

CARGOS DE PROFESIONAL ESPECIALIZADO DEL DESPACHO DEL MINISTRO DE COMERCIO EXTERIOR - Naturaleza jurídica

De conformidad con el literal c) del artículo 1º de la ley 61 de 1987, son empleados de libre nombramiento y remoción los que desempeñan cargos pertenecientes a los Despachos de los Ministros, preceptiva que se mantuvo con la ley 27 de 1992, lo cierto es que en la planta de personal de la demandada se presentó, con relación a los empleos mencionados, una anomalía que desbordó “los criterios razonables que cualquier entidad debe observar, de acuerdo a lo previsto en el artículo 125 de la Constitución Política, el cual en lo pertinente preceptúa: ‘Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera’” (Oficio de 21 de mayo de 1997 del Director de Apoyo a la Comisión Nacional del Servicio Civil). Anomalía consistente en mantener, sin justificación o criterio alguno razonable, 42 plazas de Profesional Especializado en el Despacho del Ministro de Comercio Exterior, obviando que tales cargos, por su naturaleza y funciones, pertenecían, en su mayoría, a la planta global de la entidad. Si bien el legislador está facultado para determinar las excepciones a la carrera, lo cierto es que no puede invertir el orden constitucional que establece como regla general la carrera administrativa, transgrediendo la filosofía que inspira el sistema. Criterio que con relación a la normativa aplicable, la Corte Constitucional desarrolló en sentencia de 21 de abril de 1994, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. En el sub-lite, por la naturaleza misma de los cargos (no pertenecen propiamente al nivel directivo, ni de conducción u orientación institucional) y por las funciones asignadas al actor, no hay duda para la Sala de que los empleos por él desempeñados, de Profesional Especializado Código 3010 – Grados 16 y 19 del Despacho del Ministro de Comercio Exterior, son del nivel profesional y subordinado que no exigen una especial confianza en la persona misma que lo desempeña (intuitu personae). Condiciones que los enmarcan claramente dentro de la regla general reconocida a los trabajadores del Estado por el artículo 125 de la Constitución, en cuanto resultan plenamente compatibles con el sistema de carrera.

PERDIDA DE DERECHOS DE CARRERA POR EL DESEMPEÑO DE OTRO CARGO - Improcedencia cuando la administración dispone la incorporación en un cargo de libre nombramiento y remoción sin el debido procedimiento / CAMBIO DE NATURALEZA DE LOS EMPLEOS - Efectos / INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO CON DERECHOS DE CARRERA - Debe estar precedida de una calificación insatisfactoria

Antes de la ley 61 de 1987 no estaba consagrada la pérdida del escalafonamiento en la carrera administrativa por el hecho de que un funcionario inscrito en la misma pasara a otro cargo, de igual o superior categoría. Pero esta normativa consagró tal circunstancia como causal de pérdida de los derechos de carrera. Esta Corporación, por su parte, en múltiples oportunidades ha reiterado que cuando la administración dispone la incorporación de personal de carrera en un cargo de libre nombramiento y remoción, sin el debido procedimiento, éste no pierde los derechos de carrera en el empleo en que está inscrito porque se trata de una decisión administrativa unilateral que se impone, pues si el empleado no acepta queda por fuera del servicio. Además, en casos de incorporación de personal no se dictan comisiones para salvar la situación del escalafonado, de suerte que no es posible exigir tal formalidad. Situación distinta es la del empleado que busca y obtiene la nominación en un empleo diferente sin las formalidades de ley o cuando el nominador, sin retirarlo del servicio, le ofrece otro cargo para su libre escogencia. Esta modalidad de pérdida de derechos de carrera desapareció al entrar en vigencia la ley 27 de 1992 (29 de diciembre de 1992), por no estar contemplada en su artículo 7º. Ahora bien, también opera la pérdida de derechos

aludida cuando el funcionario de carrera administrativa acepta y se posesiona de un cargo de libre nombramiento y remoción, pues se entiende que declina su condición de escalafonado, salvo que quede inmerso dentro de la hipótesis prevista en el artículo 5º de la ley 27 de 1992: “Artículo 5. Del cambio de naturaleza de los empleos. Los empleados de carrera cuyos cargos sean declarados de libre nombramiento y remoción, deberán ser trasladados a empleos de carrera con funciones afines y remuneración igual o superior a la del cargo que desempeñan, si existieren vacantes en las respectivas plantas de personal; en caso contrario, continuarán desempeñando el mismo cargo y conservarán los derechos de carrera mientras permanezcan en él”. En el sub-lite está demostrado que, bajo la vigencia de la mencionada ley, el actor fue incorporado en la planta de personal del Ministerio de Comercio Exterior en el cargo de Profesional Especializado Código 3010 – Grado 15 (resolución 0124 de 31 de marzo de 1992), en el cual se actualizó su inscripción en el escalafón y que posteriormente, sin solución de continuidad, fue nombrado e incorporado en las plazas de Profesional Especializado Código 3010 – Grados 16 y 19 (resoluciones 775 de 8 de julio de 1996 y 0165 de 28 de febrero de 1997), movimientos todos que, como quedó visto, fueron en empleos de carrera administrativa. Ahora bien, para la fecha en que fue declarado insubsistente el actor del empleo de Profesional Especializado Código 3010 – Grado 19, ya se encontraba vigente la ley 443 de 1998, según la cual, la declaratoria de insubsistencia de los empleados con derechos de carrera, debe estar precedida de una calificación insatisfactoria. Prerrequisito o procedimiento que al pretermirse genera un acto contrario a derecho.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A"

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de junio de dos mil nueve (2009).

Radicación número: 25000-23-25-000-2000-01438-01(2340-04)

Actor: LUIS ANTONIO ALFONSO GUTIERREZ

Demandado: MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 27 de noviembre de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

ANTECEDENTES

Luís Antonio Alfonso Gutiérrez, a través de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicita que se declare la nulidad de la resolución 1178 de 29 de octubre de 1999, proferida por la Ministra de Comercio Exterior, por medio de la cual fue declarado insubsistente del cargo de Profesional Especializado Código 3010 – Grado 19 de la Subdirección de Relaciones Bilaterales.

A título de restablecimiento del derecho reclama que se condene a la entidad demandada a reintegrarlo al mismo cargo o a otro de superior categoría, así como a pagar todos los salarios y prestaciones dejados de devengar. Pide que para todos los efectos legales se declare que no hubo solución de continuidad y que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A (fls. 37, 38 cdno ppal).

El demandante, como hechos en los cuales fundamenta sus pretensiones, manifiesta que laboró, sin solución de continuidad, en el Instituto Colombiano de Comercio Exterior – INCOMEX y en el Ministerio de Comercio Exterior desde el 1º de noviembre de 1984 hasta el 29 de octubre de 1999, es decir, por espacio de 14 años, 10 meses y 29 días.

Explica que ingresó por concurso al Instituto Colombiano de Comercio Exterior en el cargo de Auxiliar Administrativo Código 5120 – Grado 07 y que fue merecedor de múltiples ascensos (Auxiliar Administrativo Código 5120 – Grado 09, Técnico Administrativo Código 4065 – Grado 09, Técnico Administrativo Código 4065 – Grado 11, Profesional Universitario Código 3020 – Grado 05), los cuales fueron tenidos en cuenta por la Comisión Nacional del Servicio Civil en la actualización del escalafón de carrera administrativa.

Precisa que por la supresión del empleo que venía desempeñando en el Incomex (Profesional Universitario 3020- Grado 05), fue incorporado, en virtud del derecho preferencial que le asistía, a la Planta del Ministerio de Comercio Exterior en la plaza de Profesional Especializado 3010 – Grado 15 de la Subdirección de Relaciones de Integración y Organismos Multilaterales.

Expresa que posteriormente fue nombrado e incorporado en los cargos de Profesional Especializado Código 3010 – Grados 16 y 19, en los cuales conservó los derechos de carrera.

Destaca que siempre *“ejerció sus funciones con lealtad, eficiencia, responsabilidad y dedicación, sin que hubiera sido sancionado por falta alguna tal como se desprende de su hoja de vida”* (fls. 39, 40 cdno ppal).

Afirma que por haber sido escalafonado, goza de un derecho subjetivo válido de mantener dicho estatus en los nombramientos e incorporaciones que pudieron consolidarse en empleos de carrera administrativa (Profesional Universitario Código 3010 – Grados 16 y 19). Añade que el acto acusado por obviar tal calidad, está viciado de falsa motivación, desviación de poder y extralimitación de funciones.

Indica que de llegar a concluirse que no está amparado por derechos de carrera, lo cierto es que no hay dudas de que el retiro cuestionado obedeció a razones diferentes al buen servicio público, situación que en el sub-lite invierte la carga de la prueba.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda (fl. 285 cdno ppal).

Señaló, en síntesis, que el demandante no es preciso en sus afirmaciones, pues por un lado sostiene que el hecho de haber aceptado un cargo de mayor jerarquía no determinó la pérdida de sus derechos de carrera (Profesional Especializado Código 3010 – Grado 16) y, por otro, reconoce su condición de empleado provisional, para lo cual argumenta un derecho de relativa estabilidad y una omisión de convocar a concurso.

Precisó que la jurisprudencia ha sido enfática al sostener que *“la omisión de la entidad en realizar un concurso puede generar responsabilidad del funcionario, pero no fuero de estabilidad en el servicio para el funcionario que lo ocupa provisionalmente”* (fl. 284 cdno ppal).

Explicó que el hecho de que no se hubiera precisado con exactitud en el acto acusado la dependencia a la cual se encontraba adscrito el empleo

desempeñado por el actor, *“no tiene la entidad suficiente para configurar la pretendida FALSA MOTIVACION, circunstancia que bien pudo originarse en el devenir normativo que determinó, según se explicó detalladamente en la demanda, que un cargo que fuera considerado de libre nombramiento y remoción, debiera ser calificado como de carrera administrativa con obligación a proveerse a través de concurso, obligando al cambio de adscripción”* (fl. 285 cdno ppal).

FUNDAMENTO DEL RECURSO

El demandante solicita que se revoque la sentencia apelada y, en su lugar, se profiera providencia que acceda a las súplicas de la demanda (fl. 332 cdno ppal).

Precisa que al momento de su desvinculación era un empleado de carrera administrativa, condición que fue desconocida por la administración en el acto acusado.

Explica que para los años en que *“se efectuó, de un lado, su nombramiento en el cargo de Profesional Especializado 3010, Grado 16, en el año de 1996, y su incorporación al cargo de Profesional Especializado 3010, Grado 19, en el año de 1997, aún no se encontraba en vigencia el artículo 38 de la Ley 443 de 1998 que estableció nuevamente dentro de nuestra legislación, que los derechos de carrera se pierden cuando el empleado toma posesión de un cargo de carrera, sin haber cumplido las formalidades legales”* (fl. 319 cdno ppal).

Destaca que durante el tiempo que prestó sus servicios al Instituto Colombiano de Comercio Exterior – Incomex y al Ministerio de Comercio Exterior *“demostró sus dotes personales, profesionales y académicos, es decir, .. realizó sus funciones con celeridad, eficiencia, idoneidad y eficacia, destacándose por su abnegación, dedicación permanente y responsabilidad. Nunca fue sancionado, ni investigado ni penal ni disciplinariamente, pues no hay prueba dentro del proceso que demuestre lo contrario”* (fl. 324 cdno ppal). Condiciones especiales que invierten la carga de la prueba en este caso.

Añade que por tales condiciones es fácil inferir que su retiro no obedeció a razones del buen servicio público, situación que es corroborada con el hecho de que el empleo no pudo ser provisto con posterioridad.

Afirma que la administración contravino lo dispuesto en el artículo 26 del decreto 2400 de 1968, pues no dejó constancia de los motivos que ocasionaron su desvinculación en la hoja de vida institucional.

Agotado el trámite de rigor de la segunda instancia y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

El asunto se contrae a establecer la legalidad de la resolución No. 1178 de 29 de octubre de 1999, mediante la cual la Ministra de Comercio Exterior declaró insubsistente el nombramiento del demandante como profesional Especializado Código 3010 – Grado 19 de la Subdirección de Relaciones Bilaterales.

El actor sostiene, en síntesis, que la administración al adoptar la medida controvertida desconoció su condición de empleado escalafonado, pues si bien ocupó cargos diferentes al cual se encontraba inscrito, lo cierto es que para la época en que se efectuaron dichos movimientos de personal aún no estaba vigente la ley 443 de 1998, normativa que incorporó nuevamente dentro de la legislación el precepto de que los derechos de carrera se pierden cuando el funcionario toma posesión de una plaza de la misma naturaleza, sin haber cumplido las formalidades legales. Agrega que de llegarse a una conclusión distinta, el acto acusado también sería nulo, porque, por un lado, no atendió sus condiciones personales y profesionales, las cuales demostrarían que el retiro no propendió por el mejoramiento del servicio y, por otro, no se dejó constancia de los motivos que ocasionaron su desvinculación en la hoja de vida institucional.

En el proceso está demostrado que:

- El demandante estuvo vinculado al Instituto Colombiano de Comercio Exterior – Incomex por el periodo comprendido entre el 1º de noviembre de 1984 y el 3 de abril de 1992 (fl. 25 cdno No. 4) y que en dicho lapso ocupó en carrera administrativa diversos empleos (Auxiliar Administrativo Código 5120 – Grado 07, Auxiliar Administrativo Código 5120 – Grado 09, Técnico Administrativo Código 4065 – Grado 09, Técnico Administrativo Código 4065 – Grado 11 y Profesional Universitario Código 3020 – Grado 05 – fl. 4 cdno ppal).

- Por resolución 0124 de 31 de marzo de 1992, fue incorporado a la planta de personal del Ministerio de Comercio Exterior en el cargo de Profesional Especializado Código 3010 – Grado 15 (fls. 75, 76 cdno ppal), plaza en la cual se actualizó su inscripción en el escalafón de carrera, en los siguientes términos:

“Mediante Resolución No. 1941 de noviembre 24 de 1993 de este Departamento, se actualizó la inscripción en el escalafón de carrera administrativa, en el cargo de Profesional Especializado, código 3010, grado 15 del Ministerio de Comercio Exterior” (fl. 5 cdno ppal).

- **El Ministro de Comercio Exterior (E) nombró en su Despacho al actor, en el empleo de Profesional Especializado Código 3010 – Grado 16** (fl. 24 cdno No. 4 – resolución 775 de 8 de julio de 1996), designación que se le dio a conocer a través de la comunicación de 8 de julio de 1996 (fl. 23 cdno No. 4).

- En virtud de la modificación de la planta de personal del Ministerio de Comercio Exterior llevada a cabo por el decreto 393 de 19 de febrero de 1997 (fl. 107 cdno ppal), **se incorporó al demandante en el empleo de Profesional Especializado Código 3010 – Grado 19 del Despacho del Ministro** (fls. 78, 116 cdno ppal – resolución 0165 de 28 de febrero de 1997), cargo en el cual acreditó de sobra los requisitos exigidos para ocuparlo (fl. 43 cdno No. 2 – título, postgrado, manejo de windows, dominio del idioma inglés, tarjeta o matrícula profesional y dos años de experiencia), tal como se infiere de su hoja de vida y de los documentos anexos a ella (cdno No. 4).

- El actor fue declarado insubsistente de la última plaza referenciada, a través de la resolución 1178 de 29 de octubre de 1999 (fl. 2 cdno ppal).

Para resolver la controversia es necesario determinar si el demandante estaba amparado por el fuero de relativa inamovilidad que confiere el status de carrera administrativa o si, por el contrario, lo había perdido al tomar

posesión de los empleos de Profesional Especializado 3010 – Grados 16 y 19 del Despacho del Ministro de Comercio Exterior.

Considera la Sala que para tal efecto es indispensable establecer, en primer lugar, la naturaleza jurídica de los aludidos cargos.

1. Naturaleza de los empleos de Profesional Especializado 3010 – Grados 16 y 19 del Despacho del Ministro de Comercio Exterior:

Si bien de conformidad con el literal c) del artículo 1º de la ley 61 de 1987, son empleados de libre nombramiento y remoción los que desempeñan cargos pertenecientes a los Despachos de los Ministros, preceptiva que se mantuvo con la ley 27 de 1992, lo cierto es que en la planta de personal de la demandada se presentó, con relación a los empleos mencionados, una anomalía que desbordó *“los criterios razonables que cualquier entidad debe observar, de acuerdo a lo previsto en el artículo 125 de la Constitución Política, el cual en lo pertinente preceptúa: ‘Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera’”* (fl. 10 cdno ppal – oficio de 21 de mayo de 1997 del Director de Apoyo a la Comisión Nacional del Servicio Civil).

Anomalía consistente en mantener, sin justificación o criterio alguno razonable, 42 plazas de Profesional Especializado en el Despacho del Ministro de Comercio Exterior, obviando que tales cargos, por su naturaleza y funciones, pertenecían, en su mayoría, a la planta global de la entidad. Situación que requirió la intervención del Departamento Administrativo de la Función Pública, para garantizar los derechos de carrera administrativa de quienes los ocupaban:

- *“Me permito reiterar la necesidad de enviar a este Despacho el proyecto de modificación de la planta de personal, en el sentido de reubicar los empleos de Profesional Especializado asignados al Despacho del Ministro y establecerlos en la planta global, por tratarse de cargos de carrera administrativa”* (fl. 15 cdno ppal)

- *“Como es de su conocimiento el Decreto 393 de 1997 que establece la planta de personal de ese Ministerio, adscritos a su despacho se encuentran 42 cargos de profesional especializado, los cuales, según el concepto emitido mediante oficio No. 05833 del 21 de mayo de 1997 por la Dirección de Apoyo a la Comisión Nacional del Servicio Civil y dirigido al doctor Adalberto Beltrán Clavijo, Secretario General de esa Entidad, es necesario analizar cuáles se encuentran desempeñando sus funciones en otras dependencias del*

Ministerio, para definir su calidad de carrera o de libre nombramiento y remoción´.

Adicionalmente, ese Ministerio se comprometió a adelantar una reforma a la planta de personal, con el fin de efectuar una reubicación de los mencionados empleos, sin que hasta la fecha se haya hecho nada al respecto” (fl. 16 cdno ppal)

La Sala no desconoce, ante la anomalía puesta de presente, que algunas de las 42 plazas mencionadas de Profesional Especializado pudieron tener características propias de los cargos de libre nombramiento y remoción, pero esa circunstancia aislada, no implica que todas deban ser excluidas del régimen de carrera, en forma general, por pertenecer al Despacho del Ministro.

No sobra señalar en este punto, que si bien el legislador está facultado para determinar las excepciones a la carrera, lo cierto es que no puede invertir el orden constitucional que establece como regla general la carrera administrativa, transgrediendo la filosofía que inspira el sistema. Criterio que con relación a la normativa aplicable, la Corte Constitucional desarrolló en sentencia de 21 de abril de 1994, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa:

*“Se puede observar entonces que el artículo 125 superior exceptúa de la **carrera** a los empleos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.*

Con respecto al literal d) del artículo 1o. de la ley 61 de 1987, se declarará su exequibilidad parcial, por cuanto no todos los empleos de la Presidencia de la República, han de ser de libre nombramiento y remoción, debido a la vigencia del principio general de la carrera. La exequibilidad se condiciona así a que tales empleos no estén dentro de los comprendidos por el sistema de carrera, el cual, se repite, es la norma general. Lo anterior se extiende al literal i); con respecto a los literales f) y g) ésta Corporación ha de declararlos inexecutable, pero no se pronunciará sobre las normas especiales del Decreto 2117 de 1992, que fusionó en una misma entidad a la Dirección de Impuestos y a la Dirección de Aduanas, ya que tales disposiciones no han sido demandadas.

*En otras palabras, de acuerdo con la clasificación del Decreto 1042 de 1978, que establece los niveles directivo, asesor, ejecutivo, profesional, técnico, administrativo y operativo, hay que señalar que los criterios que deben tenerse en cuenta para determinar si un empleo es de libre nombramiento y remoción son los niveles directivos y **excepcionalmente** los otros, **siempre y cuando** impliquen un grado considerable de **confianza**. Los demás, es decir, la regla general, son de **carrera**. En consecuencia, los empleos*

señalados en la norma acusada como de libre nombramiento y remoción se juzguen válidos, en el entendido de que se trate de empleos de dirección y confianza” (C-195 de 1994 – negrilla y subrayas fuera del texto).

En el sub-lite, por la naturaleza misma de los cargos (no pertenecen propiamente al nivel directivo, ni de conducción u orientación institucional) y por las funciones asignadas al actor (fls. 5, 6, 74 cdno No 2), no hay duda para la Sala de que los empleos por él desempeñados, de Profesional Especializado Código 3010 – Grados 16 y 19 del Despacho del Ministro de Comercio Exterior, son del nivel profesional y subordinado que no exigen una especial confianza en la persona misma que lo desempeña (intuitio personae). Condiciones que los enmarcan claramente dentro de la regla general reconocida a los trabajadores del Estado por el artículo 125 de la Constitución, en cuanto resultan plenamente compatibles con el sistema de carrera.

Aclarado lo anterior, se procederá a analizar si por haber accedido el demandante a otros cargos de la misma naturaleza, sin que mediaran procesos de selección, conservó o no las prerrogativas inherentes a la carrera administrativa.

2. Pérdida de derechos de carrera por el desempeño de otro cargo:

Antes de la ley 61 de 1987 no estaba consagrada la pérdida del escalafonamiento en la carrera administrativa por el hecho de que un funcionario inscrito en la misma pasara a otro cargo, de igual o superior categoría. Pero esta normativa consagró tal circunstancia como causal de pérdida de los derechos de carrera, así:

*“ARTICULO 2o. El retiro del servicio por cualquier causa implica el retiro de la carrera y la pérdida de los derechos inherentes a ella, salvo en el caso de cesación por motivo de supresión del empleo. **Cuando un funcionario de Carrera Administrativa toma posesión de un empleo distinto del que es titular sin haber cumplido el proceso de selección o de un cargo de libre nombramiento y remoción para el cual no fue comisionado, perderá sus derechos de carrera”** (resaltado fuera del texto).*

La Corte Suprema de Justicia al pronunciarse sobre la exequibilidad de la disposición transcrita y resaltada expresó:

*"...Pero además es esta una disposición que supone la libre opción y determinación del funcionario de carrera **que es nominado sin el cumplimiento de los requisitos propios de la selección en carrera o para un cargo de libre nombramiento y remoción e implica la autónoma asunción de las consecuencias jurídicas de su conducta**; por otra parte no es cierto que el simple nombramiento en las condiciones señaladas por la norma que se examina implique desconocimiento de los derechos del funcionario de carrera, todo lo contrario, exige que haya posesión efectiva, la que se supone libre y no condicionada.*

*En este sentido es el funcionario el que decide optar por configurar dentro de las posibilidades que le da la ley una conducta que es causal de retiro de la Carrera y de la pérdida de los derechos de la misma, o no hacerlo y la administración, bien puede ofrecerle o no el empleo de libre nombramiento y remoción sin que medie responsabilidad de ésta, si lo hace sin desviación o abuso de poder.
..."*

Esta Corporación, por su parte, en múltiples oportunidades ha reiterado que cuando **la administración dispone la incorporación de personal de carrera en un cargo de libre nombramiento y remoción, sin el debido procedimiento, éste no pierde los derechos de carrera en el empleo en que está inscrito porque se trata de una decisión administrativa unilateral que se impone**, pues si el empleado no acepta queda por fuera del servicio. Además, en casos de incorporación de personal no se dictan comisiones para salvar la situación del escalafonado, de suerte que no es posible exigir tal formalidad. Situación distinta es la del empleado que busca y obtiene la nominación en un empleo diferente sin las formalidades de ley o cuando el nominador, sin retirarlo del servicio, le ofrece otro cargo para su libre escogencia.

Esta modalidad de pérdida de derechos de carrera desapareció al entrar en vigencia la ley 27 de 1992 (29 de diciembre de 1992), por no estar contemplada en su artículo 7º.

El artículo 7º aludido, preceptuó:

"Artículo 7. 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

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.*
- j) *Por orden o decisión judicial*

Parágrafo. El retiro del servicio por cualquiera de las causas 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)” (subrayas y resaltado fuera del texto).

Del texto transcrito se deduce que el empleado pierde el escalafonamiento al cesar definitivamente de sus funciones.

Ahora bien, también opera la pérdida de derechos aludida cuando el funcionario de carrera administrativa acepta y se posesiona de un cargo de libre nombramiento y remoción, pues se entiende que declina su condición de escalafonado, salvo que quede inmerso dentro de la hipótesis prevista en el artículo 5º de la ley 27 de 1992:

“Artículo 5. Del cambio de naturaleza de los empleos. Los empleados de carrera cuyos cargos sean declarados de libre nombramiento y remoción, deberán ser trasladados a empleos de carrera con funciones afines y remuneración igual o superior a la del cargo que desempeñan, si existieren vacantes en las respectivas plantas de personal; en caso contrario, continuarán desempeñando el mismo cargo y conservarán los derechos de carrera mientras permanezcan en él”.

En el sub-lite está demostrado que, bajo la vigencia de la mencionada ley, el actor fue incorporado en la planta de personal del Ministerio de Comercio Exterior en el cargo de Profesional Especializado Código 3010 – Grado 15 (resolución 0124 de 31 de marzo de 1992), en el cual se actualizó su inscripción en el escalafón (fl. 5 cdno ppal), y que posteriormente, sin solución de continuidad, fue nombrado e incorporado en las plazas de Profesional Especializado Código 3010 – Grados 16 y 19 (resoluciones 775 de 8 de julio de 1996 y 0165 de 28 de febrero de 1997), movimientos todos que, como quedó visto, fueron en empleos de carrera administrativa.

En este orden de ideas, es incuestionable que cuando el demandante tomó posesión del último cargo mencionado (Profesional

Especializado Código 3010 – Grado 19), por voluntad unilateral de la administración (incorporación), no había perdido sus derechos de carrera administrativa. Condición que impone que una posible remoción sea reglada y no discrecional.

Ahora bien, para la fecha en que fue declarado insubsistente el actor del empleo de Profesional Especializado Código 3010 – Grado 19, ya se encontraba vigente la ley 443 de 1998, según la cual, la declaratoria de insubsistencia de los empleados con derechos de carrera, debe estar precedida de una calificación insatisfactoria. Prerrequisito o procedimiento que al pretermitirse genera un acto contrario a derecho.

En vista de que el nominador en esta oportunidad no observó las previsiones legales, en razón a que el retiro del servicio del demandante lo realizó en ejercicio de la facultad discrecional, pese a que el servidor se hallaba amparado por el status de carrera administrativa, es claro para la Sala que infringió la normativa en que debía fundarse, situación que genera la anulación del acto de retiro controvertido, con el consecuente restablecimiento del derecho.

Como los anteriores argumentos son suficientes para decidir la controversia, la Sala se abstendrá de analizar las demás inconformidades planteadas en el recurso de apelación.

Por las razones que anteceden, se revocará la sentencia que denegó las súplicas de la demanda y, en su lugar, se dispondrá la anulación del acto acusado, con el consecuente reestablecimiento del derecho, en los términos que se precisarán en la parte resolutive de esta providencia.

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 de veintisiete (27) de noviembre de dos mil tres (2003), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el

proceso promovido por LUIS ANTONIO ALFONSO GUTIERREZ contra la NACION – MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR (HOY MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO). En su lugar se dispone:

DECLÁRASE la nulidad de la resolución 1178 de 29 de octubre de 1999, proferida por la Ministra de Comercio Exterior.

Como restablecimiento del derecho, **ORDÉNASE** a la entidad demandada reintegrar al señor Luis Antonio Alfonso Gutiérrez al cargo que venía ocupando al momento del retiro, o a otro de igual o superior jerarquía, y pagar el valor correspondiente a sueldos, primas, bonificaciones, vacaciones y demás emolumentos causados.

El valor de la condena será ajustado en los términos del artículo 178 del C.C.A., dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de sueldos, primas, bonificaciones, vacaciones y demás emolumentos desde la fecha del retiro hasta la de ejecutoria de esta sentencia 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 en la fecha en que se causó la suma adeudada.

DECLÁRASE que para todos los efectos legales no existió solución de continuidad en la prestación del servicio por parte del demandante.

DÉSE cumplimiento a la sentencia dentro del término previsto en el artículo 176 del C.C.A.

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

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO GOMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCON
(En comisión)

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO