

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

CONSEJERO PONENTE: JAIME MORENO GARCIA

Bogotá D.C., cuatro (4) de octubre de dos mil siete (2007).-

REF.: EXPEDIENTE No. 07001-23-31-000-2003-00143-01

Número Interno 0808-05 P2

AUTORIDADES DEPARTAMENTALES

ACTOR: LIDA CENAIDA PEREZ CISNEROS

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca, el 15 de julio del 2004, en el proceso promovido contra el Instituto Departamental de Salud de Arauca – IDESA - y solidariamente al Departamento de Arauca.

ANTECEDENTES

LIDA CENAIDA PEREZ CISNEROS, 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) **Acuerdo No. 017 del 14 de agosto de 2002** de la Junta Directiva del Instituto Departamental de Salud de Arauca, mediante el cual se determinó la estructura administrativa de dicho Instituto y se fijaron funciones generales de sus dependencias, escalas de remuneración correspondientes a los distintos empleos por niveles de acuerdo con las necesidades de la organización administrativa y los recursos disponibles para atender gastos de funcionamiento.
- b) **Resolución No. 81-1021 del 15 de agosto de 2002**, proferida por el Director de IDESA, por medio del cual se adoptó la estructura, manual de funciones y escala de remuneración correspondiente a los distintos empleos por niveles, de acuerdo con las necesidades de la organización administrativa.

- c) **Comunicación No. 81-008 del 14 de agosto de 2002**, proferido por el Director del Instituto demandado en donde se le informa a la actora que el cargo que venía desempeñando fue suprimido a partir del 15 de agosto de 2002.
- d) **Oficio No. 81-0596 del 14 de marzo de 2003**, suscrito por el Director de IDESA, en el que le informa a la señora Pérez Cisneros que no existe vacante en esa entidad para incorporarla en un cargo de carrera de igual o mejor categoría del que venía ocupando para el 14 de agosto del 2002.

A título de restablecimiento pidió el reintegro a un cargo de carrera de igual o superior categoría al que venía desempeñando y ordenar cancelar todos los sueldos, primas, bonificaciones, y demás prestaciones sociales dejadas de pagar desde el momento en que el cargo se suprimió hasta que se haga efectivo su reintegro.

Concomitantemente solicitó el pago de la indemnización que legalmente le corresponde por el hecho de no haber vacante en un cargo igual o de superior jerarquía del que venía desempeñando en el Instituto demandado.

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.

Como consecuencia de las declaratorias de nulidad de los actos antes enlistados, solicitó, de manera subsidiaria, la nulidad o inaplicabilidad de las Ordenanzas Departamentales Nos. 041 del 30 de julio de 2001, 55 del 26 de noviembre del mismo año, la Resolución 81-0758 del 11 de mayo de 2001, el Acuerdo 025 del 31 de octubre de 2001, el oficio del 31 de octubre de 2001, y las Ordenanzas 01E del 31 de enero de 2002 y la 06E del 27 de mayo del 2002.

Expone como **hechos** de la demanda que se vinculó al IDESA en 1997, siendo su último cargo el de Técnico en Presupuesto, el cual fue suprimido a partir del 15 de agosto del 2002.

Afirma que las funciones específicas del cargo suprimido fueron asignadas inmotivadamente a una servidora pública que venía vinculada al IDESA, y a otras dos personas que fueron vinculadas a la institución mediante ordenes de prestación de servicios.

Sostiene que tales actuaciones van en contra de lo expresado en el artículo 148 del Decreto 1672 de 1998.

En cuanto al proceso de reestructuración señaló irregularidades tales como la falta de publicación del informe técnico sobre el proceso de reestructuración, el cual debía ser publicado de conformidad con el acta de reunión No. 003 de la Junta Directiva, la falta de actuación por parte de todos los integrantes de la Junta Directiva de IDESA cuando se profirió el Acuerdo 017 y la Resolución 81-0758, la ausencia de normas que sirvieran de soporte para expedir la Resolución antes citada y la falta de competencia por parte del Director al proferirla.

Señala que al conocer el contenido del oficio No. 81-008 del 14 de agosto de 2002, escogió la opción legal de obtener tratamiento preferencial para poder ser incorporada dentro de los 6 meses siguientes a un empleo equivalente. Lo anterior lo hizo conocer al Director de IDESA en escrito del 20 de agosto de 2002.

Indica que “*en el entretanto*” fue nombrada en un cargo de libre nombramiento y remoción como Jefe de la Oficina de Planeación, y que al vencerse el término de los 6 meses elevó una petición con el fin de que se decidiera la solicitud de ser reincorporada a un cargo de carrera administrativa.

Advierte que tal solicitud fue resuelta de manera negativa a través del oficio 81-0596, sin que a la fecha de presentación de la demanda hubiera sido cancelado el valor de la indemnización, conforme lo dispone el artículo 39 de la Ley 443 de 1998.

En la oportunidad procesal correspondiente, el **IDESA** contestó la demanda dando por ciertos unos hechos, otros no y ateniéndose a lo que resultare probado respecto a los demás. Consideró infundadas las pretensiones de la demanda y propuso la excepción de inepta demanda, la que a su juicio se configura por haberse posesionado la actora en un cargo de libre nombramiento y remoción, lo que genera la pérdida de los derechos de carrera.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Arauca se declaró inhibida para pronunciarse respecto de la Resolución 81-1021 del 15 de agosto del 2002, por ser un acto de carácter general y abstracto, y de las comunicaciones 81-007 del 14 de agosto del 2002 y la 81-0596 del 14 de marzo del 2003, por cuanto no son manifestaciones de la voluntad de la administración sino actos de mero trámite. En lo demás, denegó las pretensiones de la demanda.

En cuanto al fondo del asunto consideró, en síntesis, que el **Acuerdo 017 del 14 de agosto de 2002**, por medio del cual se determinó la estructura administrativa del IDESA y dentro de la cual no se aprecia la dependencia de Presupuesto en donde laboraba la actora, fue expedido dentro del término establecido por la Ordenanza 06E del 27 de mayo del 2002.

Estima que el proceso de reestructuración en la Planta de Personal del IDESA tuvo como fundamento legal el cumplimiento perentorio de la Ley 617 de 2000, que estableció en el capítulo II el saneamiento fiscal de entidades territoriales. Agrega, que lo anterior no se contrapone a los derechos que genera la carrera administrativa para los funcionarios que se encuentran escalafonados en ella, pues a aquellos a los que se le supriman los cargos pueden optar por ser incorporados en empleos equivalentes o recibir a cambio una indemnización.

Advierte que aunque la demandante alegó estar en carrera administrativa al momento de reestructurarse la planta de personal del IDESA, no allega las pruebas suficientes que corroboren la anterior administración.

Dice, que si en gracia de discusión “(...) y presumiendo que la actora se encontraba en carrera administrativa, la Sala debe señalar que los derechos que le asistían los perdió al momento en que tomó posesión de un cargo de libre nombramiento y remoción, lo cual se prueba con la Resolución No. 81-1121 del 30 de agosto de 2002, por medio de la cual es nombrada en el cargo de Jefe de Oficina de Planeación en la entidad demandada.” (fl.241) Para sustentar lo anterior analiza una sentencia proferida por el Consejo de Estado, que para el efecto transcribe.

FUNDAMENTO DEL RECURSO

La parte actora inconforme con la decisión del a-quo, sustenta el recurso de apelación (fls. 251 a 256) manifestando, en primer lugar, que el Tribunal no adelantó un estudio de fondo, mirando aspectos cronológicos, integrales y sistemáticos que le permitieran tener una verdadera visión y claridad en torno a la ocurrencia real de los hechos de la demanda.

Seguidamente, insiste en que las funciones que ejercía para el momento ilegal de su retiro, fueron asignadas de soslayo a otra servidora pública del IDESA y a dos personas más que fueron vinculadas a través de órdenes de prestación de servicio.

Alega que los actos administrativos que precedieron en el tiempo al que le suprimió el cargo no se pueden mirar en abstracto, pues si bien existían ordenanzas departamentales y otros actos administrativos, ellos eran aislados en el tiempo y destinados particular y exclusivamente a lograr con la culminación del último acto administrativo que materializó la supresión del cargo de la actora, razón evidente para solicitar la nulidad o inaplicación de todos esos actos precedentes al que redondeó la reestructuración de la planta de personal del IDESA.

Insiste que los actos en que se delegan a servidores públicos del departamento para presidir la Junta Directiva de IDESA, son inconstitucionales e ilegales. En sustento de lo anterior transcribe aparte de la Sentencia C-372 del 2002 y cita la C- 1060 del 2003, ambas de la Corte Constitucional, para concluir diciendo que los oficios de delegación que aparecen en el expediente son un irrespeto a los principios de la función administrativa.

Reafirma lo dicho en la demanda en lo tocante a que el tiempo legal para que fuera reincorporada transcurrió sin que el IDESA haya pagado la indemnización a que tiene derecho.

Por último, manifiesta que es cierto que aceptó un cargo de libre nombramiento y remoción, sin embargo eso no es obstáculo para que formalmente se justifique en la sentencia un errado procedimiento administrativo de reestructuración, como lo quiso dar entender el a-quo, “(...) y peor aún, negando el derecho a la indemnización económica a que esta tiene derecho, cosa muy diferente a perder los derechos de la carrera, lo cual no admite discusión.” (fl. 255 y 256)

CONSIDERACIONES

Se trata de dilucidar si se encuentra ajustada a derecho la supresión del cargo que ocupaba la demandante.

En primer lugar se dirá que el **Acuerdo No. 017** se expidió dentro del término establecido por la Ordenanza No. 06E del 27 de mayo de 2002 (fl.89), mediante la cual se concedieron facultades por tres meses al Gobernador del Departamento, a las Juntas Directivas y a los Directores de Institutos y Establecimientos Públicos, para reestructurar las plantas de personal; por lo que resulta atinada entonces la decisión del Tribunal al no anular el Acuerdo Demandado.

Por otra parte, pero sin perder de vista los efectos que produjo el **Acuerdo No. 017**, se tiene que la reestructuración de la planta de personal del **IDESA**, adoptada mediante el citado **Acuerdo**, suprimió de manera impersonal varios cargos de la entidad, entre ellos el de Técnico en Presupuesto que venía ejerciendo la actora.

Al respecto es dable decir, que cuando un acto administrativo suprime un cargo, del cual no queda en la nueva planta ni una sola plaza, como en este caso, ello produce el efecto **particular y concreto** de desvincular a quien lo desempeña, bastándole a la administración comunicarle al empleado tal situación, por lo que es imperativo en esta hipótesis, si el interesado desea ser reintegrado, que solicite y obtenga la nulidad del acto supresor, que fue lo que hizo la demandante en este proceso, al demandar el precitado acuerdo.

Debe tenerse en cuenta que el acto que suprimió en este caso el cargo de Técnico en Presupuesto que desempeñaba la demandante, no era aplicable a un número indeterminado de personas, sino únicamente a la actora, por lo que, aunque no se le menciona en la nueva planta, dicho cargo de la denominación que ella ocupaba fue suprimido, sin que pueda desconocerse, por ese hecho, los efectos particulares que se dieron respecto del empleo que desempeñaba.

De otro lado, fue acertada la decisión del Tribunal al inhibirse frente a la impugnación del oficio 81-008 del 14 de agosto de 2002 (fl.125), pues se trata de un acto de comunicación, ya que la administración se limitó a informarle a la demandante que su cargo fue suprimido, y que, por tal virtud, podía manifestar dentro de los cinco días calendario siguientes a la fecha de recibo de la comunicación, si optaba por recibir indemnización en los términos establecidos en el artículo 39 de la Ley 443 de 1998 o a ser incorporada a la planta de personal en empleo equivalente, opción que a la postre fue la que escogió.

Esta simple comunicación, se repite, no es la que tiene la fuerza para modificar su relación laboral con la entidad demandada, ni tampoco el acto contenido en la Resolución **No. 81-1021**, por ser éste un acto de carácter general.

Ahora bien, como la situación jurídica de la demandante fue definida mediante el **Acuerdo No. 017 de 2002**, y, a juicio de la Sala, también por el **Oficio del 14 de marzo de 2003**, en donde se dijo: “(...) *que a la fecha no existe vacante en el Instituto Departamental de Salud de Arauca para incorporarla a un cargo de carrera de igual o mejor categoría.*” (fl.201); la Sala procederá a estudiar los vicios endilgados a éstas dos actuaciones de la Administración, por ser pasibles de ser demandados ante ésta jurisdicción.

1. De los vicios endilgados contra los actos administrativos demandados que son susceptibles de control de legalidad.

La supresión de cargos, como es sabido, es una causal de retiro del servicio prevista para los empleados públicos indistintamente si son de libre nombramiento y remoción, de período fijo o de carrera administrativa. Encuentra justificación en el hecho de que el interés particular de los empleados públicos está llamado a ceder ante el interés general de mejoramiento del servicio. Por tal motivo, respecto de empleados de carrera administrativa, no puede entenderse que el derecho a la estabilidad laboral comporte la obligación de la administración de mantener a un funcionario indefinida e incondicionalmente en el empleo.

La Constitución y la Ley conceden a la administración la facultad para suprimir empleos. Tratándose de entidades como el Instituto demandado, cuya naturaleza jurídica es la de un establecimiento público descentralizado del orden departamental, la competencia para efectuar procesos de reestructuración que impliquen modificación en las plantas de personal y por ende de supresión de cargos, recae en la Junta Directiva, en virtud de lo señalado en el Decreto 1221 de 1986.

Por consiguiente, la Sala encuentra ajustado a derecho el acuerdo demandado por cuanto fue proferido por el órgano competente, como lo es, se repite, **la junta directiva de la entidad.**

Por otra parte, mal puede censurarse el acuerdo, por la delegación que hizo en el Director para que realizara las gestiones pertinentes para llevar a cabo la reestructuración, cuando, precisamente, su labor de ejecución de las políticas de la Junta Directiva le imponían tal actuación.

El artículo 41 de la Ley 443 de 1998 es del siguiente tenor:

“Con el fin de garantizar la preservación de los derechos de los empleados de carrera, las reformas de planta de personal de las entidades de la rama ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, que impliquen supresión de empleos de carrera, deberán motivarse expresamente; fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración y basarse en estudios técnicos que así lo demuestren, elaborados por las respectivas entidades, la Escuela Superior de Administración Pública, firmas especializadas en la materia, o profesionales en administración pública u otras profesiones idóneas, debidamente acreditados, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

Toda modificación a las plantas de personal de las entidades del orden nacional, incluidas sin excepción los establecimientos públicos, las corporaciones autónomas regionales y las plantas de personal de empleos públicos que formen parte de las empresas industriales y comerciales del Estado, deberá ser aprobada por el Departamento Administrativo de la Función Pública. El Departamento Administrativo de la Función Pública llevará el balance de cargos deficitarios que, requiriéndose para el cumplimiento de los fines de las entidades nacionales, no hubiere sido posible crearlos en las respectivas plantas de personal por razones de orden presupuestal. Dicho balance se justificará en estudios técnicos de planta consultando exclusivamente las

necesidades del servicio y las técnicas de análisis ocupacional con prescindencia de cualquier otro concepto.

Parágrafo. *En el orden territorial, los estudios de justificación de reformas a las plantas de personal serán remitidas para su conocimiento a las Comisiones Departamentales del Servicio Civil y a las Comisiones Seccionales de Contralorías, según el caso.” (parágrafo declarado inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C- 372 de 1999).*

A su vez el artículo 149 del decreto 1572 de 5 de agosto de 1998, modificado por el artículo 7º del decreto 2504 de 10 de diciembre de 1998, previó:

“Se entiende que la modificación de una planta de personal está fundada en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración, cuando las conclusiones del estudio técnico de la misma deriven en la creación o supresión de empleos con ocasión, entre otros, de:

- Fusión o supresión de entidades.*
- Cambios en la misión u objeto social o en las funciones generales de la entidad.*
- Traslado de funciones o competencias de un organismo a otro.*
- Supresión, fusión o creación de dependencias o modificación de sus funciones.*
- Mejoramiento o introducción de procesos, producción de bienes o prestación de servicios.*
- Redistribución de funciones y cargas de trabajo.*
- Introducción de cambios tecnológicos.*
- Culminación o cumplimiento de planes, programas o proyectos cuando los perfiles de los empleos involucrados para su ejecución no se ajusten al desarrollo de nuevos planes, programas o proyectos o a las funciones de la entidad.*
- Racionalización del gasto público.*
- Mejoramiento de los niveles de eficacia, eficiencia, economía y celeridad de las entidades públicas.*

PARÁGRAFO: *Las modificaciones de las plantas a las cuales se refiere este artículo deben realizarse dentro de claros criterios de razonabilidad, proporcionalidad y prevalencia del interés general.”*

Cuando se expidió el Acuerdo acusado en este proceso por el cual se modificó la planta de personal y se suprimieron cargos, se encontraba vigente la ley 443 de 1998 y, aún más, su artículo 41 denominado “*Reforma de plantas de personal*”, ya había sido reglamentado por el decreto 1572 de 5 de agosto del mismo año, precepto que previó los parámetros y procedimientos necesarios para la modificación de plantas de personal según se desprende del título VI artículos

148 y siguientes del decreto citado, modificado en algunos de sus artículos por el decreto 2504 de 10 de diciembre de 1998.

Y ciertamente las disposiciones precitadas consagraron para las entidades allí enunciadas, cuando de supresión de empleos de carrera se trate, la exigencia de elaborar un estudio técnico que constituye el soporte de la reforma de la planta de personal.

Da cuenta el plenario a folios 109 a 111 el estudio técnico realizado por el Instituto sobre la reestructuración administrativa y racionalización de la planta de personal de la administración, en donde se explica pormenorizadamente las razones que ameritaban eliminar el cargo de Técnico de Presupuesto, los cuales se convirtieron en antecedentes para la expedición de los actos acusados. Así mismo, se señalan las políticas de transformación, en donde uno de los objetivos buscados fue el ahorro de los recursos públicos y una mayor eficiencia y eficacia en su labor.

Aunado a lo anterior, son innumerables las pruebas que gravitan en el expediente que demuestran que la decisión de la nueva estructura de personal, así como la supresión de cargos no fue adoptada de manera ligera

2.- Mejor derecho para ser reubicado

Luego de que a través del oficio No. 81-008 del 14 de agosto del 2002, se le comunicara a la actora la supresión del cargo de Tecnóloga en Presupuesto que venía ejerciendo, ésta optó por la incorporación, conocida regularmente como reincorporación, que está regulada por los incisos 1 y 2 del artículo 39 de la Ley 443 de 1998; sin embargo, el Director del IDESA, a través del **Oficio 81-0596 del 14 de marzo del 2003**, negó la existencia de vacantes en el Instituto para incorporarla a un cargo de carrera de igual o mejor categoría.

Como la demandante asegura que tenía derecho a ser reincorporada en el cargo de Profesional Especializado Apoyo Administrativo y Financiero, la Sala deberá centrar la atención ya no frente al Acuerdo demandado, sino frente al **Oficio 81-0596 del 14 de marzo del 2003**, el cual, como ya se dijo, informó acerca de la no existencia de un

cargo de carrera de igual o mejor categoría al interior del Instituto donde pudiera incorporarla.

CASO CONCRETO:

Para poder determinar si el cargo al cual pretende que se le incorpore, es igual o de mejor categoría del que venía ejerciendo en la antigua planta de personal, la Sala considera necesario hacer el siguiente cotejo:

PRMERA INCORPORACION	SEGUNDA INCORPORACION
TECNICO EN PRESUPUESTO	PROFESIONAL ESPECIALIZADO APOYO ADMINISTRATIVO Y FINANCIERO
NATURALEZA DEL CARGO	NATURALEZA DEL CARGO
Ejecución de labores técnicas de determinación, cálculo y control de los ingresos y gastos del Instituto Departamental de Salud de Arauca	Apoyar la labor de análisis de los ingresos y gastos del Instituto y sus instituciones prestadoras de servicios adscritas, brindar apoyo técnico en procesos administrativos de la I.P.S públicas y la oficina central
JEFE INMEDIATO	JEFE INMEDIATO
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	SUBDIRECTOR ADMINISTRATIVO Y FINANCIERO
FUNCIONES	FUNCIONES
· Realizar estudios y análisis para el desarrollo de las actividades relacionadas con la elaboración, administración y control del presupuesto.	· Apoyar a la subdirección Administrativa y Financiera en la programación presupuestal de ingresos y gastos de la entidad.
Asesorar al jefe inmediato en la determinación de prioridades presupuestales y coordinar la formulación del presupuesto del IDESA	· Apoyar al Subdirector Administrativo y a la oficina de planeación en la elaboración del proyecto anual de presupuesto del IDESA con destino a la Junta Directiva y el Ministerio de Salud en coordinación con la oficina de planeación.
· Realizar informes sobre la ejecución presupuestal	· Emitir conceptos financieros , que le sean solicitados de acuerdo con los aspectos técnicos presupuestales y financieros

Expedir, firmar y radicar disponibilidad presupuestal	· prestar apoyo y asesoría en el área financiera a la oficina central y las instituciones adscritas al IDESA
Elaborar el proyecto de solicitud de modificaciones al presupuesto	· Apoyar la realización de estudios y análisis financiero para el desarrollo de las actividades relacionadas con la elaboración del presupuesto.
Elaborar informes periódicos al jefe inmediato sobre el desarrollo de sus actividades.	
Coordinar con su superior inmediato el plan de desarrollo de las actividades a su cargo	
Velar por la consecución oportuna de los recursos necesarios para el desarrollo de sus funciones y para la racional utilización de los disponibles.	
Elaborar con celeridad y eficacia los informes financieros que soliciten los entes fiscalizadores y de control.	Elaborar informes financieros que soliciten los entes fiscalizadores y de control con la debida celeridad y eficacia.
Las demás funciones que le sean asignadas y estén acordes con la naturaleza del cargo	
REQUISITOS	REQUISITOS
Formación técnica o tecnológica en el área financiera o administrativa	Título profesional especializado en el área administrativa, económica o financiera
EXPERIENCIA	EXPERIENCIA
Dos años de experiencia en actividades como técnico en presupuesto o administración financiera	Dos años de experiencia profesional relacionados con las funciones.

Hasta aquí llama la atención de la Sala la similitud entre las funciones ejercidas por la actora como Tecnóloga con las del Profesional Universitario Apoyo Administrativo y Financiero.

Además, a folio 204 se observa la respuesta que la Jefe de Recursos Humanos le dio a la actora ante la petición que elevó ante el Director de IDESA, en donde se le informa, entre otras cosas, que existen dos cargos de carrera en el Instituto después del 14 de agosto del 2002, cuales son el de Profesional Universitario, Jefatura de Recursos Humanos y el de **Profesional Universitario, Apoyo a la gestión Administrativa,**

ocupados por Alba Rosa Medrano Pérez y **NHORA ELSY ROJAS**, respectivamente, **por medio de nombramientos provisionales.**

Teniendo en cuenta que la decisión de reincorporar a un funcionario al que le fue suprimido el cargo es totalmente discrecional, la Sala debe analizar si se configura una desviación de poder al preferirse empleados **en provisionalidad** para ocupar cargos de la nueva planta de personal desconociendo al mismo tiempo derechos de un empleado de carrera administrativa.

La desviación de poder consiste en que determinada atribución de que está investida una autoridad se ejerce, no para obtener el fin que la ley persigue y quiere, sino otro distinto. Para que se configure la desviación de poder es necesario que quien alegue aporte al proceso los elementos directos o indirectos que demuestren el interés particular y malintencionado que movió al funcionario al expedir el acto.

Este vicio que el fin propio del servicio que constituye uno de los elementos esenciales del acto administrativo, a pesar de que éste en apariencia sea legal, por haber sido dictado por el órgano competente, cumpliendo las reglas de fondo y de forma y observando las normas superiores a las que está sujeto.

El fin último de la carrera administrativa es lograr la eficiencia del Estado, de ahí que se consagre dentro de este sistema de personal instrumentos como el ingreso por meritos mediante concurso público y un sistema de capacitación del empleado. Lo anterior implica que la permanencia en el servicio de quienes se encuentran dentro de la carrera administrativa es una razón fundante de la función pública.

Por estas razones, la Sala considera que cuando la administración pudiendo incorporar a un empleado de carrera prefiere a un funcionario en provisionalidad, a sabiendas que éste no ha ingresado por meritos al servicio, indica que el poder que se ejerció para fines distintos de aquellos para los cuales le fueron conferidos por la ley, favoreciendo o beneficiando a un tercero e irrogando un daño correlativo.

Así las cosas, la Sala encuentra probada la desviación de poder que desvirtúa la presunción de legalidad del oficio **No. 81-0596 del 14 de marzo del 2003**, que negó la existencia de vacantes en un cargo equivalente al que la actora venía desempeñando, por cuanto no incorporó a la demandante cuando ella tenía un derecho preferente a ello por pertenecer a la carrera administrativa, razón por la cual se declarará la nulidad de dicho oficio en la parte resolutive de la sentencia.

3. Del restablecimiento del derecho:

Bien sabido es que el fin determinante cuando se ejerce la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A, es el **restablecimiento del derecho** transgredido por el acto que se acusa, el cual ha de traducirse en la petición de reparación del **daño** que con él se ocasionó.

A raíz de la ilegalidad del acto que se acusa surge la obligación por parte del administrador judicial de reparar el daño que ocasionó dicho acto. **En este momento es dable decir que la reparación del daño debe dejar indemne a la persona, esto es, como si nunca hubiere ocurrido**, o al menos en la situación más próxima a la que existía antes e su suceso.

En consecuencia, la orden que dará la Sala será la de **reincorporar** a la señora Lidia Cenaida Pérez Cisneros en un cargo equivalente o de mayor categoría del que venía ejerciendo al momento de la supresión, ordenando para el efecto el pago de todos los emolumentos dejados de percibir desde la fecha de retiro **hasta el momento en que se posesionó en el cargo de Jefe de la Oficina de Planeación en la sede principal de Arauca.**

Lo anterior, por cuanto al tomar posesión del cargo de Jefe de Oficina de Planeación siguió recibiendo un salario por parte de la administración, inclusive un poco más alto.

Por ello mismo, no se ordenará que se descuenten las sumas que devengó la actora mientras ejerció el referido cargo, pues no se estaría cumpliendo con la finalidad de la reparación del daño, todo lo contrario, se le

estaría dejando en una situación en la que nunca estuvo, es decir, morosa frente a la administración.

La explicación a la anterior solución esta dada en un principio general del derecho, cual es que el resarcimiento del perjuicio, debe guardar relación directa con la magnitud del daño causado, más no puede superar ese límite ni ser inferior a él; tanto así que si el daño se repara por encima del realmente causado, se produce un enriquecimiento sin justa causa a favor de la víctima, y si se resarce por debajo del realmente causado, se configura un empobrecimiento sin causa para la víctima.

Por otro lado, el Tribunal aseguró que *“(...) los derechos que le asistían los perdió al momento en que tomó posesión de un cargo de libre nombramiento y remoción, lo cual se prueba con la Resolución No. 81-1121 del 30 de agosto de 2002, por medio de la cual es nombrada en el cargo de Jefe de Oficina de Planeación en la entidad demandada.” (fl.241)*

Tal apreciación no puede ser de recibo por la Sala, pues la opción de incorporarse que tomó la actora fue en virtud de los **derechos que le otorga la carrera administrativa al funcionario a quien se le suprime el cargo**¹. Esta alternativa no sólo fungió para ella al momento en que se le suprimió el cargo sino que la **tomó** antes de posesionarse en el cargo de libre nombramiento y remoción, a través del comunicado del 20 de agosto de 2002 enviado al Director del Instituto, visible a folio 196 del expediente.

¹ Artículo 135 del Decreto 1572 de 1998, “Los empleados de carrera, incluidos quienes se encuentren en período de prueba, a quienes se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, como consecuencia de la supresión o fusión de entidades o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra o de modificación de planta, **tendrán derecho a optar por ser incorporados a empleos equivalentes conforme con las reglas de que trata el artículo 39 de la Ley 443 de 1998, para lo cual debe surtirse el trámite que legalmente se adopte o por recibir la indemnización de que trata el artículo 137 de este decreto.**”

Es conveniente advertir que las consecuencias de la supresión de cargos frente a cada situación en particular no son iguales, porque el legislador distingue entre quien no es funcionario de carrera y el que sí está inscrito en ella.

En el segundo caso se está frente al servidor público titular de unos **derechos**, entre los que se encuentran las indemnizaciones o el tratamiento preferencial al momento de suprimírseles el cargo, los cuales no pueden ser desconocidos por posesionarse en otro distinto **mientras se le define su situación de incorporación**, que tomó, como ya se dijo, amparada en unos derechos que le otorga la carrera a la que pertenece.

Sostener entonces que ya no se puede incorporar al funcionario de carrera a quien se le suprimió el cargo porque mientras se definía su solicitud de incorporación se posesionó en uno de libre nombramiento y remoción, limitaría el derecho al trabajo del funcionario, quien para no perder el derecho a la incorporación deberá estar cesante durante los 6 meses que otorga la Ley². Además, se dejaría una puerta abierta para que la administración, con la complacencia obligada del empleado de carrera que optó por la incorporación y que enfrenta las consecuencias propias del cese de actividades, ubique al funcionario en un cargo de libre nombramiento y remoción, para hacerlo perder los derechos de carrera que decidió conservar cuando optó por la figura de la incorporación.

Y es que existe una gran diferencia entre el empleado de carrera quien sin habersele suprimido su cargo decide tomar posesión de un empleo de libre nombramiento, y el que lo toma para no quedar cesante mientras se define su incorporación.

² Artículo 39 Ley 443 de 1998 numeral 1°

En efecto, mientras que en la primera hipótesis el empleado de carrera cambia de cargo por considerar que las bondades del nuevo son superiores a los derechos de carrera que le brindaba el antiguo, en la segunda, el funcionario de carrera lo toma con el fin de conservar la estabilidad que puede llegarle a brindar la carrera administrativa, y en el mejor de los casos mantener entre tanto las condiciones de vida con que venía antes de que le suprimieran su cargo.

En conclusión, la Sala considera que el posesionarse en un cargo de libre nombramiento y remoción mientras se define sobre la solicitud de incorporación de un empleado de carrera, no genera *per se* la pérdida de la opción que escogió amparada en los derechos de carrera.

En consecuencia, se ordenará que en caso de no seguir en el cargo de **Jefe de la Oficina de Planeación en la sede principal de Arauca** se paguen también los salarios dejados de devengar desde el momento en que se desvinculó de éste último hasta que se produzca efectivamente su reintegro.

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

REVOCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca el quince (15) de julio del dos mil cuatro (2004), en el proceso promovido por LIDIA CENAIDA PEREZ CISNEROS contra el INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD DE ARAUCA –IDESA-. En su lugar se dispone:

1. **INHIBASE** la Sala frente a la Resolución 81-1021 del 15 de agosto del 2002, “por medio de la cual se adoptó la estructura, manual de funciones y escala de

remuneración correspondiente a los distintos empleos por niveles, de acuerdo con las necesidades de la organización administrativa”

2. **INHIBASE** la Sala frente a la comunicación No. 81-008 del 14 de agosto de 2002.
3. **DECLARESE** la nulidad del oficio No. 0596 del 14 de marzo del 2003, suscrito por el Director de IDESA.
4. **CONDENASE** al Instituto Departamental de Salud de Arauca – IDESA- a incorporar a la demandante LIDIA CENAIDA PEREZ CISNEROS a un cargo equivalente o de mayor jerarquía al que venía desempeñando, pagándole los emolumentos dejados de percibir desde la fecha de retiro **hasta el momento en que se posesionó en el cargo de Jefe de la Oficina de Planeación en la sede principal de Arauca.**
5. En caso de no seguir en el cargo de **Jefe de la Oficina de Planeación en la sede principal de Arauca**, **CONDENASE** también al pago de los salarios dejados de devengar desde el momento en que se desvinculó de éste último hasta que se produzca efectivamente su reintegro.
6. Las sumas a pagar se actualizarán de conformidad con la siguiente fórmula:

$$R = RH \frac{\text{Indice final}}{\text{Indice inicial}}$$

en la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (RH) que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de salarios y prestaciones sociales desde la fecha de su desvinculación, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente a la fecha de pago de cada mensualidad, teniendo en cuenta los aumentos salariales producidos o decretados durante dicho periodo.

7. **Declárese** que no existe solución de continuidad, para todos los efectos, por virtud del lapso comprendido entre el retiro y el reintegro.
8. La entidad dará aplicación, para el cumplimiento de esta sentencia, a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A.
9. **DENIEGANSE** las demás pretensiones de la demanda.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE

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

GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

JAIME MORENO GARCIA

ALFONSO VARGAS RINCON

(Ausente)

EXP. No. 0808-05 ACTOR: LIDIA CENaida PEREZ CISNEROS