

EMPLEO -Definición / EMPLEO – Regulación legal

El empleo ha sido definido tradicionalmente en la legislación colombiana en relación con las funciones que debe realizar el empleado que lo ocupa, las responsabilidades que se asignan y los requisitos para acceder al mismo.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1042 DE 1978-ARTICULO 2 / DECRETO 2503 DE 1998

SUPRESION DE CARGO – Inexistencia

La supresión de un empleo puede resultar inexistente cuando subsisten en la planta de personal de la entidad igual o superior número de cargos de la misma denominación con igual o distinto grado, siempre que las funciones asignadas y la responsabilidad inherente a dichas funciones sea idéntica. En la primera resolución a pesar de que se distribuyó en la planta 34 cargos de Profesionales Especializados, Código 3010, Grado 19, se incorporaron en los mismos 24 empleados de carrera y uno en provisionalidad, para un total de 25. La tercera resolución, muestra que las funciones asignadas a los cargos de Profesional Especializado, Código 3010, Grado 19, según cada dependencia, son las mismas asignadas al manual específico de funciones y requisitos generales de la antigua planta de personal, como lo muestra la Resolución No. 0860 de 13 de septiembre de 2002 (fls. 447 a 463). Lo anterior permite concluir que no hubo ninguna supresión del cargo de Profesional Especializado, Código 3010, Grado 19, sino que por el contrario aumentaron en su número de 30 a 36. Así las cosas, la entidad tenía de oficio que incorporar en los cargos de Profesional Especializado, Código 3010, Grado 19, a todos los 30 empleados que venían desempeñando las mismas funciones asignadas a los mismos. La decisión de no incorporar al actor en la nueva planta de personal, violenta de manera grosera no sólo los artículos 39 y siguientes de la Ley 443 de 1998, sino el artículo 125 de la Constitución Política, que propende por lograr que en la mayoría de los empleos en las entidades del Estado sean provistos por personas que estén dentro de la carrera administrativa para salvaguardar la buena prestación del servicio.

FUENTE FORMAL: LEY 443 DE 1998 / CONSTITUCION POLITICA-ARTICULO 125

SUPRESION DEL CARGO – Tipos de incorporación / INCORPORACION OFICIOSA POR SUPRESION DEL CARGO – El funcionario no puede escoger entre ésta y la indemnización / INCORPORACION OFICIOSA POR SUPRESION DEL CARGO- Discrecionalidad

Ahora bien, existen dos tipos de incorporación, que a pesar de tener igual denominación legal, ocurren en dos momentos diferentes porque corresponden a dos objetivos distintos. La primera incorporación, al que hace referencia el parágrafo 1º del artículo 39 de la Ley 443 de 1998, es la incorporación oficiosa, que se hace en el mismo cargo que el empleado venía desempeñando o en un cargo diferente que habiendo cambiado de denominación o grado tenga las mismas funciones, teniendo solo derecho los titulares de los cargos no suprimidos o los titulares de cargos distintos pero que conservan las mismas funciones. Igualmente, esta primera incorporación procede cuando existe una supresión parcial o una reducción de una misma clase de empleo, sólo que en este caso la administración deberá escoger discrecionalmente quien debe continuar debido a la

imposibilidad material de incorporar a todos. Esta incorporación se hace una vez proferido el acto que modifica la estructura, esto es, una vez suprimida la planta de personal y expedida la nueva; y por lo general se realiza, mediante uno o varios actos de contenido particular y concreto, donde se señalan en definitiva las personas que continuarán en los cargos subsistentes. Lo anterior, para aclarar al demandado que en esta incorporación no se ejercita el derecho que tratan los incisos uno y dos del artículo 39 de la ley 443 de 1998, es decir, el funcionario no tiene la posibilidad de escoger entre la incorporación en un cargo equivalente o recibir la indemnización, porque la incorporación es oficiosa y directa, sin intervención alguna del empleado escalafonado.

FUENTE FORMAL: LEY 443 DE 1998 – ARTICULO 39 PARAGRAFO 1 / DECRETO 217 DE 2003

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN “A”

Consejero Ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil diez (2010).

Radicación número: 25000 23 25 000 2003 05438 02(0093-08)

Actor: DANIEL HUMBERTO REYES BOCANEGRA

Demandado: MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL

Se decide el recurso de apelación impetrado oportunamente por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 16 de agosto de 2007 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que denegó las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

El señor Daniel Humberto Reyes Bocanegra, en ejercicio de la acción de nulidad y restableciendo del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó de esta jurisdicción que se declarara la nulidad de la Resolución No. 0126 de 14 de febrero de 2003, expedida por la Ministra de Ambiente,

Vivienda y Desarrollo territorial, “*por la cual se retira del servicio a unos funcionarios*” y se resuelve suprimir el cargo de Profesional Especializado Código 3010 Grado 19 desempeñado por el actor.

A título de restablecimiento del derecho pidió que se condene a la entidad demandada a reubicarlo en la planta global del Ministerio en un cargo igual o de superior jerarquía, al reconocimiento de salarios con aumentos legales anuales, prestaciones sociales y aportes en seguridad social dejados de percibir o sufragados por el demandante desde el momento de la supresión del cargo hasta la fecha del reintegro, declarándose la no solución de continuidad y que las anteriores sumas se reconozcan y paguen con la respectiva indexación certificada por el DANE. Igualmente solicitó que la sentencia se cumpla de conformidad con los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A. y que se condene en costas a la entidad demandada.

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

En síntesis, en la demanda, se relataron los siguientes:

El actor se vinculó al Ministerio de Medio Ambiente¹ en el cargo de Profesional Especializado Código 3010 Grado 19, mediante Resolución de nombramiento No.762 de 15 de julio de 1996 y Acta de Posesión No. 0102 de 22 de agosto del mismo año, y fue inscrito en el registro público de empleados de carrera administrativa.

Desde el 22 de agosto de 1996 hasta el 10 de diciembre de 1997, fue ubicado en la Oficina de Control Interno de Gestión y empezó a ejercer la función en materia contable y financiera; por medio de memorando de 10 de diciembre se le comunicó que a partir del 11 de diciembre de 1997 sería reubicado para desempeñar funciones en el Grupo de Control Interno Disciplinario, la cuales difieren y son incompatibles con las correspondientes al cargo de Contador Público para el cual fue nombrado y posesionado. Desde ese momento se inicia una persecución laboral en su contra por los siguientes acontecimientos:

¹ El Ministerio de Medio Ambiente fue transformado por la adscripción de funciones hechas en la ley 790 de 2002, convirtiéndose en el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, de conformidad con el artículo 7º de la norma citada.

- El anterior traslado es ajeno a la naturaleza funcional y a los requisitos académicos y de experiencia laboral, acordes con su perfil profesional.
- La Coordinadora del Grupo Disciplinario, a los seis meses calificó al actor de manera irregular e ilegal por supuesto bajo rendimiento en el desempeño laboral, con un puntaje definitivo de 440/1000 en horas de la mañana y en la tarde con 637/1000, situación completamente atípica dentro de la ley, pues solo es posible una calificación.
- Frente al anterior pronunciamiento se presentó recurso de reposición, el cual fue resuelto sin pronunciamiento de fondo el 15 de diciembre de 1998.
- Sólo hasta el 08 de marzo de 1999 reasumió las funciones en Control Interno de Gestión.
- Durante el transcurso de los años 1999-2000 el actor entrega al ex jefe de la oficina de Control Interno del Ministerio de Ambiente tres memorandos en los cuales hace alusión a diversas situaciones irregulares de tipo laboral inherentes a la oficina de Control Interno.
- En los periodos 2000-2001, 2001-2002 y 2002-2003 no existe una concertación de objetivos y de seguimiento a la evaluación del desempeño laboral conforme a la Ley 443 de 1998
- El Jefe de la Oficina de Control Interno promueve temerariamente acción disciplinaria contra el demandante, cuando el artículo 27 de la Ley 43 de 1990 ordena que únicamente la Junta Central de Contadores Públicos puede imponer sanciones disciplinarias.

Posteriormente, el 12 de octubre de 2000 entrega informe de auditoría interna en el Despacho de Control Interno y en el del Ministro, denunciando transferencias irregulares de fondos de cuentas corrientes oficiales del Ministerio, por valor de \$1.000.000.000=, situación que aumenta la persecución laboral en su contra.

Mediante informe de Auditoría Gubernamental con enfoque integral, el Contralor Carlos Ossa Escobar radica en el Ministerio de Ambiente un informe correspondiente al año 2000 en el que confirma la transferencia irregular de fondos y reconoce algunas irregularidades en los trámites de los expedientes disciplinarios entre ellos, el del actor. Sobre este punto precisa el accionante que la Resolución por medio de la cual es sancionado disciplinariamente se encuentra

demandada en acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Durante los años 2001 y 2002 el informe de control interno contable anual, que venía realizando satisfactoriamente el actor, es adelantado por parte de un administrador público, es decir, por nómina paralela, sin requerimiento previo ni observación alguna al demandante por parte de los órganos de control del Estado. Lo anterior da lugar a una duplicidad de funciones para la Oficina de Control Interno y el Ministerio de Ambiente, circunstancia que analiza la Contaduría General de la Nación, aduciendo la no idoneidad de un administrador para rendir informes en la materia.

En los años 2002 y 2003, el señor Daniel Reyes entrega varios memorandos y comunicaciones en los cuales deja constancia de su inconformidad en relación con la concertación de objetivos, y de la obstaculización y falta de colaboración para adoptar el Sistema Nacional de Contabilidad Pública.

Mediante el Decreto No.217 de 2003 se suprimió el cargo que desempeñaba el demandante en la planta de personal de la Oficina de Control Interno, y por medio de la Resolución No.0216 de 2003 se le retiró del servicio.

La adscripción de funciones incluidas por mandato de la ley 790 de 2002 en el Decreto No.216 de 2003 *“Por el cual se determinan los objetivos, la estructura orgánica del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y se dictan otras disposiciones”* conlleva a un aumento en la carga laboral de la Oficina de Control Interno del Ministerio, por lo que resulta contradictorio que en el Decreto No.217 de 2003, se elimine el cargo de control interno de gestión contable y financiero, cuyo carácter es permanente y está contenido en las leyes citadas.

Contradictoriamente, el Decreto No.217 de febrero 03 de 2003 suprime por un lado, en su artículo 1º 30 cargos de Profesional Especializado 3010-19, mientras que en su artículo 3º señala que las funciones propias del Ministerio serán cumplidas por la planta de personal establecida, dentro de la cual se establece 36 cargos de Profesional Especializado 3010-19.

La asignación de un Profesional Especializado 3010-19 por la Resolución No.0216 para la Oficina de Control Interno, no tiene el estudio técnico

de cargas laborales, tal y como lo prevé la Ley 443 de 1998 y su Decreto Reglamentario 1572 de 1998. De haber sido así, se hubiese suprimido un cargo de administrador y no uno de contador, que es de gran importancia en esa dependencia.

El demandante en diferentes oficios insistió en la falta de recurso humano calificado para agilizar el trabajo inherente a la evaluación y seguimiento de la función contable y financiera del Ministerio, los efectos nocivos del la contratación paralela y el incumplimiento en la entrega de los insumos requeridos para la elaboración del informe consolidado de la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales y el Fondo Nacional Ambiental.

Una vez finalizada la reforma administrativa, la entidad demandada procede a realizar nombramientos provisionales, lo cual va en contravía del proceso lógico jurídico de racionalización administrativa y financiera de la ley aprobada.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Se invocaron en la demanda las siguientes:

- Artículos 1°, 2°, 4°, 6°, 13, 25, 29, 53, 121, 122, 125, 209, 228, 269 y 354 de la Constitución Política;
- Facultades extraordinarias: Ley 790 de 2002 artículos 1°, 16 parágrafo 1; 17, 18 y 19.
- Función administrativa: Ley 489 de 1998 artículos 3° y su parágrafo, 27, 28, 29, 52, 54 literales f), e), l) y m), y 62 literal j);
- Función de Control Interno: Ley 87 de 1993 artículos 3° literal a), 6°, 10, 11 parágrafo 2° y 12; Decreto 2145 de 1999 artículos 6° literal d) y 8° literal e); Resolución No.196 de 2001 artículos 4°, 8° y 9°;
- Función Financiera y Contable: Ley 42 de 1993 artículo 10; Ley 298 de 1996 artículos 3° literal k), 4° literal a) y r); Ley 716 de 2001 artículos 8° y 9°;
- Función Pública: Decreto-Ley 2400 de 1968 artículo 25; D-R 1950 de 1973 artículo 105; Ley 443 de 1998 artículos 1°, 23, 30, 31, 36, 39, 40, 41 y 42; Decreto 1568 de 1998 artículos 76 y 83; Decreto 1572 de 1998 artículos

104 a 123 y 135 a 157; Decreto 2503 de 1998 artículos 2°, 4° y 5° literal d); Decreto 2504 de 1998; y Decreto 861 de 2000.

Los conceptos de violación son los siguientes:

1. Violación de normas constitucionales y legales: No se le respetó su dignidad ni el trabajo que desempeñaba en la Oficina de Control Interno; el acto demandado desconoció el mandato del artículo 2° de la C.P. y el principio de eficacia y mérito para quienes prestan sus servicios a la administración; las funciones específicas por él desarrolladas debieron ser incorporadas en la nueva planta; el acto atacado vulneró su derecho a la igualdad, pues no tuvo las mismas oportunidades que otros funcionarios que sí continuaron en el desempeño de su labor; la decisión de desvincularlo no fue sometida a discernimiento y se vulneró su derecho al trabajo, ya que no se tuvo en cuenta la importancia de las funciones desarrolladas; la resolución de supresión se le comunicó a través de un acto de comuníquese y cúmplase, sin derecho a recursos y sin la celebración de audiencia alguna que permitiera escuchar sus razones.

2. Falsa Motivación: La Resolución No.0216 de febrero 14 de 2003 fue expedida sin tener en cuenta que la supresión del empleo no era un efecto necesario; si el estudio cumplió con los parámetros de la ley, no debió concluir que debía suprimirse el cargo de Profesional Especializado 3010-19. De igual manera, si el artículo 11 parágrafo 2° de la ley 87 de 1993 es explícito y determina que las Oficinas de Control Interno deben contar con el personal necesario de acuerdo con la naturaleza de sus funciones, no es cierto que el cargo que ocupaba el actor ya no se requería dentro de la nueva planta, por cuanto dicha función no desapareció del Ministerio. La persona que ocupa el único cargo de Profesional Especializado 3010-19 no reúne el perfil profesional para desempeñar las funciones. La supresión del cargo del demandante no consulta el espíritu de la integración funcional para desarrollar evaluaciones integrales y prestar la asesoría interna institucional al cumplimiento de sus objetivos y el objeto misional del Ministerio; así mismo, rompe con el equilibrio de un equipo interdisciplinario que integre el Sistema Nacional de Control Interno.

3. Desviación de Poder: ya que fue objeto de persecución laboral, la cual se evidencia en dos aspectos sustanciales: a) mediante la evaluación de desempeño durante 4 años, con calificaciones insatisfactorias, lo que genera una

cadena de calificaciones ilegales atribuibles a la administración, y b) a través de una eventual sanción temeraria en un proceso plagado de irregularidades probatorias y procedimentales, entre otras el artículo 27 de la Ley 43 de 1990, que dispone que únicamente la Junta Central de Contadores podrá imponer sanciones disciplinarias a los Contadores Públicos.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La parte demandada dio contestación oportunamente al libelo demandatorio, así como a su posterior aclaración y corrección, oponiéndose a las pretensiones allí expuestas.

Manifestó que la decisión administrativa aludida fue expedida con arreglo a la Constitución y a la Ley, con el lleno de los requisitos, dictada por funcionario competente, de forma regular, respetando el derecho de audiencia y de defensa, motivada con argumentos reales y sustentada en normas vigentes aplicables al caso concreto. Propuso la excepción de ineptitud de la demanda.

LA SENTENCIA APELADA

A través de sentencia de 16 de agosto de 2007, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las pretensiones de la demanda. Los principales argumentos fueron los que a continuación se exponen:

Teniendo en cuenta que los procesos de reforma de las plantas de personal de las entidades del orden nacional deben motivarse, fundarse en necesidades del servicio o modernización de la administración y basarse en estudios técnicos que así lo demuestren, se tiene que en el cuaderno No.6 del expediente reposan los estudios técnicos de los Ministerios de Ambiente y de Desarrollo Territorial, con ocasión del proceso de reestructuración adelantado en el año 2003, de los que se observa que incluyen un análisis de aspectos referidos al marco legal, objetivos, funciones, misión, visión, procesos misionales y de apoyo de los Ministerios, estructura, planta de personal, análisis de funciones y requisitos y análisis financiero, a partir de los cuales pudo concluirse que la complementariedad de las funciones desarrolladas por ambos Ministerios generaba ineficiencia en la orientación del desarrollo regional, encontrando viable la creación del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

La supresión de cargos se encuentra consagrada en el ordenamiento jurídico vigente y se justifica en el hecho que el interés particular de los empleados de carrera debe ceder ante el interés general dado por el mejoramiento del servicio. La estructura de la administración pública es intangible y está sujeta a reformas con el fin de cumplir con los fines del Estado dentro de los límites establecidos en la Constitución y la Ley.

El demandante no demostró que el Decreto No.217 de 03 de febrero de 2003 hubiese vulnerado su derecho preferencial de incorporación, y sólo se limitó a afirmar la violación de su derecho a la igualdad, pero sin aportar prueba alguna que condujera al Tribunal al convencimiento de tal aseveración.

De acuerdo con reiterada jurisprudencia, la estabilidad laboral de la que gozan los empleos de carrera administrativa no es absoluta sino relativa, de acuerdo con lo señalado en el artículo 125 Superior desarrollado a su vez por el artículo 37 de la Ley 443 de 1998. Como el actor guardó silencio al momento de decidir por la reincorporación o la indemnización, la administración dio aplicación a lo previsto en la norma, reconociendo la indemnización.

Los cuestionamientos contenidos en la auditoría de la Contraloría General de la República, obedecen a criterios distintos de los que se tienen para estudiar la legalidad del acto acusado. Adicionalmente, el actor no desvirtuó la presunción de que la distribución hecha de los cargos dentro de la dependencia de Control Interno, es en pro del buen servicio.

No se comprobó la desviación de poder, pues no se acreditó que la persecución laboral alegada por el demandante y las actuaciones surtidas con ocasión del proceso disciplinario iniciado en su contra, haya sido la causa que llevó a la administración a retirarlo del servicio.

LA APELACIÓN

Inconforme con lo decidido y dentro de la oportunidad legal, el demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. Fundamentó el recurso así:

No se tuvieron en cuenta pruebas documentales expedidas por la administración, que demuestran que el mismo día que se desvinculó al actor fueron nombradas mediante Resolución No.126 de 14 de febrero de 2003, personas en provisionalidad que tienen menor derecho que aquel, con funciones idénticas certificadas documentalmente por la administración. Por lo anterior afirma que la Resolución mencionada vulnera el derecho a la igualdad y adolece de falsa motivación y desviación de poder.

El estudio técnico carece de motivación expresa para la supresión del cargo del actor y no obedece a una necesidad real del servicio debido a la naturaleza funcional de rango constitucional y legal de las oficinas de control interno. Por las funciones asignadas legalmente al cargo del actor, éste no puede suprimirse por simple acto administrativo sin cumplir con los requisitos legales y procedimentales establecidos cuando se reestructura la administración y se reforman las plantas de personal.

La prueba documental de nómina que obra en el proceso, decretada por el Consejo de Estado, comprueba que el proceso de reestructuración fue ineficiente.

El aumento del valor total de las nóminas (general y adicional) de la entidad demandada, demuestra que los gastos de la nueva planta de personal aumentaron respecto de la antigua y contrarían las razones expuestas en la sentencia para fundamentar la presunción de legalidad del acto acusado.

La reforma de la planta de personal para lograr una “planta mínima”, aumentó sustancialmente el número de provisionales nombrados, vulnerando principios de rango constitucional como los de eficiencia y economía en la administración, así como la finalidad de la expedición de la ley de facultades extraordinarias.

MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Delegado Segundo ante el Consejo de Estado solicita a la Sala revocar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y en consecuencia, acceder a las súplicas de la demanda.

Informa que mediante Resolución No. 0057 de 21 de enero de 2004, se vinculó en provisionalidad al señor Isaías Ortiz Ospina como Contador Público, para desempeñar las mismas funciones que ejecutaba el demandante, según los manuales de funciones anterior a la reestructuración y posterior a ella.

Lo anterior muestra que la Administración prefirió incorporar en provisionalidad a un servidor público y no al actor, quien gozaba con derechos de carrera.

CONSIDERACIONES

En el presente caso corresponde a la Sala establecer la legalidad de la Resolución No.0126 de 14 de febrero de 2003, expedida por la Ministra de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, por medio de la cual se retiró del servicio al demandante por supresión del cargo de Profesional Especializado Código 3010, Grado 19, que desempeñaba en el ente demandado.

La parte demandante afirmó en su escrito de apelación que el Juez de instancia no tuvo en cuenta pruebas documentales que demuestran que el mismo día que se le desvinculó fueron nombradas personas en provisionalidad, sin derechos de carrera, a las cuales le fueron asignadas funciones idénticas a las que venía desempeñando el actor, por lo que la Resolución demandada esta viciada de falsa motivación y desviación de poder.

Sin embargo, se debe examinar primero en esta instancia, si hubo o no supresión efectiva del cargo de Profesional Especializado Código 3010, Grado 19 asignado, porque la primera circunstancia generadora del derecho a continuar en planta deviene únicamente de que el cargo no haya sido suprimido ni expresa ni simuladamente, por ello es pertinente definir cuándo puede resultar inexistente la supresión de un empleo.

El empleo ha sido definido tradicionalmente en la legislación colombiana en relación con las funciones que debe realizar el empleado que lo

ocupa, las responsabilidades que se asignan y los requisitos para acceder al mismo.

Así en el Decreto 1042 de 1978 se le entendió como *“El conjunto de funciones, deberes y responsabilidades que han de ser atendidos por una persona natural, para satisfacer necesidades permanentes de la administración pública”* (artículo 2º); y en el decreto 2503 de 1998 como *“El conjunto de funciones que una persona natural debe desarrollar y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.”*

Por ello la planta de personal de una entidad puede estipular cargos de igual nivel y denominación pero diferente grado que serán distintos empleos, cuando las distinciones de grado que implican diferencias salariales corresponden a diversa *“complejidad y responsabilidad inherente al ejercicio de las funciones”*:

“DECRETO 1042 DE 1978. DE LA ASIGNACION MENSUAL.

La asignación mensual correspondiente a cada empleo estará determinada por sus funciones y responsabilidades, así como por los requisitos de conocimiento y experiencia requeridos para su ejercicio, según la denominación y el grado establecidos por el presente decreto en la nomenclatura y la escala del respectivo nivel.

Se entiende por denominación la identificación del conjunto de deberes, atribuciones y responsabilidades que constituyen un empleo. Por grado, el número de orden que indica la asignación mensual del empleo dentro de una escala progresiva, según la complejidad y responsabilidad inherente al ejercicio de sus funciones.”

Asimismo puede estipular empleos de igual denominación y grado que no obstante serán diferentes, cuando el manual específico les asigne funciones, requisitos y/o responsabilidades distintas.

De ahí que la supresión de un empleo puede resultar inexistente cuando subsisten en la planta de personal de la entidad igual o superior número de cargos de la misma denominación con igual o distinto grado, siempre que las

funciones asignadas y la responsabilidad inherente a dichas funciones sea idéntica.

Ahora bien, existen dos tipos de incorporación, que a pesar de tener igual denominación legal, ocurren en dos momentos diferentes porque corresponden a dos objetivos distintos. La primera incorporación, al que hace referencia el párrafo 1º del artículo 39 de la Ley 443 de 1998, es la incorporación oficiosa, que se hace en el mismo cargo que el empleado venía desempeñando o en un cargo diferente que habiendo cambiado de denominación o grado tenga las mismas funciones, teniendo solo derecho los titulares de los cargos no suprimidos o los titulares de cargos distintos pero que conservan las mismas funciones.

Igualmente, esta primera incorporación procede cuando existe una supresión parcial o una reducción de una misma clase de empleo, sólo que en este caso la administración deberá escoger discrecionalmente quien debe continuar debido a la imposibilidad material de incorporar a todos.

Esta incorporación se hace una vez proferido el acto que modifica la estructura, esto es, una vez suprimida la planta de personal y expedida la nueva; y por lo general se realiza, mediante uno o varios actos de contenido particular y concreto, donde se señalan en definitiva las personas que continuarán en los cargos subsistentes.

Lo anterior, para aclarar al demandado que en esta incorporación no se ejercita el derecho que tratan los incisos uno y dos del artículo 39 de la ley 443 de 1998, es decir, el funcionario no tiene la posibilidad de escoger entre la incorporación en un cargo equivalente o recibir la indemnización, porque la incorporación es oficiosa y directa, sin intervención alguna del empleado escalafonado.

Caso concreto.

Una vez analizadas todas las pruebas allegadas al sub lite, encuentra la Sala que no hubo tal supresión del empleo de Profesional Especializado Código 3010, Grado 19, como pasa a verse:

El actor al momento de la reestructuración del Ministerio ocupaba el cargo de Profesional Especializado, Código 3010, Grado 19, en la Oficina de Control de Gestión y se encontraba inscrito en carrera administrativa (fl.8).

En la planta anterior, establecida en el Decreto 2687 de 1999, existían 30 cargos de Profesional Especializado, Código 3010, Grado 19 (fl. 448 vuelto).

En uso de las facultades extraordinarias contenidas en la Ley 790 de 2002, el Presidente de la República, mediante los Decretos 216 y 217 de 3 de febrero de 2003, determinó otra estructura orgánica del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, y estableció la nueva planta de personal, respectivamente (fls. 133 a 163).

En el artículo 1º del Decreto No. 217 de 3 de febrero de 2003, se suprimieron los 30 cargos de Profesional Especializado, Código 3010, Grado 19, pero en el artículo siguiente se crearon 36 de la misma denominación, nivel y grado.

El 14 de febrero de 2003, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, expidió tres actos administrativos:

1. La Resolución No. 0127 de 14 de febrero de 2003, que distribuyó los cargos en las dependencias de la entidad e incorporó los funcionarios a la nueva planta de personal (fls.169 a 180).

2. La Resolución No. 0126, mediante la cual retiró a unos funcionarios, entre ellos al actor, por supresión de sus cargos (fl.189)

3. La Resolución No. 124, por medio de la cual se consagró el nuevo manual de funciones y requisitos mínimos para los empleos de la planta (fls.464 a 510).

En la primera resolución a pesar de que se distribuyó en la planta 34 cargos de Profesionales Especializados, Código 3010, Grado 19, se incorporaron en los mismos 24 empleados de carrera y uno en provisionalidad, para un total de 25.

La tercera resolución, muestra que las funciones asignadas a los cargos de Profesional Especializado, Código 3010, Grado 19, según cada dependencia, son las mismas asignadas al manual específico de funciones y requisitos generales de la antigua planta de personal, como lo muestra la Resolución No. 0860 de 13 de septiembre de 2002 (fls. 447 a 463).

Lo anterior permite concluir que no hubo ninguna supresión del cargo de Profesional Especializado, Código 3010, Grado 19, sino que por el contrario aumentaron en su número de 30 a 36.

Así las cosas, la entidad tenía de oficio que incorporar en los cargos de Profesional Especializado, Código 3010, Grado 19, a todos los 30 empleados que venían desempeñando las mismas funciones asignadas a los mismos.

La decisión de no incorporar al actor en la nueva planta de personal, violenta de manera grosera no sólo los artículos 39 y siguientes de la Ley 443 de 1998, sino el artículo 125 de la Constitución Política, que propende por lograr que en la mayoría de los empleos en las entidades del Estado sean provistos por personas que estén dentro de la carrera administrativa para salvaguardar la buena prestación del servicio.

En consecuencia, se revocará la sentencia apelada, que denegó las pretensiones de la demanda, porque, en estricto sentido, la Resolución No. 0126 del 14 de febrero de 2003, adolece de falsa motivación.

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 16 de agosto de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso promovido por el señor Daniel Humberto Reyes Bocanegra contra el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

En su lugar dispone:

1°. Declárase la nulidad parcial de la Resolución No. 0126 del 14 de febrero de 2003, expedida por la Ministra de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, en cuanto ordenó el retiro del servicio del señor Daniel Humberto Reyes Bocanegra.

2°. Como consecuencia de la anterior nulidad y a manera de restablecimiento del derecho, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, reintegrará al señor Daniel Humberto Reyes Bocanegra al cargo de Profesional Especializado, Código 3010, Grado 19, o a otro empleo de carrera pero con funciones afines y remuneración igual o superior a aquél en la respectiva planta de personal, si el mismo ha sido suprimido.

3°. El mismo Ministerio reconocerá y pagará al señor Daniel Humberto Reyes Bocanegra los sueldos y prestaciones dejados de devengar desde cuando fue retirado del servicio y hasta cuando se produzca su reintegro efectivo, entendiéndose que no hay solución de continuidad.

4°. El Ministerio actualizará la condena, aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R = Rh. \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

según la cual 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 hasta la ejecutoria de la presente sentencia, con inclusión de los reajustes legales correspondientes a dicho período, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente al último día del mes en que quede ejecutoriada esta sentencia) por el índice inicial (vigente al último día del mes en que fue desvinculado).

5º De las sumas que resulten a favor del demandante se descontará el valor de lo que le fue pagado por concepto de indemnización, como consecuencia de la supresión de su cargo, pues desapareciendo la causa, desaparece la justificación del pago realizado.

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

250002325000200305438 02(0093-2008)

Actor: Daniel Humberto Reyes Bocanegra