

INSUBSISTENCIA POR CALIFICACION INSATISFACTORIA DE SERVICIOS – No implica la pérdida de derechos de carrera cuando si se encuentre inscrita en otro cargo de carrera / PERDIDA DE LOS DERECHOS DE CARRERA – Improcedencia por desempeño de otro cargo en período de prueba

En criterio de la Sala, la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento de Visitador Fiscal, por calificación insatisfactoria, no implicaba la pérdida de sus derechos de carrera administrativa en el cargo de Secretaria Auxiliar. En efecto, aparece demostrado en el proceso que la demandante fue inscrita en carrera administrativa como Secretaria Auxiliar, desde el 9 de septiembre de 1993, mediante Resolución No. 01 proferida por la Comisión Seccional del Servicio Civil. Es claro que la demandante tenía derechos de carrera en el cargo de Secretaria Auxiliar, pues ingresó a él mediante concurso u oposición de méritos convocado mediante actos administrativos que se presumen legales y estaban vigentes al momento de la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento. En otras palabras, como la demandante accedió al cargo de Secretaria Auxiliar, mediante concurso u oposición de méritos aplicando un criterio material o sustancial, debe deducirse que ostentaba derechos de carrera con respecto a este cargo. Además, el hecho de haber accedido a ocupar otro puesto de carrera no implica la pérdida de los derechos de carrera conforme al artículo 7º de la Ley 27 de diciembre 23 de 1992 expedida en desarrollo del artículo 125 de la Constitución Política de 1991. Conforme al artículo 7 de la Ley 27 de 1992 el hecho de entrar a ocupar un cargo de carrera administrativa no implica ni su retiro del servicio ni por consiguiente la pérdida de los derechos de carrera del puesto que venía ocupando y en el que gozaba de relativa estabilidad laboral. Es más, para retirarla del cargo de Secretaria Auxiliar, por calificación insatisfactoria, debieron calificarle sus servicios con respecto a este puesto o bajo las formas propias de un empleado inscrito en carrera administrativa y no con respecto a un empleado en período de prueba, pues, entre otras cosas, los períodos a calificar son disímiles.

FUENTE FORMAL: LEY 27 DE 1992 – ARTICULO 7 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 125

VACANCIA DEL CARGO – Causales. Taxatividad / ABANDONO DEL CARGO – No se presenta por encontrarse desempeñando otro cargo en período de prueba

En lo que atañe al artículo 7º literal h) de la Ley 27 de 1992 que consagró el retiro del servicio de los empleados de carrera, por “declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo”, aunado al acervo probatorio que obra en el expediente, es claro que la supuesta declaratoria de vacancia señalada por el Contralor Municipal de Magangué – Bolívar del cargo de Secretaria Auxiliar el 23 de febrero de 1998 mediante la Resolución No. 022 (fl. 18), no existió ni pudo haberse producido. En efecto, para que se produjera la vacancia definitiva – como lo consideró el nominador- y consecuentemente vacancia por abandono del cargo – como lo sostuvo el Tribunal -; era necesario que de conformidad con el artículo 126 del Decreto 1950 de 1973 la actora hubiera dejado de concurrir sin justa causa al trabajo por tres (3) días consecutivos, al cargo de Secretaria Auxiliar de la Contraloría Municipal de Magangué-Bolívar. Sin embargo, no obra prueba de su ausencia en esa fecha, por ende es evidente no se configuró la causal de abandono del cargo de Secretaria Auxiliar. Es más el para la fecha en que la actora fue nombrada en el cargo para el cual concursó y ocupó el primer puesto, esto es el de Revisor Fiscal en período de prueba de 4 meses, el 2 de enero de 1998 mediante la Resolución 001 (fl. 178) el ente territorial nombró en el cargo de Secretaria Auxiliar también por un período de 4 meses a la señora FLORDELINA

QUINTERO DE GOMEZ mediante Resolución No. 002 del mismo año (fl.154) lo que descarta la posibilidad de declarar la vacancia en un cargo ocupado provisionalmente por otro empleado. Por abandono del empleo ha de entenderse la dejación voluntaria que el servidor público hace de los deberes que son inherentes al cargo que desempeñaba; es una inasistencia, un "apartamiento efectivo y real" del servicio en circunstancias tales que el hecho produzca un daño o perjuicio a la Administración Pública y a los servicios que la misma presta. Ha de ser real, efectivo, con los consecuentes perjuicios que el hecho ocasione. Como se demostró que el abandono del cargo no existió ni se produjo un perjuicio a la Administración, la actora no incurrió en la causal que da lugar a la vacancia por abandono del cargo por lo que habrá de concluirse, simplemente, que la causal aducida es inexistente.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1950 DE 1973 – ARTICULO 22 / DECRETO 1950 DE 1973 – ARTICULO 126

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCION "B"

Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil nueve (2009).

Radicación número: 13001-23-31-000-1998-0312-01(4610-02)

Actor: DELSY ESTHER SAMPAYO VIÑAS

Demandado: MUNICIPIO DE MAGANGUE Y OTRO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 27 de junio de 2002 proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar que negó las súplicas de la demanda incoada por DELSY ESTHER SAMPAYO VIÑAS contra el Municipio y Contraloría de Magangué – Bolívar.

LA DEMANDA

DELSY ESTHER SAMPAYO VIÑAS por conducto de apoderado instauró la acción de que trata el artículo 85 del C.C.A., contra el Municipio y Contraloría de

Magangué – Bolívar, a fin de obtener la nulidad de la Resolución No. 022 de 23 de febrero de 1998 mediante la cual declara la vacancia definitiva del cargo de Secretaría Auxiliar desempeñado por la actora y nombró en provisionalidad a Mónica del Pilar Sampayo Theran; 090 de 28 de mayo de 1998 que declaró insubsistente el nombramiento de Visitador Fiscal desempeñado por la actora y no ordenó su reintegro al cargo de Secretaría Auxiliar; y el Oficio de 17 de julio del mismo año con el cual desconoció los derechos laborales de la actora al no reintegrarla a su anterior empleo como Secretaría Auxiliar de ese ente Territorial, todos proferidos por el Contralor Municipal de Magangué.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la entidad demandada reintegrarla al cargo que venía desempeñando de Secretaría Auxiliar de la Contraloría Municipal de Magangué en carrera administrativa o, en su defecto, crear otro de igual o superior categoría; reconocerle y pagarle salarios, reajuste, primas y demás emolumentos dejados de percibir durante el retiro; dando aplicación a los artículos 176 y 178 del C.C.A.

La parte demandante reformó la demanda y se abstuvo de demandar la anulación del oficio del 12 de mayo de 1998 por el cual se calificó de forma insatisfactoria el periodo de prueba en el puesto de Visitador Fiscal y la Resolución No. 085 del 22 de mayo de 1998, por medio de la cual negó la reposición interpuesta contra el acto de calificación del periodo de prueba, pese a que estas actuaciones inicialmente fueron acusadas (folios 63 a 67).

Para fundamentar sus pretensiones expuso los siguientes hechos:

La actora laboró en la Contraloría Municipal de Magangué – Bolívar en carrera administrativa en el cargo de Secretaría Auxiliar desde el 1º de julio de 1992.

Participó en el concurso abierto para desempeñar el cargo de Visitador Fiscal del ente territorial convocado por Resolución No. 0186 Bis de 24 de septiembre de 1997, en el cual ocupó el primer puesto, lo cual obligó al Contralor Municipal a nombrarla en período de prueba por cuatro (4) meses como ordena la ley (Resolución No. 001 de 2 de enero de 1998).

El 2 de enero de 1998 en su reemplazo el nominador designó en provisionalidad a la señora Flor de Lina Quintero de Gómez como Secretaria Auxiliar por cuatro (4)

meses y el 30 de enero de 1998 el mismo Contralor revocó este nombramiento y para en su lugar nombrar a Arinda Rodríguez en ese cargo.

El Contralor Municipal de Magangué – Bolívar en la Resolución No. 022 de 23 de febrero de 1998 afirma que como la actora había sido nombrada en período de prueba de cuatro (4) meses como Visitador Fiscal de la Contraloría se había producido VACANCIA DEFINITIVA del cargo de Secretaria Auxiliar, y nombró en provisionalidad por cuatro (4) meses a Mónica del Pilar Sampayo Theran a partir de esa fecha.

El Secretario General de la Contraloría Municipal de Magangué – Bolívar le notificó a la actora el resultado de la evaluación del período de prueba como Visitador Fiscal de fecha 12 de mayo de 1998, elaborado por el Contralor Municipal presuntamente al margen de la realidad, por tal razón interpuso recursos de reposición y apelación; por Resolución No. 085 de 22 de mayo de 1998 fueron negadas.

El 28 de mayo de 1998 el Contralor Municipal mediante Resolución No. 090 declaró insubsistente el nombramiento de la actora en el cargo de Visitador Fiscal por no haber superado el período de prueba de cuatro (4) meses, sin que hubiera escuchada la Comisión de Personal y sin que ordenara el reintegro a su anterior cargo de Secretaría Auxiliar de ese ente, que se encontraba en carrera administrativa.

La actora, en vista que había esperado el tiempo prudencial y no se había producido la orden de reintegro al cargo de Secretaria Auxiliar de la Contraloría, elevó escrito el 30 de junio de 1998 al Contralor Municipal de Magangué y tiempo después se enteró de la existencia de la Resolución No. 002 de 23 de febrero de 1998, mediante la cual declaró la “Vacancia Definitiva” del cargo de Secretaría Auxiliar del cual no fue descalificada, ni renunció, no fue notificada ni se le comunicó nada al respecto y de la Resolución referida solo le entregan copia en julio de 1998 porque la pidió junto con otros documentos; aunado a ello el Contralor Municipal en oficio de 17 julio de 1998 le negó el derecho al trabajo dado que nunca se produjo la vacancia absoluta en el cargo de Secretaria Auxiliar ya que la descalificación del cargo en período de prueba no amerita la descalificación del cargo de Secretaria Auxiliar.

NORMAS VIOLADAS

Como disposiciones violadas se citan las siguientes:

Artículos 2º, 6º, 25, 29 y 125 de la Constitución Nacional; artículos 1º, 2º, 7º, 8º y 12 de la Ley 27 de 1992; artículo 3º del Decreto 97 de 1997; artículo 65 numerales 4 y 5 del Decreto 2339 de 1995, artículo 1º y 11 del Decreto 122 de 1993; artículo 42 del Decreto 256 de 1994, artículo 45 del Decreto 2339 de 1995, artículos 25 y 26 del decreto 2400 de 1968; artículo 7º de la Ley 27 de 1993; artículos 44 y 45 del C.C.A.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Bolívar, luego de desestimar las excepciones propuestas por la entidad demandada, negó las pretensiones de la demanda (fls. 209 a 217) para esta última decisión sostuvo que como la actora ocupó el primer puesto en el concurso abierto para proveer el cargo de Visitador Fiscal y fue nombrada en período de prueba, no podía desempeñar las funciones propias del cargo de Secretaria auxiliar, razón por la cual se da un abandono del cargo, causal para declarar la vacancia del cargo de conformidad con el artículo 7, literal h) de la Ley 27 de 1992.

Consideró que la vinculación de la actora al cargo de Visitador Fiscal en período de prueba, cambia sustancialmente su situación dentro de la carrera administrativa, debido a que abandonó el cargo de Secretaria Auxiliar y se sometió a los lineamientos que imponía estar en período de prueba como Visitador Fiscal. En estos lineamientos si no cumplía con la calificación satisfactoria debía declararse su insubsistencia sin otorgarle derecho al reintegro del cargo anterior, máxime si se dio abandono del cargo de Secretaria Auxiliar y este fue declarado vacante por esta circunstancia.

EL RECURSO

El apoderado judicial de la actora interpuso recurso de apelación (fls. 232-237), contra el anterior proveído, con la siguiente fundamentación:

La entidad demandada debió iniciar un proceso en relación con el cargo de Secretaria Auxiliar, porque los derechos de la actora no podía perderlos ya que la

nueva posesión en período de prueba como Visitador Fiscal de la Contraloría no generaba ninguna clase de abandono del cargo, pues este último no produciría estabilidad laboral ya que estaba a la merced de la calificación del nominador.

Si la actora por disposición del artículo 108 del Decreto 1950 de 1973, no perdió los derechos de carrera respecto del cargo de Secretaria Auxiliar resulta improcedente endilgarle que ella abandonó dicho empleo.

Afirmar que la posesión en el cargo de Visitadora Fiscal y someterse a los lineamientos que impuso este período de prueba se produjo ipso facto abandono en el cargo de Secretaria Auxiliar, es una violación directa a la normatividad que consagra la carrera administrativa y los derechos de carrera de la actora.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Debe la Sala determinar si la actora que estaba inscrita en carrera administrativa en el cargo de Secretaria Auxiliar, por el hecho de haber concursado, accedido y perdido el periodo de prueba en el cargo de Revisor Fiscal, implicaba su retiro del servicio en el puesto que venía ocupando.

Para efectos de resolver lo que en derecho corresponde la Sala analizará el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en el siguiente orden: 1) Actos administrativos acusados; 2) Hechos probados; 3) Situación de la demandante frente a la Carrera Administrativa y naturaleza de los cargos desempeñados; 4) Pérdida de los derechos de carrera administrativa; 5) Inexistencia de vacancia; 6) Solución al caso concreto y 7) Del restablecimiento del derecho.

1) ACTOS ADMINISTRATIVOS ACUSADOS.-

La parte demandante solicitó la anulación de los siguientes actos administrativos:

- Resolución No. 022 de 23 de febrero de 1998 mediante la cual declara la vacancia del cargo de Secretaría Auxiliar desempeñado por la actora y nombró en provisionalidad a Mónica del Pilar Sampayo Theran.

- Resolución No. 090 de 28 de mayo de 1998 que declaró insubsistente el nombramiento de Visitador Fiscal desempeñado por la actora y no ordenó su reintegro al cargo de Secretaría Auxiliar, proferidos por el Contralor Municipal de Magangué – Bolívar.

- El Oficio de 17 de julio del mismo año con el cual desconoció los derechos laborales adquiridos al no reintegrarla a su anterior empleo como Secretaría Auxiliar de ese Ente Territorial.

Conforme a las decisiones antes señaladas la Sala precisa que el único acto administrativo acusado que lesionó los derechos de la demandante es la declaratoria de insubsistencia por calificación insatisfactoria contenida en la Resolución No. 090 de mayo 18 de 1998, proferida por el Contralor Municipal de Magangué – Bolívar, mediante la cual declaró insubsistente el nombramiento de la actora del cargo de VISITADOR FISCAL por calificación insatisfactoria, a partir del 1º de junio de 1998, en la medida en que la dejó por fuera de la administración, inclusive, respecto del puesto que Secretaria Auxiliar de la Contraloría Municipal de Magangué – Bolívar.

En otras palabras el acto administrativo antes señalado contiene dos decisiones i) La declaratoria expresa de insubsistencia del nombramiento de Visitador Fiscal por no haber superado el periodo de prueba, y ii) La insubsistencia o retiro tácito del puesto de Secretaria Auxiliar que venía ocupando antes de acceder al cargo de Visitador Fiscal.

Con respecto a la primera decisión administrativa por medio de la cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Visitador Fiscal, la parte demandante con la demanda inicial alegó la existencia de una falsa motivación en el acto administrativo porque la calificación no estaba acorde con la realidad fáctica, sin embargo, la demandante ni en el escrito contentivo de la reforma de la demanda ni en el recurso de apelación insistió en el cargo de anulación, por ello la Sala lo desestimaré.

En consecuencia la Sala sólo revisará la decisión aludida en tanto tácitamente retiro a la demandante del puesto de Secretaria Auxiliar que venía ocupando antes de acceder al cargo de Visitador Fiscal.

2) LO PROBADO EN EL PROCESO.

La señora DELSY ESTHER SAMPAYO VIÑAS, fue nombrada como Secretaria Auxiliar de la Contraloría Municipal de Magangué – Bolívar mediante Resolución No. 019 de 8 de marzo de 1993 expedida por el Contralor Municipal (fl.186).

Obra a folio 185 del expediente certificación expedida por el Secretario General de la Contraloría Municipal de Magangué – Bolívar, en donde hace constar que la señora DELSY ESTHER SAMPAYO VIÑAS desempeñó el cargo de Secretaria Auxiliar en esa entidad, desde el 8 de enero de 1993 hasta el 1º de enero de 1998.

La Comisión Seccional del Servicio Civil mediante oficio de 7 de octubre de 1993, le comunicó a la actora que había sido “inscrito (a) en la carrera administrativa en el empleo de : SECRETARIA AUXILIAR mediante Resolución No. 01 del 09-09-93 ...” (fl. 183).

Mediante Convocatoria No. 0186 Bis de septiembre 24 de 1997, se efectuó concurso abierto para proveer los cargos de Tramitador de Juicios Fiscales y Visitador Fiscal (fl.178).

En la lista de elegibles expedida mediante Resolución No. 0268 de 29 de diciembre de 1997, la actora ocupó el primer lugar (fl.178).

Mediante Resolución No. 001 de 2 de enero de 1998 expedida por el Contralor Municipal de Magangué – Bolívar, la actora fue nombrada en período de prueba por cuatro (4) meses en el cargo de Visitador Fiscal (fl. 178).

Ese mismo día, es decir, el 2 de enero de 1998 mediante Resolución No. 002 expedida por el Contralor Municipal, fue nombrada en provisionalidad por un término de cuatro (4) meses a la señora FLORDELINA QUINTERO DE GOMEZ en el cargo de Secretaria Auxiliar (fl. 154), en reemplazo de la demandante.

Mediante Resolución No. 011 de 5 de febrero de 1998 el Contralor declaró insubsistente el anterior nombramiento y en el artículo segundo encargó a una funcionaria escalafonada en ese mismo cargo – Secretaria Auxiliar- (fls. 155 y 156).

- En las consideraciones de la Resolución No. 022 de 23 de febrero de 1998 proferida por el Contralor Municipal, se advirtió que la demandante había quedado vacante del empleo y designó en provisionalidad a la señorita MONICA DEL PILAR SAMPAYO TERA, por el término de 4 meses. (fl.18).

Obra a folio 165 del expediente la Resolución No. 090 de mayo 18 de 1998, proferida por el Contralor Municipal de Magangué – Bolívar, mediante la cual declaró insubsistente el nombramiento de la actora del cargo de VISITADOR FISCAL por calificación insatisfactoria, a partir del 1º de junio de 1998.

Mediante Resolución No. 085 de mayo 22 de 1998 la entidad resolvió en forma negativa el recurso de reposición contra la anterior decisión (fl. 170 – 173).

Con Oficio de 17 de julio de 1998 la entidad respondió el derecho de petición incoada por la demandante, entre otras, argumentando que no era posible ordenar su reintegro ni reconocerle emolumento alguno, porque de hacerlo incurrirían en excesos no autorizados por la ley (fl.36).

Mediante Oficio No. 091 de 3 de mayo de 2003, el Asesor Jurídico de la Alcaldía Municipal de Magangué – Bolívar, dio respuesta a la solicitud elevada por el apoderado de la actora, sobre la supresión de la Contraloría Municipal por cambio de categoría de ese Municipio de conformidad con la Ley 617 de 2000, que dispuso que las Contralorías que funcionan en los Municipios de categoría cuarta, quedaran suprimidas (fl. 187).

3) Situación de la demandante frente a la Carrera Administrativa y naturaleza de los cargos ocupados

Conforme a lo expuesto la Sala debe establecer, como primer aspecto, si la demandante estaba cobijada por derechos de carrera administrativa en el cargo de Secretaria Auxiliar o, por el contrario, si podía ser retirada de ambos cargos por el

hecho de no haber superado el periodo de prueba en el puesto de Visitador Fiscal, cargo respecto del cual había concursado.

En criterio de la Sala, la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento de Visitador Fiscal, por calificación insatisfactoria, no implicaba la pérdida de sus derechos de carrera administrativa en el cargo de Secretaria Auxiliar.

En efecto, aparece demostrado en el proceso que la demandante fue inscrita en carrera administrativa como Secretaria Auxiliar, desde el 9 de septiembre de 1993, mediante Resolución No. 01 proferida por la Comisión Seccional del Servicio Civil (folio 183).

La actora inició su vinculación en el Municipio de Magangué, Contraloría Municipio de Magangué, Contraloría Municipal, en el aludido puesto de Secretaria Auxiliar; y desempeñando este empleo, concursó para ocupar el cargo de Visitador Fiscal, realizado mediante convocatoria 0186Bis del 24 de septiembre de 1997 y, por haber superado el concurso de méritos fue nombrada en periodo de prueba mediante resolución 001 del 2 de enero de 1998 (folio 178).

La demandante improbió el periodo de prueba (folios 19 y 20), decisión que fue recurrida por la demandante (folios 20 a 22) confirmada mediante Resolución No. 0085 del 22 de mayo de 1998, proferida por la Contraloría Municipal de Magangué (folios 23 a 26) y mediante Resolución No. 090 del 28 de mayo de 1998, como ya se indicó, se declaró la insubsistencia expresa de su nombramiento en el puesto de Visitador Fiscal de la Contraloría Municipal de Magangué.

Conforme a lo señalado es claro que la demandante tenía derechos de carrera en el cargo de Secretaria Auxiliar, pues ingresó a él mediante concurso u oposición de méritos convocado mediante actos administrativos que se presumen legales y estaban vigentes al momento de la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento.

En otras palabras, como la demandante accedió al cargo de Secretaria Auxiliar, mediante concurso u oposición de méritos aplicando un criterio material o sustancial, debe deducirse que ostentaba derechos de carrera con respecto a este cargo.

Además, el hecho de haber accedido a ocupar otro puesto de carrera no implica la pérdida de los derechos de carrera conforme al artículo 7º de la Ley 27 de diciembre 23 de 1992 expedida en desarrollo del artículo 125 de la Constitución Política de 1991.¹

En efecto el artículo 7º de la Ley 27 de 1992, disponía:

“ARTÍCULO 7º. CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO. El retiro del servicio de los empleados de carrera, se produce en los siguientes casos:

- a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, en el evento contemplado en el artículo 9º. de la presente ley;
- b) Por renuncia regularmente aceptada;
- c) Por supresión del empleo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8º. de la presente ley;²
- d) Por retiro con derecho a jubilación;
- e) Por invalidez absoluta;
- f) Por edad de retiro forzoso;
- g) Por destitución;
- h) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;
- i) Por vencimiento del período para el cual fue nombrado o elegido el empleado, y
- j) Por orden o decisión judicial.

PARÁGRAFO. El retiro del servicio por cualquiera de las causales previstas en el presente artículo, conlleva el retiro de la carrera administrativa y la pérdida de los derechos inherentes a ella, salvo el literal c).”.

Conforme al texto de la norma transcrita el hecho de entrar a ocupar un cargo de carrera administrativa no implica ni su retiro del servicio ni por consiguiente la pérdida de los derechos de carrera del puesto que venía ocupando y en el que gozaba de relativa estabilidad laboral.

¹ La situación fáctica se desarrolló entre el 2 de enero y el 28 de mayo de 1998, momento en el cual estas normas aún no habían sido modificadas por la Ley 443 del mismo año, ni por su Decreto Reglamentario No.1572 de 1998, ya que estas últimas empezaron su vigencia el 12 de junio y 10 de agosto de 1998, respectivamente

² Literal c) declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-095 de 7 de marzo de 1996, Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz.

Es más, para retirarla del cargo de Secretaria Auxiliar, por calificación insatisfactoria, debieron calificarle sus servicios con respecto a este puesto o bajo las formas propias de un empleado inscrito en carrera administrativa y no con respecto a un empleado en período de prueba, pues, entre otras cosas, los períodos a calificar son disímiles.

3) Pérdida de los derechos de la carrera administrativa.

Como la Sala lo ha sentado en reiterados pronunciamientos, una vez consolidado su estatus de escalafonado el empleado tendrá derecho a permanecer en el servicio siempre que cumpla con lealtad, eficiencia y honestidad los deberes de su cargo, de suerte que sólo perderá su condición de funcionario de carrera en virtud de la ocurrencia de una cualquiera de las “causales de retiro del servicio”, previstas en la ley.

En el presente asunto, la demandante no perdió los derechos de carrera ni el puesto de Secretaria Auxiliar mientras ocupó el cargo de Visitadora Fiscal, por el contrario se acogió a las condiciones del régimen de carrera, entonces vigentes, para lograr su anhelado ascenso, ya que cumplió el proceso de selección³ en un concurso abierto.

Una de las finalidades de la carrera administrativa es que los empleados asciendan dentro del mismo escalafón y buscar este objetivo no puede convertirse en un medio para cercenar o limitar los derechos de los empleados de carrera administrativa.

La Sala Plena, en sentencia del 8 de julio de 1998, señaló:

“Es preciso tener en cuenta, que el artículo 49 del decreto 2400 de 1968, según el cual los empleados inscritos en el escalafón perdían los derechos propios de este por pasar a ocupar un cargo de libre nombramiento y remoción, fue declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia, precisamente al considerar que sería una forma fácil para que la administración por su propia iniciativa pusiera fin a la carrera administrativa valiéndose de imposibilidad práctica del empleado, de negarse a aceptar tal nombramiento.

³ Conviene señalar que La ley 27 de 1992, derogó el artículo 2º de la Ley 61 de 1987, eliminando como causal de exclusión del escalafón el hecho de aceptar un empleo de libre remoción sin que mediara concurso.

Para la Sala no hay duda acerca de que, mientras no se produzca la cesación definitiva de funciones, por las causas anotadas, el empleado inscrito conserva los derechos propios de la carrera aún pasando a otro u otros cargos”⁴

Por su parte el artículo 38 de la Ley 443 de 1998, establecía:

“ARTICULO 38. PERDIDA DE LOS DERECHOS DE CARRERA. < El retiro del servicio por cualquiera de las causales previstas en el artículo anterior conlleva el retiro de la carrera administrativa y la pérdida de los derechos inherentes a ella, salvo cuando opere la incorporación en los términos del artículo siguiente de la presente ley. De igual manera, se producirá el retiro de la carrera y la pérdida de los derechos de la misma, cuando el empleado tome posesión de un cargo de carrera, de libre nombramiento y remoción o de período, sin haber cumplido con las formalidades legales.” (subrayado no es del texto).

El Aparte subrayado fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-372 del 26 de mayo de 1999, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo, en la que se indicó: "La exequibilidad se declara bajo condición de que el retiro de la carrera y la pérdida de los derechos de la misma en el evento que contempla la norma solamente tendrá lugar sobre la base de la probada mala fe del empleado.”.

Esta Subsección en sentencia del 13 de septiembre de 2001, Radicación número: 25000-23-25-000-1995-38431-01, Actor: JOSE EDUARDO SUAREZ HINESTROZA, demandado: INST. COL. BIENESTAR FAMILIAR, Consejero Ponente: TARSICIO CÁCERES TORO, sostuvo:

“Bajo la vigencia de la Ley 27 de 1992, se encuentra :

El 4 de febrero de 1993 el actor fue **INCORPORADO** como Jefe de División, decisión unilateral administrativa que no implica la pérdida de los derechos de carrera; y,

El 17 de diciembre de 1993 fue **INCORPORADO** en el cargo de Jefe de División de la Sede Nacional de la Entidad Demandada, que tampoco lo afecta por la misma razón.

En conclusión y de acuerdo con lo anteriormente expresado y conforme a la doctrina de esta Corporación, **la P. Actora no perdió sus derechos de carrera** con ocasión de los movimientos de personal reseñados, dado que el desempeño

⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Expediente No. S-031, actor HERNANDO MEDINA AVILA, Consejera Ponente Dra. CLARA FORERO DE CASTRO.

de los cargos diferentes a aquel en el que fue escalafonado, se originó en decisiones unilaterales de la administración.

El acto de insubsistencia del nombramiento del Actor. Ahora, como las condiciones ya anotadas el actor fue **desvinculado discrecionalmente** de este último cargo, **Jefe de División, Código 2040, Grado 17 de la División de Recursos Humanos de la Subdirección Administrativa de la Sede Nacional**, por declaratoria de INSUBSISTENCIA del nombramiento, cuando como ya se dijo, conservaba sus derechos de carrera, **tal acto es contrario a derecho, dado que el personal de carrera requiere de causales y procedimiento legales, para su retiro del servicio.**

En consecuencia, el acto de insubsistencia demandado **amerita la declaratoria de nulidad con su consecuente restablecimiento del derecho**, siendo valedera, para este efecto, la aclaración de que el derecho de carrera que el actor conservó fue frente al cargo en el cual se encontraba escalafonado, **Profesional Especializado código 3010 - grado 08.**”.

Conforme a las normas y jurisprudencias citadas el hecho de acceder a otro cargo no implica la pérdida de los derechos de carrera, mucho menos en el presente asunto en el que se accedió dentro de las condiciones de ascenso fijadas por el legislador para los empleados de la carrera administrativa. En consecuencia el hecho de que la demandante hubiese accedido al cargo de Visitador Fiscal, en procura de un ascenso por concurso de méritos no implica la pérdida de sus derechos en el cargo que venía ocupando de Secretaria Auxiliar, pues lo hizo dentro del mérito y de buena fe.

4) Inexistencia de la causal de vacancia

En la Resolución No. 022 de 23 de febrero de 1998 proferida por el Contralor Municipal, se advirtió lo siguiente:

“ a. Que la titular del empleo de Carrera denominado Secretaria Auxiliar de la Contraloría Municipal de Magangué, participó en el concurso abierto para proveer al cargo de un Visitador Fiscal de ésta misma entidad, habiendo ocupado el primer lugar en la puntuación, razón por la cual se le nombró en Período de Prueba dentro de la Carrera Administrativa, **produciéndose la vacancia definitiva del empleo que venía desempeñando.**” (Se subraya).

En la parte resolutive, dispuso:

ARTICULO PRIMERO: Nómbrase Provisionalmente a la señorita MONICA DEL PILAR SAMPAYO TERAN con Cédula de Ciudadanía número 33.208.947 de Magangué, para que desempeñe el cargo de SECRETARIA AUXILIAR de la

Contraloría Municipal de Magangué, con una asignación mensual de TRESCIENTOS VEINTICUATRO MIL NOVECIENTOS SETENTA Y DOS PESOS M.L. (\$324.972.00) correspondiente al presupuesto de la Vigencia Fiscal de 1.998.

PARAGRAFO: El nombramiento al que se refiere éste Artículo se hace por cuatro (4) meses contados a partir de la fecha en que la designada tome posesión del cargo con el lleno de los requisitos legales.

ARTICULO SEGUNDO: Esta Resolución rige a partir de la fecha de su expedición y deja sin efecto el Artículo segundo de la Resolución No. 11 de febrero 5 de 1998.[...]" (fl.18).

En criterio de la Sala la declaratoria de vacancia debe tenerse como una mera consideración, pues en esta decisión, simplemente, se proveyó la vacante temporal existente mientras transcurría el periodo de prueba de la demandante en el cargo en el que ganó el concurso de méritos y estaba pendiente de proveerse de manera permanente.

Pero en todo caso, si en gracia de discusión se aceptara que la Administración declaró la vacancia del cargo la Sala observa que esta decisión carecería de todo soporte jurídico. Veámoslo:

El artículo 22 del Decreto 1950 de 1973, reguló taxativamente los casos en que se presenta vacancia de un empleo, su tenor literal es el siguiente:

“... Para efecto de su provisión se considera que un empleo está vacante definitivamente:

1. Por renuncia regularmente aceptada.
2. Por declaratoria de insubsistencia.
3. Por destitución.
4. Por revocatoria del nombramiento.
5. Por invalidez absoluta del empleado que lo desempeña.
6. Por retiro del servicio civil con pensión de jubilación o de vejez.
7. Por traslado o ascenso.
8. Por declaratoria de nulidad del nombramiento.
9. Por mandato de la ley.
10. Por declaratoria de vacante en los casos de abandono del cargo, y
11. Por muerte del empleado.

La misma normatividad, con relación al abandono del cargo, en el artículo 126, consagró:

“...ARTICULO 126. El abandono del cargo se produce cuando un empleado sin justa causa:

1. No reasume sus funciones al vencimiento de una licencia, permiso, vacaciones, comisión, o dentro de los treinta (30) días siguientes al vencimiento de la prestación del servicio militar.

2. Deje de concurrir al trabajo por tres (3) días consecutivos.

3. No concurra al trabajo antes de serle concedida autorización para separarse del servicio o en caso de renuncia antes de vencerse el plazo de que trata el artículo 113 del presente decreto, y

4. Se abstenga de prestar el servicio antes de que asuma el cargo quien ha de remplazarlo.”.

De la normatividad transcrita, se observa lo siguiente:

En lo que atañe al artículo 7º literal h) de la Ley 27 de 1992 que consagró el retiro del servicio de los empleados de carrera, por “declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo”, aunado al acervo probatorio que obra en el expediente, es claro que la supuesta declaratoria de vacancia señalada por el Contralor Municipal de Magangué – Bolívar del cargo de Secretaria Auxiliar el 23 de febrero de 1998 mediante la Resolución No. 022 (fl. 18), no existió ni pudo haberse producido.

En efecto, para que se produjera la vacancia definitiva – como lo consideró el nominador- y consecuentemente vacancia por abandono del cargo – como lo sostuvo el Tribunal -; era necesario que de conformidad con el artículo 126 del Decreto 1950 de 1973 la actora hubiera dejado de concurrir sin justa causa al trabajo por tres (3) días consecutivos, al cargo de Secretaria Auxiliar de la Contraloría Municipal de Magangué-Bolívar.

Sin embargo, no obra prueba de su ausencia en esa fecha, por ende es evidente no se configuró la causal de abandono del cargo de Secretaria Auxiliar. Es más el para la fecha en que la actora fue nombrada en el cargo para el cual concursó y ocupó el primer puesto, esto es el de Revisor Fiscal en período de prueba de 4 meses, el 2 de enero de 1998 mediante la Resolución 001 (fl. 178) el ente territorial nombró en el cargo de Secretaria Auxiliar también por un período de 4 meses a la señora FLORDELINA QUINTERO DE GOMEZ mediante Resolución No. 002 del mismo año (fl.154) lo que descarta la posibilidad de declarar la vacancia en un cargo ocupado provisionalmente por otro empleado.

Por abandono del empleo ha de entenderse la dejación voluntaria que el servidor público hace de los deberes que son inherentes al cargo que desempeñaba; es una inasistencia, un "apartamiento efectivo y real" del servicio en circunstancias tales que el hecho produzca un daño o perjuicio a la Administración Pública y a los servicios que la misma presta. Ha de ser real, efectivo, con los consecuentes perjuicios que el hecho ocasione.

Como se demostró que el abandono del cargo no existió ni se produjo un perjuicio a la Administración, la actora no incurrió en la causal que da lugar a la vacancia por abandono del cargo por lo que habrá de concluirse, simplemente, que la causal aducida es inexistente.

5. Solución al caso concreto.

Conforme a los lineamientos expuestos, la demandante ostentaba derechos de carrera, porque 1) Accedió al cargo de Secretaria Auxiliar mediante concurso u oposición de méritos; 2) El cargo que ocupó en periodo de prueba era de carrera administrativa; 3) Accedió al cargo en procura de un ascenso en la misma entidad, según convocatoria y concurso convocado por decisión de la Administración; 4) No hubo mala fe de la demandante para acceder al cargo ocupado; 5) No medio renuncia para aceptar los cargos que ocupó ni se observó su voluntad de dimitir; y 6) No hubo, en ningún caso, vacancia del cargo que venía ocupando.

Es evidente que la actora, en ningún momento perdió sus derechos de carrera, según lo antes visto, por ello detentaba la estabilidad en carrera administrativa en el puesto de Secretaria Auxiliar de manera que la administración, por su inmotivada voluntad, no podía retirarla del servicio.

De otra parte, la Sala señala que la administración no puede desconocer la finalidad de la carrera administrativa, cual es procurar el mérito y ascenso de sus empleados penalizándolos doblemente por no aprobar el periodo de prueba, lo que ocurriría si se aceptara la pérdida de derechos de la carrera administrativa respecto del cargo en el que gozaba de los beneficios del escalafón, pues sobre este último tenía un derecho adquirido y, en todo caso, la Administración no podía

retirar a la actora con una forma propia de empleados no amparados por fuero de relativa estabilidad laboral como es la insubsistencia tácita e inmotivada.

En consecuencia dada la manifiesta y evidente actuación irregular de la Administración al retirar de manera inmotivada el nombramiento de un empleado escalafonado, que no ha perdido sus derechos de carrera, en el proceso Contencioso Administrativo que declara la nulidad de ese acto, se impone el restablecimiento del derecho pero respecto del empleo en que se encontraba protegido o escalafonado, que en el caso sub-judice es el cargo de Secretaria Auxiliar desempeñado por la actora.

6. Del restablecimiento del derecho.

Al estar demostrado que la actora al momento de su desvinculación gozaba de los beneficios de la carrera en el cargo de Secretaria Auxiliar, se concluye que la Administración no podía removerla tácitamente con la declaratoria de insubsistencia, por calificación insatisfactoria, del cargo de Secretaria Auxiliar, como lo hizo, sin incurrir en el vicio de expedición irregular pues su retiro no obedeció a las causas señaladas en el artículo 7º de la Ley 27 de 1992, razón por la cual se revocará la sentencia apelada, y, en su lugar, se ordenará el correspondiente restablecimiento del derecho. Bajo las siguientes formas:

Mediante Oficio No. 091 de 3 de mayo de 2003, el Asesor Jurídico de la Alcaldía Municipal de Magangué – Bolívar, dio respuesta a la solicitud elevada por el apoderado de la actora, sobre la existencia o no de la Contraloría Municipal, en los siguientes términos:

“...Si bien es cierto, el municipio de Magangué mediante Decreto No. 325 de noviembre 24 de 2000, se adoptó a la categoría cuarta.

También es cierto que la Ley 617 en su párrafo transitorio del Artículo 21, dispuso que el 31 de diciembre del año 2000, las Contralorías que funcionan en los Municipios de Categoría Cuarta, quedarán suprimidas.

Por lo anteriormente expuesto me permito informarle que la Contraloría Municipal, desde el día 31 de diciembre dejó de existir.

Anexo: Copias del Decreto No. 103 de marzo 7 de 2001, donde se ordena el desmonte y la liquidación de la Contraloría. ”

El Decreto No. 103 de 7 de marzo de 2001 expedido por el Alcalde Municipal del Magangué – Bolívar, por el cual se ordena el desmonte y la liquidación de la Contraloría Municipal en ejercicio de las atribuciones previstas en el numeral 4 del artículo 315 de la Constitución Política y en cumplimiento del párrafo transitorio del artículo 21 de la Ley 617 de 2000, en el artículo tercero señaló: “El Alcalde municipal ejecutará directamente las partidas que el Municipio apropie con el fin de pagar las acreencias laborales originadas en la Contraloría Municipal.

En todo caso, los pasivos y gastos de la Contraloría Municipal, suprimida en virtud de la Ley 617 de 2000 y liquidada mediante el presente decreto, serán sufragadas por el Municipio.” (fl.188 a 191).

De acuerdo a la anterior normatividad legal, es ahora el Municipio de Magangué, el encargado de sufragar los pasivos y gastos, por el desmonte y liquidación de la Contraloría, que en el presente caso la equivalencia es la cancelación de las acreencias laborales de la actora originadas en la Contraloría Municipal; y consecuentemente el reintegro al cargo que venía desempeñando la señora DELSY ESTHER SAMPAYO VIÑAS al cargo de Secretaria Auxiliar en carrera administrativa o a otro de igual o superior categoría en ese Municipio.

En conclusión, para la Sala no hay duda que cuando el Juez ordena que como consecuencia de la nulidad de un acto de retiro, la demandante sea reintegrada al cargo, que se le paguen los salarios y prestaciones dejados de devengar, se tenga para todos los efectos legales como de servicio el tiempo que permaneció desvinculada de la Administración y adicionalmente sean indexadas las sumas que se le deben por ese lapso y que esta se haga sin solución de continuidad no está disponiendo nada distinto que hacer efectiva la consecuencia de volver las cosas a su estado anterior, como si la empleada nunca hubiere sido retirada del servicio, es decir, se le restablece el derecho.

El reintegro es la consecuencia lógica de la nulidad de un acto desvinculatorio del servicio es la del reintegro, en este caso, fue solicitado y se ordenará al cargo de Secretaria Auxiliar, o a uno igual o equivalente de carrera administrativa del Municipio de Magangué.

Como la causal de violación analizada prosperó, no es del caso pronunciarse acerca de los demás cargos formulados en la demanda por violación normativa ni de la anulabilidad de los demás actos administrativos acusados.

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,

FALLA

REVÓCASE la sentencia de 27 de junio de 2002 proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, que negó las súplicas de la demanda incoada por DELSY ESTHER SAMPAYO VIÑAS. En su lugar se dispone:

1. DECLÁRASE parcialmente Nula la Resolución No. 090 de mayo 18 de 1998, proferida por el Contralor Municipal de Magangué – Bolívar, mediante la cual declaró insubsistente el nombramiento de la actora del cargo de VISITADOR FISCAL por calificación insatisfactoria, a partir del 1º de junio de 1998, en la medida en que con la declaratoria expresa de insubsistencia del nombramiento Visitador Fiscal, en el que no superó el periodo de prueba, también se le declaró tácitamente el de Secretaria Auxiliar que venía ocupando. En su lugar se dispone:

2. Como consecuencia de la declaración anterior, condénase al Municipio de Magangué – Bolívar a reintegrarla, sin solución de continuidad, y a pagarle los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir desde el momento en que fue retirada hasta la fecha en que sea reintegrada, al cargo de Secretaria Auxiliar o a otro de igual o superior categoría en ese Municipio, por las razones expuestas en esta providencia.

3. Las sumas que resulten de liquidar esta sentencia serán actualizadas en los términos del artículo 178 del C.C.A., aplicando para ello la siguiente fórmula:

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

Índice Inicial

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que fue desvinculada la actora).

4. La sentencia se cumplirá dentro de los términos previstos en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

5. **NIÉGANSE** las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Públiquesse en los Anales del Consejo de Estado.

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

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA