

RETIRO DEL SERVICIO POR SUPRESION DEL CARGO – Empleado con mayor puntaje por parámetros del estudio técnico. No vulnera un mejor derecho / MEJOR DERECHO – No vulneración. Supresión del cargo. Empleado con mayor puntaje de competencia / EVALUACION DE DESEMPEÑO – No constituye criterio para determinar un mejor derecho / ESTUDIO TECNICO –No puede determina la revinculación de los empleados

La parte demandante considera que tenía mejor derecho a ser incorporada a la nueva planta de personal frente a Libia Duarte, Mary Anne Guzmán y Carmen Romero, por cuanto alcanzó un mayor puntaje en una valoración que estableció el Distrito. La valoración que hizo el Distrito de los perfiles de cada funcionario, argumento de la demandante y que acogió el Tribunal de instancia para acceder a las pretensiones de la demanda, está contenida en el estudio técnico que realizó la entidad, los cuales están diseñados para soportar las modificaciones de la Planta de Personal y la necesidad de modernizar la Administración pero en manera alguna para determinar quienes van a ser revinculados a la entidad. La facultad de determinar qué funcionarios se incorpora o no a la nueva planta de personal es discrecional de la entidad, y lo único que debe atender la Administración en estos casos es que los funcionarios incorporados cumplan con los requisitos mínimos que exige el cargo. Ahora, si al proceso se hubieran allegado evaluaciones de desempeño que pudieran evidenciar un mejor puntaje de la actora frente a los funcionarios de los que predica un mayor derecho a ser reincorporada, las mismas serían insuficientes para acceder a las pretensiones de la demanda por vulneración al principio del “mérito”, pues es necesario recordar que en la legislación colombiana no existe norma jurídica que dé mejor derecho a un empleado por haber obtenido un puntaje superior, como quiera que cuando la Ley manda que el ingreso, la permanencia y el ascenso de empleos en carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, ello no significa que el mayor puntaje obtenido sea el requisito *sine qua non* para prevalecer sobre los demás empleados de carrera, pues existen otros criterios para determinar un mejor derecho; lo importante, y como ya se dijo en el párrafo anterior, es que a quien se incorpore cumpla con los requisitos mínimos que exige el cargo, situación que no logró desvirtuar la demandante.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “A”

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá D.C., diez (10) de febrero de dos mil once (2011)

Radicación número: 08001-23-31-000-2002-00172-01(0129-09)

Actor: MARIA LOURDES CASTRO PEÑA

Demandado: DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA

AUTORIDADES DISTRITALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público contra la sentencia de 2 de abril de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, dentro del proceso instaurado contra el Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla.

ANTECEDENTES

María Lourdes Castro Peña, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó de esta jurisdicción que se declarara la nulidad del artículo 1º del **Decreto No. 0218 del 12 de septiembre del 2001**, expedido por el Alcalde de Barranquilla, en lo relacionado con la supresión del cargo de Secretaria 540-05 División Juventud Secretaría de Educación de Participación Ciudadana.

Como consecuencia de la nulidad anterior, pidió que se condene a la entidad accionada a reintegrarla al mismo cargo o a otro de igual o superior categoría, así como al pago de salarios y prestaciones sociales, sin solución de continuidad y que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y s.s. del C.C.A.

Como hechos en los que fundamenta sus pretensiones expuso que desde el 24 de enero de 1994, prestó sus servicios como empleada pública de la Alcaldía de Barranquilla.

Que Mediante Decreto No. 0218 de 2001 el Alcalde Distrital adoptó la nueva planta de personal de la entidad, sin incluir el cargo que venía desempeñando.

Que con la anterior decisión se violó el principio del mérito como fundamento de la permanencia en el servicio, por cuanto debió haber conservado su cargo y no otros de su mismo nivel y grado que no fueron suprimidos.

Como normas violadas invocó los artículos 125 de la Constitución Política y 1º y 2º de la Ley 443 de 1998.

Al desarrollar el concepto de violación manifestó que el acto acusado desconoció el principio del mérito como fundamento para la permanencia en el servicio, en cuanto fue desvinculada teniendo mejores condiciones de experiencia y formación, en relación con otros funcionarios cuyos cargos permanecieron, como es el caso de Mary Anne Guzmán, Libia Duarte Díaz y Carmen Romero Rojas.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Atlántico declaró la nulidad del artículo demandado en lo que se refería a la supresión del cargo de la actora y como consecuencia de ello ordenó su reintegro al cargo que desempeñaba, así como el pago de las sumas debidamente indexadas de los sueldos, prestaciones sociales y demás

emolumentos causados y dejados de percibir desde la fecha de la desvinculación, hasta la del reintegro, descontando el monto del pago por concepto de indemnización. (fls. 161-172)

En primer lugar consideró que la acción instaurada contra un acto de carácter general resultaba pertinente en este caso, como quiera que el Decreto demandado afectó de manera particular su situación consolidada en cuanto suprimió el cargo que venía desempeñando.

En cuanto al fondo del asunto manifestó que la entidad territorial demandada desconoció el principio del mérito, rector de la Carrera Administrativa, por cuanto mantuvo en los restantes cargos de Secretario 540-05 a personal de carrera con menores méritos que la actora. Para sustentar lo anterior analizó la valoración que hizo el Distrito del referido personal y determinó que la señora Castro Peña tenía mejor derecho a ser incorporada en cuanto sus puntajes eran superiores a los de aquellos.

LA APELACIÓN

El Agente del Ministerio Público ante el Tribunal Administrativo del Atlántico interpone recurso de apelación para que la sentencia sea revocada y en su lugar se inhiba para pronunciarse de mérito sobre las pretensiones de la demanda, como quiera que el acto que decidió su retiro del servicio no fue el decreto 0218 de 12 de septiembre de 2001, sino el oficio del 14 de septiembre del mismo año que no fue demandando.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Tercero Delegado ante esta Corporación, al emitir su concepto, solicita que la sentencia objeto de apelación sea revocada para en su lugar denegar las pretensiones de la demanda.

En primer lugar explica que los actos administrativos a demandar cuando se solicita reincorporación en casos de retiro por supresión de cargo deben ser analizados de forma particular, pues son distintas las modalidades que la administración utiliza para procesos de reestructuración.

Dice que en el caso concreto la comunicación a la que hace alusión el apelante no debe tomarse como el acto de retiro, toda vez que la misma está signada por el Jefe de Recursos Humanos quien no es el nominador de la actora, razón por la cual considera que el acto demandado fue el que le definió su situación jurídica.

En cuanto al fondo del asunto manifiesta que si bien su condición de empleada escalafonada le otorgaba un derecho preferencial, no significa que esa gracia sea absoluta frente a sus compañeras de carrera, más aún cuando el fundamento del mejor derecho que predica son unos puntajes de competencia asignados por un estudio técnico, cuya aplicación sólo sirve para conocer las justificaciones que tiene la Administración para realizar una reestructuración y no para decidir quienes continúan vinculados a ella.

CONSIDERACIONES

En el presente asunto se discute la legalidad del **Decreto No. 0218 de 12 de febrero de 2001**, que estableció la planta de personal de la Alcaldía Distrital de Barranquilla y suprimió unos cargos de Secretario Código 540 Grado 06, uno de los cuales venía desempeñando la actora. (fls. 9-13)

Consideró el Tribunal que el acto demandado desconoció el principio del mérito que rige a la Carrera Administrativa por cuanto mantuvo en los restantes cargos de Secretario 540-05 a personal de carrera con menores méritos que la actora. Por su parte la parte recurrente estimó que el acto a demandar era el oficio por medio del cual se le comunicó de la supresión del cargo y no el Decreto que estableció la planta de personal como quiera que este es de carácter general y no creó en la administrada una situación particular y concreta.

Teniendo en cuenta los motivos de inconformidad respecto del fallo apelado, es menester que la Sala recuerde que cada proceso de supresión de empleos debe analizarse de acuerdo con las particularidades propias que lo definen y por ello no es recomendable señalar con exactitud los procedimientos que se deben seguir, 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.

En vista de lo anterior se dirá que el acto administrativo debe entenderse como una decisión adoptada o expedida en ejercicio de 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 situación jurídica.

Por eso 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 estas; 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.

En el caso concreto se tiene que el Decreto 0218, no está dirigido a un grupo indeterminado de personas, por el contrario, como quiera que modificó la planta de personal de la Alcaldía distrital de Barranquilla, 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 citado Decreto, 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 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.

No podrá predicarse lo mismo del oficio del 14 de septiembre del 2001, pues este no fue expedido por el nominador de la actora, además que se limitó sólo a informar lo resuelto en el decreto de modificación de la planta y la consecuencia jurídica que la amparaba, razones suficientes para prescindir del examen jurídico de dicho acto, por ser meramente de ejecución.

Ahora, como quiera que la proposición demandatoria se relaciona directamente con el mejor derecho que le asistía a permanecer en la nueva planta de personal frente a los demás empleados que continuaron en la Administración Distrital en el cargo de Secretario, es fácilmente deducible para la Sala, contrario a lo expuesto por el Tribunal de instancia y por el recurrente, que el acto cuya legalidad debía controvertirse es el de incorporación de empleados, el cual debió expedirse dentro de los 60 días siguientes a la fecha de publicación del Decreto 0218, tal como se estableció en el artículo 2º y 3º.

Lo anterior cobra mayor valor si se tiene en cuenta que el vicio de ilegalidad que se le endilga al Decreto que estableció la nueva planta de personal de la Alcaldía Distrital no se enfoca a demostrar, por ejemplo, la falta de un estudio técnico o la

incompetencia del funcionario que profirió la decisión, sino que ostentaba mejor derecho que las personas que permanecieron prestando sus servicios a la Administración Distrital, vicio de ilegalidad en que incurre la Administración cuando incorpora a empleados con menor derecho, y no cuando suprime y/o establece la nueva planta de personal.

Ahora, a pesar de que en el proceso no se atacó el acto de incorporación, el fundamento alegado en la demanda tendiente a demostrar un mejor derecho para su incorporación, permite que la Sala se pronuncie al respecto por la fragilidad del mismo.

En efecto, la parte demandante considera que tenía mejor derecho a ser incorporada a la nueva planta de personal frente a Libia Duarte, Mary Anne Guzmán y Carmen Romero, por cuanto alcanzó un mayor puntaje en una valoración que estableció el Distrito.

Sin embargo, la valoración que hizo el Distrito de los perfiles de cada funcionario, argumento de la demandante y que acogió el Tribunal de instancia para acceder a las pretensiones de la demanda, está contenida en el estudio técnico que realizó la entidad, los cuales están diseñados para soportar las modificaciones de la Planta de Personal y la necesidad de modernizar la Administración pero en manera alguna para determinar quienes van a ser revinculados a la entidad.

La facultad de determinar qué funcionarios se incorpora o no a la nueva planta de personal es discrecional de la entidad, y lo único que debe atender la Administración en estos casos es que los funcionarios incorporados cumplan con los requisitos mínimos que exige el cargo.

Ahora, si al proceso se hubieran allegado evaluaciones de desempeño que pudieran evidenciar un mejor puntaje de la actora frente a los funcionarios de los que predica un mayor derecho a ser reincorporada, las mismas serían insuficientes para acceder a las pretensiones de la demanda por vulneración al principio del “mérito”, pues es necesario recordar que en la legislación colombiana no existe norma jurídica que dé mejor derecho a un empleado por haber obtenido un puntaje superior, como quiera que cuando la Ley manda que el ingreso, la permanencia y el ascenso de empleos en carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, ello no significa que el mayor puntaje obtenido sea el requisito *sine qua non* para prevalecer sobre los demás empleados de carrera, pues existen otros criterios para determinar un mejor derecho; lo importante, y como ya se dijo en el párrafo anterior, es que a quien se

incorpore cumpla con los requisitos mínimos que exige el cargo, situación que no logró desvirtuar la demandante.

Por las razones que anteceden, se revocará la sentencia apelada que accedió a las súplicas de la demanda para en su lugar, denegar las pretensiones de la misma.

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

REVÓCASE la sentencia de 2 de abril de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, dentro del proceso promovido por María Lourdes Castro Peña contra el Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla, 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

Expediente No. 0129-09 Actor: María Lourdes Castro Peña

