba. Sostuvo que tal proceder *“comporta una clara desviación de poder, pues, no se encuentra ninguna razonabilidad en retirar a un empleado inscrito en la carrera administrativa, para luego vincular en provisionalidad a otros funcionarios en el mismo cargo.”*

## **LA APELACIÓN**

La parte demandada interpone recurso de apelación para que se revoque la sentencia y en su lugar se denieguen las pretensiones de la demanda. (fls. 286 a 293)

Explica, que el nombramiento de las personas en provisionalidad se dio porque la demandante de manera libre y espontánea renunció al derecho de preferencia al acogerse a la indemnización. Sobre el reconocimiento y pago de esta indemnización, transcribe, in extenso, lo dicho por la Corte Constitucional en las sentencias C-370 de 1999 y T-1691 de 2000.

Resalta, la imposibilidad del reintegro de la demandante al servicio, por cuanto la entidad demandada fue totalmente liquidada en el 2005. Dice que estas situaciones han sido evaluadas por misma Corte Constitucional, señalando en reiterada jurisprudencia la imposibilidad de ordenar cualquier reintegro, tan sólo una eventual indemnización.

## **MINISTERIO PÚBLICO**

La Procuraduría Tercera Delegada, solicita se revoque la sentencia apelada y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda.

Advierte que la Comunicación acusada No. 2 de 19 de marzo de 2002, suscrita por el Director General del DRI, es un verdadero acto administrativo y no una simple comunicación, en vista de que lo suscribe el nominador.

Considera que el sub – lite carece de los medios de prueba necesarios y suficientes para concluir que se está frente a una falsa motivación o desviación de poder, por cuanto la dependencia en la cual laboraba la actora fue suprimida, no obra ninguna solicitud de reincorporación y no está demostrado tampoco que tenía mejor derecho que los incorporados.

### **CONSIDERACIONES**

El asunto a definir consiste en determinar si es procedente el reintegro de la actora al cargo de Secretario Ejecutivo Código 5040 Grado 18, del cual fue desvinculada por supresión del cargo.

El A –quo accedió a las pretensiones de la demanda, bajo el supuesto de que tan sólo se suprimió un cargo de Secretario Ejecutivo Código 5040 Grado 18; y en 2 de los 13 subsistentes se nombraron personas en provisionalidad, desconociendo la Administración el derecho de preferencia de la actora al estar inscrita en el escalafón de carrera administrativa.

Esta decisión fue apelada por la parte demandada, por lo que le compete analizar a la Sala, en primer lugar, si hubo o no supresión real del cargo Secretario Ejecutivo Código 5040 Grado 18, y según el caso, establecer si se violó el derecho preferencial de la actora, pues no hay discusión que se encontraba inscrita en el escalafón de la carrera administrativa (fl. 3)

La primera circunstancia generadora del derecho a continuar en planta, deviene únicamente de que el cargo no haya sido suprimido ni expresa ni simuladamente, por ello es pertinente definir cuándo puede resultar inexistente la supresión de un empleo.

El empleo ha sido definido tradicionalmente en la legislación colombiana en relación con las funciones que debe realizar el empleado que lo ocupa, las responsabilidades que se asignan y los requisitos para acceder al mismo.

Así en el Decreto 1042 de 1978 se le entendió como *“El conjunto de funciones, deberes y responsabilidades que han de ser atendidos por una persona natural, para satisfacer necesidades permanentes de la administración pública”* (artículo 2º); y en el decreto 2503 de 1998 como *“El conjunto de funciones que una persona natural debe desarrollar y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.”*

Por ello la planta de personal de una entidad puede estipular cargos de igual nivel y denominación pero diferente grado, que serán distintos empleos, cuando las distinciones de grado que implican diferencias

salariales corresponden a diversa “*complejidad y responsabilidad inherente al ejercicio de las funciones*”:

“DECRETO 1042 DE 1978. DE LA ASIGNACION MENSUAL. La asignación mensual correspondiente a cada empleo estará determinada por sus funciones y responsabilidades, así como por los requisitos de conocimiento y experiencia requeridos para su ejercicio, según la denominación y el grado establecidos por el presente decreto en la nomenclatura y la escala del respectivo nivel.

Se entiende por denominación la identificación del conjunto de deberes, atribuciones y responsabilidades que constituyen un empleo. Por grado, el número de orden que indica la asignación mensual del empleo dentro de una escala progresiva, según la complejidad y responsabilidad inherente al ejercicio de sus funciones.”

Asimismo, puede estipular empleos de igual denominación y grado que no obstante serán diferentes, cuando el manual específico les asigne funciones, requisitos y/o responsabilidades distintas.

De ahí que la supresión de un empleo puede resultar inexistente cuando subsisten en la planta de personal de la entidad igual o superior número de cargos de la misma denominación con igual o distinto grado, siempre que las funciones asignadas y la responsabilidad inherente a dichas funciones sea idéntica.

Descendiendo al sub lite, se observa que la demandante, en su condición de Secretario Ejecutivo, Código 5040, Grado 18, de la Secretaría General del extinto Fondo de Cofinanciación para la Inversión Rural DRI, fue retirada del servicio con ocasión de la modificación de la estructura administrativa adelantada por el Decreto 2863 del 24 de diciembre de 2001 y

por la fijación de la nueva planta de personal, establecida en el Decreto 2864 de la misma fecha. El primero derogó expresamente el Decreto 2643 de 1993 y el segundo dejó sin vigencia el Decreto 636 de 7 de abril de 2000, que contemplaban la anterior estructura y planta de personal, respectivamente.

Es de advertir que al expediente se allegaron copias incompletas y medianamente legibles de los Decretos 2863 y 2864 del 24 de diciembre de 2001, razón por la cual la Sala acude a los Diarios Oficiales Nos. 41155, 43984 y 44661. Analizados los cuatro decretos en cita, se puede concluir que el Tribunal y el Ministerio Público se equivocaron en sus apreciaciones fácticas, como pasa a verse:

El **Decreto 2643 de 1993**, contemplaba dentro de la estructura interna de la entidad una Dirección General conformada por siete dependencias generales, entre ellas la Secretaría General, y el **Decreto 2863 de 2001**, derogatorio, dejó la Dirección General, pero redefinió las dependencias a su cargo y al tiempo suprimió la Secretaría General.

El **Decreto 636 de 2000**, contemplaba en la planta global de la entidad 27 (veintisiete) Secretarios Ejecutivos, Código 5040, Grado 18, y el **Decreto 2864 de 2001**, derogatorio, contempló 13 (trece) del mismo empleo.

Así las cosas, no hay duda alguna que el cargo de la demandante fue realmente suprimido, pues no sólo hubo una reducción considerable (14) del empleo de Secretario Ejecutivo, Código 5040, Grado 18, sino que la dependencia, en la cual laboraba la actora fue eliminada.

Ahora bien, la parte actora sostiene que la entidad no tuvo en cuenta al momento de la reincorporación su derecho preferencial como empleada de carrera, según ella, con el objeto de vincular posteriormente en provisionalidad a otras personas.

Es verdad que la actora podía optar por la reincorporación (incisos 1 y 2 del art. 39 de la ley 443 de 1998) en un cargo equivalente o igual en dependencia diferente, pero para ello debía acreditar tres cosas: i) que había optado expresamente por esa alternativa ii) que reunía de acuerdo con el nuevo manual de funciones de la entidad, los requisitos para ocupar otro cargo equivalente o el cargo de Secretario Ejecutivo, Código 5040, Grado 18, en dependencia diferente y iii) que el empleo estuviera vacante u ocupado por una persona con menor derecho.

En el curso del proceso la demandante no pudo probar que optó por la reincorporación, ni tampoco demostró los requisitos para ocupar otro cargo equivalente o el cargo de Secretario Ejecutivo, Código 5040, Grado 18, en dependencia diferente, por cuanto según el Oficio acusado No. 2 de 19 de marzo de 2002, que la desvinculó definitivamente del servicio, muestra que ella había optado anteriormente por la indemnización en los términos señalados en el artículo 3º de la Ley 443 de 1998. Este escrito, no es una simple comunicación, como bien lo anotó el Ministerio Público, sino un acto administrativo, en tanto la decisión la expresa directamente el Director de la entidad, es decir, el nominador, y en esas condiciones dicho oficio goza de la presunción de legalidad.

Encuentra la Sala que la parte actora no allegó al proceso la manifestación expresa, en la cual exteriorizó su derecho de preferencia, ni

tampoco indicó por lo menos de manera clara la imposibilidad de probar tal hecho o la inexistencia del mismo.

Igualmente, como se indicó en párrafos anteriores, la demandante tampoco probó que cumplía con las condiciones para desempeñar otro empleo, entre otras cosas, porque no se allegó de forma completa el nuevo manual de funciones.

Por las razones expuestas, en criterio de la Sala, el Tribunal no acertó en la decisión apelada, pues para acceder a las pretensiones de la demanda no sólo bastaba con probar un nombramiento en provisionalidad, sino todas las condiciones atrás reseñadas.

En este orden de ideas, la Sala procederá a revocar el fallo del A-quo, que accedió a las pretensiones de la demanda.

Por 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 de 11 de diciembre de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso promovido por la señora Gladys Berenice Palacios Díaz contra la Nación – Ministerio de Agricultura – Fondo de Cofinanciación para la Inversión Rural DRI. En su lugar se dispone:

**DENIEGANSE** las pretensiones de la demanda.

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

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

**GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN**

**ALFONSO VARGAS RINCÓN**

**LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**

250002325000200208649 02 (0456-2010)

Actor: Gladys Berenice Palacios Díaz.