

SUPRESION DE CARGO – Acto de carácter general / ACTO PERSONAL DE SUPRESION – Individualiza al empleado que se afecta con el retiro a incluirlo o excluirlo / ACTO GENERAL – No especifica a quienes afecta la supresión / OFICIO – Unico acto por el cual la administración establece en forma singular y particular el retiro / OFICIO – Acto demandable

La decisión de suprimir un cargo normalmente es tomada a través de una manifestación de voluntad de carácter general, que se complementa con aquella que incorpora a los servidores con plena identificación en la nueva planta, convirtiéndolo en un acto de carácter personal o subjetivo, que lo cristaliza en la disposición demandable, por ser la que afecta al empleado con el retiro al no incluirlo o excluirlo expresamente. Sin embargo, no siempre la administración sigue el camino ordinario; en ocasiones realiza una actuación atípica, que se evidencia cuando después de adoptada la planta de cargos, no expide el acto de incorporación de empleados, vale decir, no determina en forma personal, cuáles funcionarios continúan y por exclusión quienes quedan retirados. Este acto de incorporación es reemplazado entonces, por un oficio dirigido a cada uno de los trabajadores que desea desvincular, indicándoles así su voluntad, lo que significa, que esa comunicación constituye el único acto por el cual la administración establece en forma singular y particular el retiro. En ese contexto, el oficio es controlable por la jurisdicción, cuando no es un instrumento para ejecutar la decisión de suprimir contemplada en el acto general, sino que la comunicación en sí misma es un acto administrativo, pues es en dicho oficio en donde la administración toma la decisión de suprimir el cargo del funcionario. La anterior afirmación ha sido consolidada por la jurisprudencia al señalar, que cuando hay supresión de cargos y se pretende el reintegro, el ataque debe dirigirse contra los actos que realmente le afectaron y le generaron el daño porque la jurisdicción contencioso administrativa, está instituida para conocer de los actos jurídicos proferidos por la administración que producen efectos jurídicos, es decir, que crean, modifican o extinguen una situación jurídica particular.

ACTO ADMINISTRATIVO – Requisito de validez / REQUISITO DE VALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO – La competencia / ACTO ADMINISTRATIVO – Expedido por un funcionario sin competencia / ACTO DE CARACTER PARTICULAR Y CONCRETO – Suscrito con evidente falta de competencia

Uno de los requisitos de validez de los actos administrativos es la competencia, que se convierte en un elemento esencial en el orden jurídico administrativo, por consiguiente, cuando este elemento falta, la nulidad resalta. Efectivamente, el oficio cuestionado fue firmado por el señor Edgar A Iriarte Vitola, en su calidad de Jefe de Personal del municipio de Santiago de Tolú, sin que se demostrara que tenía delegación para tal efecto. Debe recordarse, que el alcalde local es el nominador, conforme a las funciones consagradas en el numeral 7 artículo 315 de la C.P. y el numeral 2, inciso d, del párrafo 2 del Artículo 91 de la Ley 136 de 1994. En conclusión, como el acto controvertido es de carácter particular y concreto y fue suscrito por el jefe de personal de la Alcaldía de Santiago de Tolú, con evidente falta de competencia para suprimir un cargo, la Sala declarará la nulidad del Oficio de febrero 10 de 1998, con el consecuente restablecimiento del derecho.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., marzo veintidós (22) de dos mil doce (2012)

Radicación número: 70001-23-31-000-1998-00428-01(0536-11)

Actor: ALVARO DE JESUS CONTRERAS HERNANDEZ

Demandado: MUNICIPIO DE SANTIAGO DE TOLU

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el señor **ÁLVARO DE JESÚS CONTRERAS HERNÁNDEZ** contra la sentencia de 12 de mayo de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, que declaró probada de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda.

ANTECEDENTES

Por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., el actor solicitó la nulidad del acto administrativo de fecha 10 de febrero de 1998, en virtud del cual fue desvinculado del cargo de Guardián de la Cárcel Municipal de Santiago de Tolú.

Como restablecimiento del derecho, solicitó el reintegro a un cargo de igual o superior jerarquía del que venía desempeñando; así como el pago de los dineros dejados de percibir por concepto de sueldos, primas, bonificaciones y demás emolumentos laborales, desde el retiro hasta cuando se haga efectivo el reintegro, sin solución de continuidad. Todo lo anterior, con la debida indexación de acuerdo al IPC.

Como soporte de las pretensiones relató los siguientes **hechos**,

1. Fue nombrado mediante Decreto 075 de 7 de enero de 1988, como guardián de la cárcel municipal, del cual tomó posesión en la misma fecha.

2. El 6 de abril de 1994, fue comisionado para prestar sus servicios como portero de la Escuela Concentración El Progreso, hasta el 10 de febrero de 1998, cuando le fue notificada la insubsistencia, por supresión del cargo.

3. Por medio del Decreto 024 de 7 de enero de 1997, el municipio incorporó a la planta de personal de esa entidad, tres cargos de guardián para la cárcel de Santiago de Tolú.

4. Posteriormente, conforme al Decreto 022 de 30 de enero de 1998, suprimió otros cargos y estableció la planta de personal para la vigencia fiscal de 1998, manteniendo los mismos cargos de guardián.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

El actor consideró que el acto demandado se expidió infringiendo normas superiores de orden constitucional y legal, además, con incompetencia, falsa motivación y en forma irregular.

Señaló como vulnerados los artículos 1, 2-2, 25, 209, 315 incisos 1 y 3 de la Carta Política; artículos 40-1 de la Ley 200 de 1995; 91 de de la Ley 136 de 1994.

Sobre la **violación de normas superiores** expuso, que el Jefe de Personal al proferir el acto acusado, actuó como rueda suelta mostrando falta de coordinación con el jefe de la administración local. Y el alcalde al permitir la expedición del mismo, no hizo cumplir la Constitución y las leyes.

Incompetencia del funcionario: Por que quien tiene la facultad para nombrar y remover libremente a sus funcionarios es el alcalde, y rara vez la delega en uno de sus subalternos. En el caso bajo estudio, el Jefe de Personal no estuvo facultado para tal fin y por ende, desbordó las funciones a él atribuidas.

Falsa motivación: sustentado, en que en él se señaló, que a través del decreto 022 de 1998, el cargo del actor había sido suprimido de la planta de

personal, lo cual no es cierto, porque desde antes de la expedición del decreto 024 del 7 de enero de 1997, existía en la planta de personal 3 cargos de guardián de la cárcel de la localidad, que son los mismos que aparecen en el Decreto 022 de 1998, por tanto, el oficio censurado es falso.

Expedición irregular del acto, que se tipifica cuando la administración expide una decisión pretermitiendo los procedimientos y formas esenciales para que el acto pueda revestirse de plena legalidad y producir los efectos jurídicos deseados.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado del ente demandado contestó oportunamente la demanda oponiéndose a las declaraciones y condenas solicitadas por el actor. Advirtió, que el acto administrativo combatido no contiene la decisión gubernamental de separar del cargo al demandante, sino que es una comunicación de tal conducta administrativa. Propuso la excepción que denominó: *“DE PROCEDIBILIDAD DE FALTA DE AGOTAMIENTO DE VÍA GUBERNATIVA*.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Sucre en fallo de doce de mayo de 2010, declaró de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y en consecuencia se inhibió para decidir sobre las pretensiones de la misma, respaldado en que el acto controvertido era una simple actuación de trámite que le comunicó al actor que no había sido incorporado en la nueva planta de personal.

No obstante lo anterior, consideró importante puntualizar sobre la legalidad de la actuación de la administración, que esta se surtió en debida forma, porque el cargo que ocupaba el actor al momento de la reestructuración era el de auxiliar de servicios generales conforme a la incorporación que consta en el Decreto 024 de 1997 y no el de guardián de la cárcel.

RECURSO DE APELACIÓN

Se basó en que la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado permitía para la fecha de presentación de la demanda, atacar el acto en virtud del cual se comunicaba al actor su insubsistencia, al considerar que el que suprimía la planta de personal era de carácter general y abstracto. Sin embargo, resaltó que los vaivenes de la jurisprudencia creaban mucha inseguridad e inestabilidad jurídica. (fls. 171 y 172).

Agotado el trámite procesal y al no observar causal que invalide lo actuado, se procede a decir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Problema jurídico:

Consiste en definir, si el oficio de 10 de febrero de 1998 suscrito por el Jefe de Personal de la Alcaldía de Santiago de Tolú, que le comunica al actor la supresión del cargo, es pasible de ser controlado por la jurisdicción. Si producto del análisis resulta positiva la respuesta, se analizará el fondo del asunto de conformidad a las pretensiones, de lo contrario, se confirmará la decisión del a quo.

Para resolver lo planteado, se revisará la naturaleza jurídica de la comunicación, previa verificación de la reestructuración de la entidad demandada.

Antecedentes administrativos de la reestructuración del municipio de Santiago de Tolú

Según consta en el acervo probatorio, mediante Decreto 024 de 1997, el Alcalde Municipal de Santiago de Tolú apoyado en el numeral 7 del artículo 315 de la Constitución Nacional y el numeral 2 inciso d) del parágrafo 2 del artículo 91 de la Ley 136 de 1994, incorporó a la planta de personal para la vigencia del año 1997, a los empleados de las diferentes dependencias de ese ente territorial. A folio 17, se lee que en el artículo 4.2 "SECCIÓN DE RECURSOS FÍSICOS Y SERVICIOS GENERALES", se incluyó al señor Álvaro de Jesús Contreras Hernández, como auxiliar de servicios generales.

Para el año 1998 el burgomaestre expidió el Decreto No. 022 del 30 de enero, "*Por el cual se expide la Planta de Personal y se fija la remuneración de los cargos de la Alcaldía Municipal de Santiago de Tolú*", soportado además de las normas citadas en el aserto anterior, en el artículo 14 del Acuerdo No. 01 del 31 de diciembre de 1997, emanado del Concejo Municipal. En ese acto administrativo, suprimió entre otras dependencias, de la Sección de Recursos Físicos y Servicios Generales, **59 cargos de Auxiliares de Servicios Generales**, que era la oficina a la cual pertenecía el actor conforme al Acuerdo 024/97 (fls. 15-25), y dejó según consta a folio 32, en el artículo 3.01 "DIVISIÓN DE RECURSOS HUMANOS Y SERVICIOS GENERALES", **5 auxiliares de servicios generales, código 0670, grado 01**. No incluyó nombres y apellidos en la supresión, es decir, no identificó a ninguno de los empleados, lo hizo numéricamente, de la misma manera que a renglón seguido estableció la nueva estructura, particularizando los cargos por el código, grado y cantidad, lo que enmarca el decreto de acuerdo a su naturaleza, en un típico acto general (fl. 32).

Producto de este proceso, el señor Edgar A. Iriarte Vitola, Jefe de Personal de la Alcaldía de Santiago de Tolú, le informó la supresión del cargo mediante el escrito demandado.

Observa la Sala que no hay un acto intermedio entre el Decreto No. 022 de 1998 y la comunicación, esto es, no hay una decisión de incorporación de personal que se haya allegado al proceso, ni tampoco que fuera invocado por el municipio, por lo que se reafirma en el asunto bajo estudio, que en concreto, no

existe ningún otro antecedente administrativo entre la supresión, la reestructuración de la planta de personal y la comunicación controvertida.

La decisión de suprimir un cargo normalmente es tomada a través de una manifestación de voluntad de carácter general, que se complementa con aquella que incorpora a los servidores con plena identificación en la nueva planta, convirtiéndolo en un acto de carácter personal o subjetivo, que lo cristaliza en la disposición demandable, por ser la que afecta al empleado con el retiro al no incluirlo o excluirlo expresamente. Sin embargo, no siempre la administración sigue el camino ordinario; en ocasiones realiza una actuación atípica, que se evidencia cuando después de adoptada la planta de cargos, no expide el acto de incorporación de empleados, vale decir, no determina en forma personal, cuáles funcionarios continúan y por exclusión quienes quedan retirados. Este acto de incorporación es reemplazado entonces, por un oficio dirigido a cada uno de los trabajadores que desea desvincular, indicándoles así su voluntad, lo que significa, que esa comunicación constituye **el único acto** por el cual la administración establece en forma singular y particular el retiro.

En ese contexto, el oficio es controlable por la jurisdicción, cuando no es un instrumento para ejecutar la decisión de suprimir contemplada en el acto general, sino que la comunicación en si misma es un acto administrativo, pues es en dicho oficio en donde la administración toma la decisión de suprimir el cargo del funcionario¹.

La anterior afirmación ha sido consolidada por la jurisprudencia al señalar, que cuando hay supresión de cargos y se pretende el reintegro, el ataque debe dirigirse contra los actos que **realmente** le afectaron y le generaron el daño² porque la jurisdicción contencioso administrativa, está instituida para conocer de los actos jurídicos proferidos por la administración que producen efectos jurídicos, es decir, que crean, modifican o extinguen una situación jurídica particular.

¹ C.E., julio 29/99, Exp. 43267; nov. 11/99. Exp. 17941; Subsección B, feb. 15/01.

² Consejo de Estado Exp. 1712-2008 MP. Gustavo E. Gómez A. Rad # 3022-00, sentencia de 24 de agosto de 2001, M.P. Nicolás Pájaro P; Rad # 1957-98, M.P. Tarcisio Cáceres T.

Dentro del marco expuesto se analizará la naturaleza del acto controvertido.

Naturaleza jurídica del acto demandado

La comunicación del 10 de febrero de 1998, expedida por el Jefe de Personal del Municipio Santiago de Tolú, textualmente dispuso:

““Le comunico que a treves (sic) del Decreto No. 022 de 1998, por medio del cual se expide la planta de personal y se fija la remuneración de los cargos de la Alcaldía Municipal de Santiago de Tolú; el cargo que viene desempeñando ha sido suprimido de dicha planta, motivo por el cual usted queda desvinculado como empleado del Municipio”. (fl. 11)

Como se dijo en el aserto anterior, entre el Decreto 022 de 1998 que expidió la planta de personal y fijó la remuneración de los cargos de la alcaldía, que calificamos como un acto de carácter general, y el oficio transcrito, **no medio ningún acto de incorporación**, es decir, no se profirió ninguna decisión particular y subjetiva, de lo que se deduce, que en *sub iudice*, el oficio del 10 de febrero de 1998, si suprimió su cargo como pasa a demostrarse.

La situación fáctica respecto de los empleos que fueron suprimidos en el nivel en que trabajaba el actor fue la siguiente: en el Decreto 024 de 1997, se reincorporó al señor Álvaro de Jesús Contreras Hernández, en la “*Sección de Recursos Físicos y Servicios Generales*”, como auxiliar de servicios generales. Esa dependencia en el Decreto 022/98, no desapareció como dijo el a quo, sino que se fusionó con la División de Recursos Humanos, dejando 5 empleos de esa categoría (fl. 32). Ningún acto posterior individualizó cuales eran esos funcionarios, lo que demuestra que la selección se hizo a través de un oficio como el que ahora es cuestionado y controvertido, habida cuenta que excluyó sin más consideraciones del ejercicio laboral al demandante.

Así las cosas, debe concluirse respecto de la naturaleza del escrito demandado, que es un verdadero acto administrativo, porque el municipio manifestó su voluntad de prescindir de sus servicios y creó respecto del actor una

situación particular, de contera, que se revocará la decisión inhibitoria del Tribunal Administrativo de Sucre para conocer de fondo el asunto conforme a las causales propuestas.

La nulidad alegada no toca el acto administrativo general (Decreto 022/98), sino que se centra en el acto de supresión, sobre el cual expone se produjo con violación de las normas superiores, por funcionario incompetente, con falsa motivación y de manera irregular.

Dentro de ese marco, la Sala analizará la causal de nulidad de la **expedición del acto por funcionario incompetente**, de la cual anuncia su prosperidad y por ende, nos releva del estudio de las demás causales.

La sustenta el actor, en que quien tiene la facultad de nombrar y remover libremente a sus funcionarios es el alcalde y que en el asunto bajo estudio, el acto de supresión lo expidió el Jefe de Personal del municipio, quien para la fecha de su expedición no estaba encargado de tal función, desbordando si, las a él atribuidas.

Uno de los requisitos de validez de los actos administrativos es la competencia³, que se convierte en un elemento esencial en el orden jurídico administrativo, por consiguiente, cuando este elemento falta, la nulidad resalta.

Efectivamente, el oficio cuestionado fue firmado por el señor Edgar A Iriarte Vitola, en su calidad de Jefe de Personal del municipio de Santiago de Tolú, sin que se demostrara que tenía delegación para tal efecto. Debe recordarse, que el alcalde local es el nominador, conforme a las funciones consagradas en el numeral 7 artículo 315 de la C.P. y el numeral 2, inciso d, del parágrafo 2 del Artículo 91 de la Ley 136 de 1994⁴.

En conclusión, como el acto controvertido es de carácter particular y concreto y fue suscrito por el jefe de personal de la Alcaldía de Santiago de Tolú, con evidente falta de competencia para suprimir un cargo, la Sala declarará la

³ Según Roberto Dromi, la competencia es “la esfera de atribuciones de los entes y órganos, determinada por el ordenamiento jurídico positivo”. Derecho Administrativo, Artes Gráficas Bruschi S.A, Buenos Aires, 2009.

⁴ 2. Nombrar y remover los funcionarios bajo su dependencia y a los gerentes y directores de los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales de carácter local, de acuerdo con las disposiciones pertinentes.

nulidad del Oficio de febrero 10 de 1998, con el consecuente restablecimiento del derecho.

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,

F A L L A :

REVÓCASE la sentencia de 12 de mayo de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, dentro del proceso promovido por Álvaro de Jesús Contreras Hernández, por las razones señaladas en la parte motiva de esta providencia.

En su lugar se dispone:

DECLÁRASE LA NULIDAD del oficio de 10 de febrero de 1998 suscrito por el Jefe de Personal de la Alcaldía de Santiago de Tolú –Sucre-.

ORDÉNASE al municipio de Santiago de Tolú reintegrar a Álvaro de Jesús Contreras Hernández, al cargo de auxiliar de servicios generales, o a uno de igual o superior categoría.

A título de restablecimiento **CONDÉNASE** al municipio de Santiago de Tolú, a la cancelación de la totalidad de los salarios, primas, vacaciones, bonificaciones, cesantías y demás emolumentos y prestaciones dejados de percibir por el actor, desde el momento de la desvinculación, hasta la fecha en que efectivamente se haga el reintegro.

El pago y demás beneficios económicos del actor se ajustarán en su valor, de conformidad con el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo,

hasta la fecha de ejecutoria de la presente providencia, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha en que fue desvinculado del servicio, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

DECLÁRASE para todos los efectos que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios por parte de Álvaro Contreras Hernández, durante el tiempo que duró su desvinculación.

Dese cumplimiento a este fallo en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El anterior proyecto fue leído y aprobado por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO