

SUPRESION DEL CARGO –Mejor derecho. Reincorporación del empleado de carrera administrativa

Las disposiciones que se analizan (parágrafo 1 del artículo 39, Ley 443 de 1998 y artículo 36 del Decreto 1572 de 1998), garantizan en forma especial los derechos de los empleados de Carrera Administrativa, razón por la cual, las reformas de la planta de personal que impliquen supresión de tales empleos, deben fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración y con base en Estudios Técnicos que así lo demuestren. Tratándose de una empleada inscrita en Carrera Administrativa según da cuenta la Resolución 814 de 27 de septiembre de 1994 y habiéndose probado que la Entidad mantuvo la vinculación de cinco (5) funcionarias nombradas en provisionalidad, quiere decir, que a la demandante le asistía mejor derecho de continuar vinculada a la Entidad en uno de los cargos existentes, toda vez que se encontraba escalafonada en Carrera Administrativa. Es cierto que el nominador tiene la potestad de seleccionar a quienes ocupan las plazas existentes en la reestructuración, pero no puede olvidarse que éstas deben ser suplidas por los empleados con mejor derecho, como el que ostenta la actora, se recuerda que la Sala ha reconocido el mejor derecho como criterio para acceder a las pretensiones en casos similares al presente; según se ha señalado en decisiones anteriores, basta que se logre probar que personas con inferior derecho fueron incorporadas en cargos respecto de los cuales se reclama la vinculación para acceder a las pretensiones de la actora. Por ello la Sala se encuentra probado que a la demandante se le desconoció el derecho preferente que en su favor consagraba el parágrafo 1º del artículo 39 de la Ley 443 y el artículo 136 del Decreto 1572 de 1998, para ser incorporada frente a empleados provisionales, en cargos que por equivalencia de funciones y requisitos resultan ser iguales.

FUENTE FORMAL: LEY 443 DE 1998 – ARTICULO 39 PARAGRAFO 1 / DECRETO 1572 DE 1998 – ARTICULO 130

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “B”

Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá, D. C., diecisiete (17) de marzo de dos mil once (2011)

Radicación número: 05001-23-31-000-2001-01339-01(0585-10)

Actor: GLORIA MARINA MUÑOZ CASTRO

Demandado: HOSPITAL SAN FERNANDO DE AMAGA – EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO

AUTORIDADES MUNICIPALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia de 11 de junio de 2009, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda incoada por Gloria Marina Muñoz Castro contra la Empresa Social del Estado Hospital San Fernando de Amaga – Antioquia.

LA DEMANDA

Estuvo encaminada a obtener la nulidad de la Resolución No. 002 de 9 de enero de 2001, por la cual el Gerente de la E.S.E. Hospital San Fernando de Amaga resolvió retirar a la demandante por supresión del cargo de Auxiliar de Enfermería.

A título de restablecimiento del derecho, pretende el reintegro al cargo que estaba desempeñando o a uno de mayor jerarquía; se reconozcan y paguen los sueldos, primas, bonificaciones, vacaciones y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha de supresión del cargo hasta la reincorporación al servicio; se indexen e incrementen la sumas dinerarias y se declare la no solución de continuidad, condenando en costas y agencias en derecho a la entidad demandada y dando cumplimiento a la sentencia conforme a los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Las anteriores pretensiones fueron sustentadas en los siguientes hechos:

La actora estuvo vinculada de manera legal y reglamentaria al Hospital, luego de haber concursado para el cargo de Auxiliar de Enfermería, según Convocatoria No. 13 efectuada mediante Resolución No. 434 de 27 de junio de 1997.

Por Resolución No. 106 de 18 de enero de 1997, la E.S.E. Hospital San Fernando acogió la lista de elegibles y nombró a la demandante en periodo de prueba.

Conforme al artículo 15 del Decreto 1568 de 1998 el cargo de Auxiliar de Enfermería es de carácter asistencial y pertenece a la Carrera Administrativa.

Por Acuerdo No. 023 de 22 de diciembre de 2000, la Junta Directiva de la E.S.E. Hospital San Fernando, ordenó la supresión de unos cargos de Auxiliar de Enfermería, luego de un ‘Estudio para el Ajuste Institucional’.

Durante el tiempo que la actora prestó sus servicios al Hospital, siempre se desempeñó con honestidad, honradez y diligencia razón por la cual fue calificada satisfactoriamente hasta cuando fue retirada del servicio mediante la Resolución No. 002 de 9 de enero de 2001.

Cinco (5) de los Auxiliares de Enfermería que no se encontraban inscritos en Carrera Administrativa, no fueron retirados del servicio contrariando así las normas de Carrera que le dan prelación a aquellos que están escalafonados.

NORMAS VIOLADAS

Como disposiciones violadas cita las siguientes:

Constitución Política, artículos 1º, 2º, 4º, 25, 29, 53, 125 y 209; Ley 443 de 1998, artículos 1º, 39 y 41; Decretos 1569 y 1572 de 1998; C.C.A., artículos 2º, 3º, 36, 84, 85, 132, 136, 176, 178 y 206. (Fls. 94-109)

LA SENTENCIA

El Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, mediante sentencia de 11 de junio de 2009 accedió a las súplicas de la demanda (Fls. 221-234), por las siguientes razones:

Con las pruebas obrantes en el proceso, quedó demostrado que a la demandante se le vulneraron los derechos que se derivan de estar inscrita en carrera, dado que si en el Hospital existían en el cargo de Auxiliar de Enfermería unas plazas desempeñadas por funcionarios de carrera y otras por personal que se encontraba en provisionalidad, al suprimirse algunas de ellas, los que debían ser retirados eran los que no tenían ningún fuero especial, como lo eran los que se encontraban en provisionalidad.

Además la jurisprudencia del Consejo de Estado reiteradamente ha indicado que las personas que se encuentran nombradas en provisionalidad se asimilan a los funcionarios de libre nombramiento y remoción, pudiendo ser retirados del servicio sin necesidad de motivar la decisión.¹

¹ Consejo de Estado, sentencia de 19 de octubre de 2006, expediente 3934-05, M.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero.

En esas condiciones no existía ninguna fundamentación para que las Auxiliares de Enfermería (cinco) que se encontraban nombradas en provisionalidad, permanecieran en el cargo, ni para que la demandante fuera retirada del servicio, toda vez que ostentaba derechos de carrera.

Es inadmisibles que por el hecho, de que la actora no informó dentro de los cinco (5) siguiente a la comunicación de retiro, si optaba por percibir la indemnización o ser reintegrada a un cargo igual o equivalente, se desconozca el derecho preferencial de reincorporación que le asiste a todo funcionario que ostenta derechos de carrera.

EL RECURSO

La accionada interpuso recurso de apelación contra el anterior proveído (Fls. 243 a 251), con base en los siguientes argumentos:

Aduce que el A-quo reconoció que la Entidad se sujetó estrictamente a lo regulado por la Ley 443 y el Decreto 1568 de 1998, relativos a la actuación administrativa en los casos de supresión de empleos de Carrera, tanto así que la demandante optó por la indemnización, dejando a un lado la posibilidad de reintegro, lo que quiere decir que da por demostrado que al recibir la indemnización por supresión del cargo, la trabajadora renunció al reintegro previsto en las normas de Carrera Administrativa.

Pero desconoce que el principio de estabilidad en el empleo no es un derecho de inamovilidad absoluta del funcionario y como el Hospital le comunicó a la demandante que el cargo de Auxiliar de Enfermería había sido suprimido, la demandante optó por percibir la indemnización, quiere decir, que la Administración no desconoció en ningún momento los derechos de carrera que ostentaba, sino que por el contrario, su proceder fue ajustado a la Constitución y la Ley.

CONCEPTO FISCAL

El Procurador Tercero Delegado ante esta Corporación rindió concepto visible de folios 264 a 270, en que solicitó confirmar la sentencia impugnada, por las siguientes razones:

Advirtió que en casos como el presente, donde se suprimen unos cargos y se mantienen otros, siempre le asiste mejor derecho al funcionario inscrito en Carrera

Administrativa, para cuyo evento la Entidad tiene que garantizarle de una manera clara el derecho que tiene de optar por permanecer vinculado o de percibir una indemnización.

Teniendo en cuenta lo anterior, si un funcionario opta libremente por la indemnización, renuncia al derecho de permanecer en la Entidad, pero si no se concede tal opción, puede reclamar el derecho a la incorporación.

Como lo indicó el Tribunal, si la actora era funcionaria inscrita en Carrera Administrativa, situación debidamente acreditada, mientras que las otras 5 funcionarias, no lo estaban, pues como se probó su vinculación era provisional, lo que significa que la demandante ostentaba un mejor derecho, por lo cual debió continuar vinculada al servicio y existiendo cargos iguales al desempeñado por ella, se le debió dar la opción de permanecer vinculada a uno de ellos, no siendo procedente en principio el retiro por supresión del cargo, figura ilegítimamente utilizada por la administración en el sub-judice.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en determinar si la actora como empleada inscrita en Carrera Administrativa en el cargo de Auxiliar de Enfermería, 555 tiene derecho a ser reintegrada preferencialmente en la nueva planta de personal; o sí por el contrario, el retiro del servicio como consecuencia de la reestructuración de la planta de personal se efectuó dando aplicación a las disposiciones legales vigentes.

ACTOS ACUSADOS

Resolución No. 002 de 9 de enero de 2001, suscrita por el Gerente de la E.S.E. Hospital San Fernando de Amaga, por la cual resolvió retirar del servicio a la demandante por supresión del cargo de Auxiliar de Enfermería. (Fls. 3-4)

HECHOS PROBADOS

Vinculación Laboral de la Actora y Derechos de Carrera

A folio 85 del cuaderno No. 2 está acreditado que la actora, laboró en la Entidad demandada desde el 1° de enero de 1973.

Conforme a la Certificación expedida por la Coordinadora del Área Administrativa, de la E.S.E. Hospital San Fernando de Amaga, visible a folio 18, quedó acreditado que la demandante prestó sus servicios a la Entidad hasta el 15 de enero de 2001.

Mediante Resolución No. 814 de 27 de septiembre de 1994, suscrita por el Jefe del Servicio Seccional de Salud de Antioquia, fue inscrita en Carrera Administrativa, en el cargo de Auxiliar de Enfermería. (Fls. 35)

Con Resolución No. 1036 de 6 de noviembre de 1996, suscrita por el Director del DAPD, quedó demostrado que la demandante fue nombrada en período de prueba en el cargo de Profesional Especializado, Código 335, Grado 17, tomando posesión a partir del 26 del mismo mes y año. (Fls. 191-194)

Reestructuración de la Planta de Personal del Hospital

Mediante Acuerdo No. 020 de 19 de diciembre de 2000, la Junta Directiva de la Entidad acusada, fijó el plan de cargos y asignaciones de la E.S.E. Hospital San Fernando (Fls. 4 C-2) y por Acuerdo No. 023 de 22 del mismo año suprimieron 11 cargos de Auxiliar de Enfermería de la planta de personal. (Fls. 51-52 C-2)

Mediante la Resolución No. 002 de 9 de enero de 2001, el Gerente de la E.S.E. Hospital San Fernando, resolvió retirar del servicio a la demandante del cargo de Auxiliar de Enfermería. (Fls. 3-4)

A folio 2 obra el Oficio No. 000018 de 9 de enero de 2001, mediante el cual la Coordinadora del Área Administrativa del Hospital, le comunicó a la demandante que a partir del día 16 de los mismos quedaba retirada y le brindó la posibilidad de optar entre ser incorporada o percibir la indemnización por supresión del cargo.

La Coordinadora del Área Administrativa de la Empresa Social del Estado Hospital San Fernando de Amaga, certificó que después de haber realizado el

Estudio Técnico de Reestructuración de la Entidad, no fueron retiradas del servicio las siguientes personas con nombramiento provisional:

NOMBRE	CARGO
Ana Dolly López Arias	Auxiliar de Enfermería
Gloria Amanda Morales Ruiz	Auxiliar de Enfermería
Silvia Aminta Rojas Gallego	Auxiliar de Enfermería
Ángela Amparo Rojas Gallego	Auxiliar de Enfermería
Gloria Amparo Jaramillo Salinas	Auxiliar de Enfermería

ANÁLISIS DE LA SALA

De conformidad con el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión expresa del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, es preciso aclarar que la competencia del superior se ciñe a lo alegado frente a la decisión de primera instancia, excluyendo cualquier asunto distinto al planteado por el recurrente, es decir, que únicamente se pueden estudiar los argumentos expuestos en el recurso y que fueron objeto de debate ante el A-quo.

De la Incorporación en la nueva Planta de Personal

A juicio de la demandante por encontrarse amparada por los derechos de Carrera Administrativa, debió permanecer en el cargo de Auxiliar de Enfermería por encontrarse escalafonada en Carrera Administrativa, mientras que la E.S.E. Hospital San Fernando de Amaga, resolvió mantener la vinculación del personal nombrado en provisionalidad. En relación con el derecho preferencial de incorporación la Sala observa lo siguiente:

El inciso 1º del artículo 209 de la Constitución Política estableció el fin y los principios con los cuales se debe cumplir la función administrativa, con el siguiente tenor literal:

“La función administrativa está **al servicio de los intereses generales** y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. (...)”

En otras palabras, para el ejercicio de la función administrativa se debe consultar el bien común; esto es, persiguiendo los objetivos de carácter general, que se encuentran consignados en la Constitución Política y en la Ley, en especial en el artículo 2º de la Carta Política; que señala los fines esenciales del Estado, así.

“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. (...)”

Quiere decir que la Constitución le confiere a las Autoridades un poder reglado para el ejercicio de la función administrativa, de acuerdo con postulados característicos del Estado de Derecho, pero en materias, como las relativas a la gestión económica y social, se deja un margen de discrecionalidad para que la Administración, en forma eficaz, procure la satisfacción del interés colectivo, imprimiéndole el carácter Social del Estado de Derecho, donde la función administrativa se encuentra al servicio del interés general, y se base en principios como la eficacia y la celeridad.²

De tal manera que cuando las reformas de las plantas de personal conllevan la supresión de empleos, se erigen en criterios y condiciones relacionados con las necesidades del servicio o modernización de la Administración, siendo objetivas las razones que justifican la reforma.

La decisión de retirar a un empleado de la planta de cargos, como consecuencia de una supresión, puede originarse bien porque todos los cargos de su categoría fueron suprimidos por el acto general, o bien porque en la nueva planta de personal no se creen cargos con funciones iguales o equivalentes en uno de los cuales pudiera incorporarse. Sobre éste tema la Sección Segunda de esta Corporación, ha dicho:

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

² CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-1701 de 7 de diciembre de 2000, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

planta de la entidad igual o superior número de cargos de la misma o distinta denominación, cuando las funciones asignadas, los requisitos y la responsabilidad inherente a dichas funciones sea idéntica. Por el contrario, si el número de cargos se reduce en las mismas condiciones, habrá ocurrido una real supresión de empleos.”³

De conformidad con lo anotado, la supresión de cargos está prevista como una causal de retiro del servicio de los empleados públicos, sin importar que se trate de funcionarios de libre nombramiento y remoción, período fijo o de Carrera Administrativa, facultad que puede ejercer la administración, previo cumplimiento del procedimiento señalado en la Ley 443 de 1998.

El párrafo 1º del artículo 39 de la Ley en comento, prevé:

“Cuando se reforme total o parcialmente la planta de personal de un organismo o entidad y los empleos de carrera⁴ de la nueva planta, sin cambiar sus funciones, se distingan de los que conformaban la planta anterior por haber variado solamente la denominación y el grado de remuneración, aquellos cargos no podrán tener requisitos superiores para su desempeño y los titulares con derechos de carrera de los anteriores empleos, deberán ser incorporados por considerarse que no hubo supresión efectiva de éstos.”

A su turno el Decreto 1572 de 1998, reglamentario de la Ley 443 de 1998, en su artículo 136, dispone:

“Cuando se reforme total o parcialmente la planta de personal de una entidad y los empleos de carrera de la nueva planta, sin cambiar sus funciones, se distingan de los que conformaban la planta anterior por haber variado solamente la denominación y el grado de remuneración, estos cargos no podrán tener requisitos superiores para su desempeño exigibles a los titulares con derechos de carrera de los anteriores cargos, quienes deberán ser incorporados en la situación en que venían, por considerarse que no hubo supresión efectiva de éstos.”

En este orden de ideas las disposiciones que se analizan, garantizan en forma especial los derechos de los empleados de Carrera Administrativa, razón por la cual, las reformas de la planta de personal que impliquen supresión de tales empleos, deben fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración y con base en Estudios Técnicos que así lo demuestren.

³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Sentencia de 6 de julio de 2006, M.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero.

⁴ Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-954-01 de 6 de septiembre de 2001, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Rentería

Caso Concreto

En el sub-examine tratándose de una empleada inscrita en Carrera Administrativa según da cuenta la Resolución 814 de 27 de septiembre de 1994 (Fl. 35) y habiéndose probado que la Entidad mantuvo la vinculación de cinco (5) funcionarias nombradas en provisionalidad (Fls. 5), quiere decir, que a la demandante le asistía mejor derecho de continuar vinculada a la Entidad en uno de los cargos existentes, toda vez que se encontraba escalafonada en Carrera Administrativa.

Es cierto que el nominador tiene la potestad de seleccionar a quienes ocupan las plazas existentes en la reestructuración, pero no puede olvidarse que éstas deben ser suplidas por los empleados con mejor derecho, como el que ostenta la actora, se recuerda que la Sala⁵ ha reconocido el mejor derecho como criterio para acceder a las pretensiones en casos similares al presente; según se ha señalado en decisiones anteriores, basta que se logre probar que personas con inferior derecho fueron incorporadas en cargos respecto de los cuales se reclama la vinculación para acceder a las pretensiones de la actora.

Por ello la Sala se encuentra probado que a la demandante se le desconoció el derecho preferente que en su favor consagraba el parágrafo 1º del artículo 39 de la Ley 443 y el artículo 136 del Decreto 1572 de 1998, para ser incorporada frente a empleados provisionales, en cargos que por equivalencia de funciones y requisitos resultan ser iguales.

En esas condiciones la sentencia que accedió a las súplicas de la demanda, por desconocimiento de los derechos de Carrera Administrativa de la actora, deberá ser confirmada, como en efecto se dispondrá.

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

⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, sentencia de 20 de septiembre de 2007, Expediente 6420 de 2005, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

Sentencia de 1º de marzo de 2007, expediente No. 2399-05, M.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero.

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de 11 de junio de 2009, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, que **accedió a las súplicas** de la demanda incoada por Gloria Marina Muñoz Castro contra la Empresa Social del Estado Hospital San Fernando de Amanga.

Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA