

SUPRESION DE CARGO - Empleado de carrera debe probar mejor derecho / CARRERA ADMINISTRATIVA - No vulneración de estos derechos. El actor no demostró un mejor derecho respecto a las personas que estaban en las mismas condiciones y fueron reincorporadas / INCORPORACION EN LA NUEVA PLANTA DE PERSONAL - Empleado retirado del servicio en virtud de la supresión de cargo debe demostrar mejor derecho

Entendido está que las incorporaciones oficiosas que haga la entidad son diferentes a aquellas que por solicitud expresa hagan las personas de carrera administrativa cuyos cargos resultaron suprimidos, pero que siguen 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, lo acertado entonces hubiera sido en este caso demostrar que la actora gozaba de mejor derecho que las personas “reincorporadas”. Entonces, como la parte actora buscaba por medio de esta acción la “reincorporación” a un cargo igual o equivalente en la nueva planta de personal del que venía desempeñando en la anterior, no era viable demandar la Resolución 00346, pues fue por medio de ésta que la Administración incorporó de manera oficiosa a unos funcionarios, por eso, se repite, debió demostrar que le asistía mejor derecho que a las personas que estaban en sus mismas condiciones y fueron “reincorporadas”, que no incorporadas, situación que puede viciar los actos demandados. Como el plenario es desértico en cuanto a probanzas que determinen lo anterior, la Sala denegará las pretensiones de la demanda, pues no resultaron suficientes los cargos endilgados a las Resoluciones demandadas para viciar la presunción de legalidad que va implícita en ellas.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA - SUB-SECCION "A"

CONSEJERO PONENTE: JAIME MORENO GARCIA

Bogotá D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil siete (2007).-

REF.: EXPEDIENTE No. 52001-23-31-000-2001-00514-01

Número Interno 5917-05 P2

AUTORIDADES NACIONALES

ACTOR: MARGARITA GUAYASAMIN TRUJILLO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, el 11 de marzo del 2005, en el proceso promovido contra el Ministerio del Interior.

ANTECEDENTES

MARGARITA GUAYASAMIN TRUJILLO, actuando por medio de apoderado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento

del derecho, solicitó ante el Tribunal la declaratoria de nulidad de los siguientes actos administrativos:

- a) **Resolución 01780 del 31 de agosto del 2000**, por medio de la cual se ordena la liquidación y pago de indemnización por retiro del servicio por supresión del cargo de Profesional Universitario código 3020 grado 13, con sede en la ciudad de pasto.
- b) **Resolución 097 del 25 de enero de 2001**, por la cual el Secretario General del Ministerio del Interior confirma en todas y cada una de sus partes la Resolución 01780.

A titulo de restablecimiento pidió la incorporación a un cargo similar o equivalente al que venía desempeñando o se cree uno en la nueva planta de personal en las mismas condiciones de trabajo, y al pago de todos los salarios, prestaciones, bonificaciones y demás derechos laborales que le corresponden, con retroactividad al 25 de agosto del 2000, fecha en que se cumplió el plazo de los 6 meses que prevé la ley para dicho efecto.

En cuanto a estas pretensiones exigió que se diera cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y siguientes del C.C.A.

Expuso como **hechos** de la demanda que fue vinculada al Ministerio del Interior, mediante Resolución 1454 del 13 de julio de 1998, en periodo de prueba, para ejercer el cargo de Profesional Universitario código 3020, grado 13, con sede en la ciudad de Pasto.

Destacó que superado el periodo de prueba se le incorporó a la carrera administrativa y sus servicios fueron calificados periódicamente obteniendo resultados satisfactorios, ya que las funciones las desempeñó con idoneidad, honestidad y dedicación.

Adujo que con la expedición del Decreto 2546 de 1999, se reestructuró el Ministerio del Interior y se suprimieron algunos cargos de la planta de personal del nivel profesional universitario código 3020, grado 13 en forma global.

Expresó que se le envió una comunicación donde se le informó el derecho a optar por recibir indemnización o tener tratamiento preferencial para ser reincorporada a un cargo equivalente, como consecuencia de la supresión de su cargo. Dentro de la oportunidad correspondiente dirigió comunicación de preferencia de ser reincorporada a un cargo similar o equivalente dentro de la nueva planta de personal, pues existían 30 cargos de nivel profesional para los cuales cumplía los requisitos para ocuparlos, *“(...) incluso manifestó su decisión de trasladarse a otra sede diferente a esta ciudad de Pasto.”* (fl.7)

Señaló que a pesar de la reiteración de sus peticiones, el Subdirector de Recursos Humanos le informó, a través del oficio 3491 del 9 de agosto de 2000, que en la ciudad de Bogotá no había cargos equivalentes. Posteriormente, y luego de varias solicitudes de reincorporación, se le dijo que no era posible la incorporación que sería indemnizada, razón por la cual se proferieron las resoluciones acusadas.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Nariño se declaró inhibido para pronunciarse respecto de los actos acusados, por cuanto ellos no fueron los que retiraron del servicio a la actora, sino simplemente liquidaron la indemnización por la supresión de su cargo, actos éstos que son una consecuencia del acto de no incorporación y cuya declaratoria de nulidad sería inocua puesto que el acto que la desvincula quedaría en firme.

FUNDAMENTO DEL RECURSO

La parte actora manifiesta su inconformismo respecto al argumento esgrimido por a-quo, en el sentido de que el acto a demandar era aquél por medio del cual se incorpora a unos funcionarios en la nueva planta de personal del Ministerio del Interior, pues a juicio de la recurrente, el mismo Tribunal ha manifestado en casos anteriores, que no puede demandarse el acto general y abstracto que establece la nueva planta de personal a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sino que la acción pertinente era la de simple nulidad, por tratarse de actos de carácter general.

Agrega, que no demandó el acto a que alude el Tribunal, por cuanto de hacerlo se presentaría una ineptitud sustantiva de la demanda por indebida acumulación de pretensiones, al no poderse adelantar bajo una misma cuerda las solicitudes de nulidad de actos particulares y un acto general.

Acto seguido expone las razones por las cuales demandó las Resoluciones 0178 y 097, por el contencioso consagrado en el artículo 85 del C.C.A.

CONSIDERACIONES

Como se expuso en los antecedentes de este proveído, el Tribunal Administrativo de Nariño, se declaró inhibido para pronunciarse frente a los actos acusado, pues en su sentir estos no fueron los que retiraron del servicio a la actora, sino simplemente liquidaron la indemnización por la supresión de su cargo.

Siendo ello así, lo primero a resolver por la Sala será lo concerniente a la decisión inhibitoria con respecto a los actos demandados, todo con el fin de emitir un pronunciamiento de merito, si a ello hubiera lugar.

Los actos que se acusan se profirieron, en su orden, así:

- **Resolución 01780 del 31 de agosto de 2000**, *“Por la cual se liquida y ordena el pago de una indemnización por supresión de un cargo”* (Fl. 10) que en su parte motiva consideró, entre otras cosas:

“Que al señor (a) GUAYASAMIN TRUJILLO MARGARITA, identificada con la cédula de ciudadanía número 30.702.839 de Pasto (Nariño) inscrita en carrera administrativa, se le suprimió el cargo de Profesional Universitario 3020 grado 13, de la Planta Global del Ministerio Del Interior, con sede de actividades en Pasto (Nariño).

Que el Subdirector de Recursos Humanos del Ministerio del Interior y en cumplimiento de lo estipulado en el artículo 44 del Decreto 1568 de 1998, le comunicó el día 25 de febrero de 2000, al señor (a) GUAYASAMIN TRUJILLO MARGARITA la supresión de su cargo y le informó del derecho que le asistía para optar por la indemnización o por la incorporación a cargo equivalente, en los términos de los artículos 39 de la Ley 43 de 1998 y el 137 del Decreto 1572 de 1998.

(...)

Que el señor (a) GUYASAMIN TRUJILLO MARGARITA, dentro del término legal establecido, comunicó al señor Ministro del Interior, su deseo de tener tratamiento preferencial para ser incorporado, conforme lo establece el artículo 39 de la Ley 443 de 1998.

En consideración a que han transcurrido seis (6) meses, a partir de la supresión del cargo sin ser incorporada GUAYASAMIN TRUJILLO MARGARITA, tiene derecho a que se le reconozca y pague la respectiva indemnización, por el tiempo de servicios laborados en esta entidad, de acuerdo con lo estipulado en el numeral 3 del artículo 46 del Decreto 1568 de 1998.

- **Resolución 097 del 25 de enero de 2001**, “Por la cual se resuelve un recurso de reposición” (fl.12)

Durante el proceso de reestructuración del Ministerio del Interior se profirieron los siguientes actos administrativos, los cuales no fueron demandados.

- **Decreto 2546 de 23 de diciembre de 1999**, “Por el cual se reestructura el Ministerio del Interior” (fl.66)

- **Decreto 281 de 22 de febrero de 2000**, *“Por el cual se establece la Planta de Personal del Ministerio del Interior y se dictan otras disposiciones”* dejando en la planta globalizada de la entidad 30 cargos de Profesional Universitario grado 13. (fl.40)
- **Resolución 00346 del 25 de febrero de 2000**, *“Por la cual se incorpora los funcionarios a la nueva Planta de Personal del Ministerio del Interior, establecida por el Decreto 281 de febrero 22 de 2.000.”* (fl.95)

El mismo día en que se profirió la Resolución 00346, el Subdirector de Recursos Humanos, mediante oficio visible a folio 15 del expediente, le comunicó a la actora que su cargo había suprimido y el derecho que le asistía a ser incorporada o indemnizada, según el caso. A pesar de que en el plenario no obra escrito donde la actora haya manifestado su intención de optar por la incorporación, es fácil inferirlo si se lee el oficio del 9 de agosto del 2000 (fl.17)

Analizando ahora el oficio citado, se tiene que ante la solicitud de incorporación en un cargo equivalente o similar al que venía desempeñando o la posibilidad de ser incorporada en un cargo con sede de actividades en la ciudad de Bogotá, el Subdirector de Recursos Humanos le hizo saber que no era posible acceder a dicha solicitud por no haber vacantes en cargos equivalentes o similares, **“(…) sin embargo en el evento de que exista dicha vacante, esta Entidad procederá conforme las normas existentes sobre la materia”** (fl. 17) (Se resalta)

Hasta esa fecha (9 de agosto del 2000) la actora no había recibido un acto que le definiera su situación, pues todavía podía ser incorporada si se llegare a presentar alguna vacante, de conformidad con el aparte resaltado del oficio a que se hizo alusión en el párrafo que antecede.

En ese orden, el acto administrativo por medio del cual la señora Margarita Guayasamín Trujillo tuvo certeza de su situación jurídica, es decir del retiro del servicio por la supresión de su cargo, fue la Resolución 0178 del 31 de agosto del 2000, ya que ésta fungió cuando no se había proferido un acto de no incorporación.

Ahora, no puede caerse en el terreno de la confusión al entender que debió demandarse el acto 00346, que incorporó automáticamente a unos funcionarios a la nueva planta de personal, como lo dijo el Tribunal, pues la situación de éstos funcionarios es diferente a la de aquellos que se incorporan previa a una solicitud.

En efecto, en reciente pronunciamiento de esta Sección¹ se diferenció la situación antes descrita. En el se dijo:

“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 rigen 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, otro

¹ Exp. 2228-04 Actor Mario Alberto Prada Corredor MP. Gustavo E. Gómez Aranguren

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 concertar así:

<u>PRMERA INCORPORACION</u>	<u>SEGUNDA INCORPORACION</u>
<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	<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

<p>reestructuración de la planta.</p> <ul style="list-style-type: none"> • 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) 	<p>interesado y es posterior al retiro por supresión del empleo.</p> <ul style="list-style-type: none"> • 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.
--	--

Aterrizando el caso concreto a este escenario, fue acertada la intensidad que tuvo la parte actora al demandar los actos que se acusan, pues en el interregno del oficio del 9 de agosto del 2000 (fl.17) y la Resolución 01780 del 31 de agosto de 2000, no hubo pronunciamiento administrativo alguno de la solicitud de incorporación hecha por la actora. Entonces, la certeza de que no iba a ser incorporada se dio al proferirse las Resoluciones 0178 del 2000 y 097 del 25 de enero del año siguiente.

En ese orden, la decisión inhibitoria que profirió el Tribunal debe ser revocada, pues como ya se vio los actos aquí demandados definieron la situación jurídica de la actora, pues a través de ellas se consolidó la imposibilidad de la incorporación o “reincorporación” solicitada por ella.

Ahora, entendido está que las incorporaciones oficiosas que haga la entidad son diferentes a aquellas que por solicitud expresa hagan las personas de carrera administrativa cuyos cargos resultaron suprimidos, pero que siguen 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, lo acertado entonces hubiera sido en este caso demostrar que la actora gozaba de mejor derecho que las personas “reincorporadas”².

Entonces, como la parte actora buscaba por medio de esta acción la “reincorporación” a un cargo igual o equivalente en la nueva planta de personal del que venía desempeñando en la anterior, no era viable demandar la Resolución 00346, pues fue por medio de ésta que la Administración incorporó de manera oficiosa a unos funcionarios, por eso, se repite, debió demostrar que le asistía mejor derecho que a las personas que estaban en sus mismas condiciones y fueron “reincorporadas”, que no incorporadas, situación que puede viciar los actos demandados.

Como el plenario es desértico en cuanto a probanzas que determinen lo anterior, la Sala denegará las pretensiones de la demanda, pues no resultaron suficientes los cargos endilgados a las Resoluciones demandadas para viciar la presunción de legalidad que va implícita en ellas.

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

F A L L A

² Entendiéndola como **incorporación solicitada** y que se conoce a veces con el nombre de reincorporación, según jurisprudencia transcrita.

REVOCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño el once (11) de marzo del dos mil cinco (2005) en el proceso promovido por MARGARITA GUAYASAMIN contra el MINISTERIO DEL INTERIOR. En su lugar se dispone:

DENIEGANSE las pretensiones de la demanda.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

La anterior providencia fue estudiada, aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

**GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN
GARCIA**

JAIME MORENO

ALFONSO VARGAS RINCON

EXP. No. 5917-05 ACTOR: Margarita Guayasamín Trujillo