



## Sentencia 16247 de 1998 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

INSUBSISTENCIA DEL EMPLEADO ESCALAFONADO EN CARRERA - Calificación No Satisfactoria / LEY DE CARRERA ADMINISTRATIVA - Vigencia / CALIFICACION DE SERVICIOS DE LOS EMPLEADOS ESCALAFONADOS EN CARRERA - Vigencia del Trámite

La declaratoria de insubsistencia del empleado escalafonado en la carrera que haya obtenido una calificación de servicios no satisfactoria, contemplada en el art. 9o. de la ley 27 de 1992, empezó a tener operancia a partir de la expedición del decreto 1222 de 1993, por medio del cual el Gobierno Nacional reglamentó la calificación de servicios, o sea a partir del 28 de junio de 1993, fecha en que efectivamente empieza el funcionamiento del nuevo sistema de una sola calificación no satisfactoria y luego sí la expedición del acto de insubsistencia. Cabe agregar que una es la fecha en que entró a regir la ley 27 de 1992 por medio de la cual se desarrolló el art. 125 de la Constitución Política, se expidieron normas sobre administración de personal al servicio del Estado y se dictaron otras disposiciones, y otra es la fecha en que empezó a operar el trámite administrativo correspondiente a la calificación de los servicios de los empleados escalafonados en la carrera. La primera, es decir la fecha en que entró a regir la ley 27 de 1992, ocurrió con la publicación, que lo fue, el 29 de diciembre de 1992 y el trámite administrativo que culmina con la declaratoria de insubsistencia del empleado escalafonado en carrera, luego de una calificación no satisfactoria, entró a operar a partir del 28 de junio de 1993, cuando el Presidente de la República mediante decreto 1222 de 1993, reglamentó dicho aspecto.

INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE CARRERA - Improcedencia / RETROACTIVIDAD DE LA LEY - Improcedencia / CARRERA ADMINISTRATIVA - Tránsito de Legislación / EFECTOS DE LA LEY - Ex tun / DERECHO ADMINISTRATIVO LABORAL - Principio de Favorabilidad

Al actor se le aplicó de manera retroactiva, la normatividad que señaló el procedimiento para la declaratoria de insubsistencia como resultado de una calificación no satisfactoria, pues como hizo claridad el tribunal, el Ministerio de Desarrollo Económico, para declarar la insubsistencia, calificó un lapso anterior, es decir el comprendido entre el 1o. de mayo de 1992 al 30 de abril de 1993, y expidió el acto de calificación el 27 de mayo de 1993. Para la calificación de servicios al actor debió aplicarse el procedimiento consagrado en la ley 61 de 1987, puesto que para la fecha de las calificaciones, aún no habían entrado a operar las previsiones y procedimiento consagrados en la ley 27 de 1992 y decreto 1222 de 28 de junio de 1993. Sabido es que por regla general, los efectos de la ley rigen hacia el futuro, a menos que el legislador expresamente disponga lo contrario y ello no ocurrió en la ley que se examina. Además, dado el tema en análisis, en derecho administrativo laboral se impone la observancia de los principios que lo informan. La administración debió resolver la situación del administrado, y en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho le debió aplicar la más favorable - art. 53 C.N. -.

REINTEGRO AL CARGO - Funcionario de Carrera / GARANTIA DE ESTABILIDAD - Mantenimiento en los Términos del Escalafón

La Sala comparte las apreciaciones expuestas por el juzgador de primera instancia, en cuanto ordenó el reintegro del actor al cargo de Profesional especializado 3010 grado 09 o a uno de igual o superior categoría, pues se ha dicho que el escalafonamiento garantiza al funcionario que no será removido sino por causas legales del cargo en el cual se encuentra en carrera, la garantía de estabilidad se mantiene pero referida a los términos exactos del escalafón ya que para lograr reclasificación por ascenso, es indispensable comprobar que se reúnen los requisitos para desempeñar el otro cargo y merecerle mediante concurso, por no existir reclasificación automática.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "B"

Consejero ponente: JAVIER DIAZ BUENO

Santafé de Bogotá, D.C., mayo (13) trece de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Rad. No.: 16247

Actor: ALFONSO CARO VENEGAS

Demandado: NACION - MINISTERIO DE DESARROLLO ECONOMICO

Referencia: AUTORIDADES NACIONALES

-

ALFONSO CARO VENEGAS, solicita se declaren nulas las Resoluciones números 1212 y 1322 del 9 y 27 de septiembre de 1993, proferidas por el Ministerio de Desarrollo Económico, y mediante las cuales fue declarado insubsistente su nombramiento por no obtener calificación satisfactoria de servicios, por considerar que la calificación de servicios la produjo quien no era su jefe inmediato, la motivación de los actos fue global y sin discernir los factores objeto de la calificación, la comisión de personal se alejó de sus funciones pues en lugar de conceptuar, lo que hizo fue nuevamente calificar, y los actos acusados se expidieron con base en el artículo 9° de la ley 27 de 1992, que prescribe el retiro del servicio, con base en una sola calificación de servicios insatisfactoria, cuando a él le regían dos calificaciones, conforme a la legislación anterior.

-

LA SENTENCIA APELADA

-

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda, por considerar que le asiste razón al actor, pues a él en su condición de funcionario escalafonado se le retiró del servicio con una sola calificación de servicios como lo expresa la ley 27 de 1992, cuando requería de dos calificaciones no satisfactorias, conforme lo disponía la legislación anterior.

Concluye el Tribunal que al demandante le aplicaron retroactivamente las disposiciones de la ley 27 de 1992. (Folio 319).

EL RECURSO

-

La Nación, Ministerio de Desarrollo Económico, y la parte actora, interpusieron el recurso de apelación contra el anterior fallo.

El Ministerio de Desarrollo Económico expresa que produjo una sola calificación de servicios, porque así lo dispuso la ley 27 de 1992, vigente a la fecha de expedición de los actos acusados, y por lo tanto, derogó la legislación que exigía dos calificaciones sucesivas de servicios no satisfactorias, y precisamente el artículo 19 de la citada ley 27, lo que ordenó fue que las disposiciones de dicha ley, debían entrar a regir a más tardar seis meses después de entrar en vigencia, de una parte, y de la otra, porque el artículo 30 de dicho estatuto prescribió que la ley 27 entraba a regir a partir de su publicación, y que modificaba entre otras, la ley 61 de 1987, así como las demás normas que le fueran contrarias. (Folio 340).

La parte actora sustenta su inconformidad, con base en que ordena su reintegro al cargo de Profesional Especializado 3010 grado 09, cuando él fue retirado del cargo de Profesional Especializado 3010 - 010, por cuanto así lo dispuso la entidad demandada, cuando procedió a reestructurar la planta de personal anterior según consta en la hoja de vida, de una parte, y de la otra, porque el fallo no puede ordenar que se le descuente lo percibido en otra entidad oficial durante su retiro, porque ese no es el alcance que debe dársele al artículo 128 de la C.N. (Folio 329).

El Ministerio Público guardó silencio.

Para resolver, se

CONSIDERA

Se controvierten las Resoluciones Nos. 1212 y 1322 del 9 y 27 de septiembre de 1993 respectivamente, expedidas por el Ministerio de Desarrollo Económico, mediante las cuales luego de obtener una calificación insatisfactoria, declaró insubsistente el nombramiento del señor ALFONSO CARO VENEGAS, en el cargo de Profesional Especializado 3010 - Grado 10 de la División de Análisis Sectorial para la pequeña y mediana industria de la Dirección Técnica de Desarrollo Industrial.

En primer término examinará la Sala las razones de inconformidad expuestas por el apoderado de la entidad demandada, en el recurso de apelación, así:

El fallador de primera instancia, luego del examen y valoración de la prueba allegada al proceso, concluyó que los actos acusados infringieron las disposiciones invocadas en la demanda, por estimar que se había aplicado una normatividad y un procedimiento diferente en la calificación de servicios al demandante, vulnerándole los derechos que amparaban su estabilidad en el cargo, al haberse retirado del servicio con base en un trámite que no era aplicable al momento de efectuar la calificación.

En uno de los considerandos que sirvieron de fundamento el Tribunal para adoptar la decisión, se expresa:

“La Sala luego de efectuar el estudio de todas las pruebas obrantes en el proceso, y en especial de analizar el contenido de la Ley 27 de 1992, encuentra plenamente establecidas las afirmaciones del libelista en cuanto al quebrantamiento de las normas aplicables al actor, como funcionario escalafonado en la carrera administrativa, por cuanto se le aplicaron en forma retroactiva las normas de la Ley 27 de 1992 al calificarle por el período de mayo 1º de 1992 al 30 de abril de 1993, con una sola calificación insatisfactoria.”

La entidad demandada por su parte no está de acuerdo con el anterior planteamiento, pues en su sentir, los actos acusados se ajustaron a derecho, toda vez que se produjo una sola calificación de servicios, en consideración a que así lo dispuso la Ley 27 de 1992, vigente para la fecha de expedición de los actos acusados, la cual derogó la legislación que exigía dos (2) calificaciones sucesivas de servicios no satisfactorias. Que el artículo 19 de la citada Ley 27 de 1992 lo que dispuso fue que tales disposiciones deberían entrar a regir a más tardar seis (6) meses después de entrar en vigencia y además, el artículo 30 *ibidem*, modificó entre otras, la Ley 61 de 1987 y las demás normas que le fueran contrarias.

Dentro de las anteriores bases se resuelve este extremo, en el siguiente orden:

- La ley 61 de 1987 en el artículo 3º, ordenaba que debía retirarse del servicio público al funcionario que en el año calendario obtuviera dos (2) calificaciones insatisfactorias. Para mayor ilustración se transcribe:

“ARTICULO 3º. - El nombramiento del funcionario escalafonado en carrera deberá declararse insubsistente por la autoridad nominadora, cuando dentro del mismo año calendario haya obtenido dos (2) calificaciones no satisfactorias de servicios.”

- La ley 27 de 1992, artículo 30 derogó entre otras, la Ley 61 de 1987, y sobre el particular en el artículo 9º, dispuso:

“El nombramiento del empleado escalafonado en la carrera deberá declararse insubsistente por la autoridad nominadora cuando haya obtenido una calificación de servicios no satisfactoria, para lo cual deberá oírse previamente el concepto no vinculante de la Comisión de Personal.”

Es decir, a la luz de la Ley 61 de 1987, la declaratoria de insubsistencia de los funcionarios escalafonados en carrera, procedía luego de dos calificaciones no satisfactorias, y bajo la Ley 27 de 1992, tal decisión procede con una calificación de servicios no satisfactoria.

Ahora bien, en el sub - lite se plantea la ilegalidad de los actos, por considerar que las previsiones de la Ley 27 de 1992, se aplicaron retroactivamente al actor, pues considera que lo gobernaban las disposiciones de la Ley 61 de 1987.

Por lo anterior es indispensable precisar la fecha en que entró a regir la Ley 27 de 1992, así:

El artículo 30 de esta ley dispuso que regía a partir de su publicación, la cual tuvo lugar, el 29 de diciembre de 1992.

Debe advertirse también que el artículo 29 del (sic) la Ley en mención, dispuso que en el término de seis (6) meses contados a partir de su promulgación, el Presidente de la República expediría las normas que definieran los procedimientos para los concursos, las evaluaciones y calificaciones que debieran surtir en la carrera administrativa. En lo pertinente, se lee:

“De conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República, por el término de seis (6) contados a partir de la promulgación de la presente ley; para:

...

4. Expedir las normas que definan los procedimientos para los concursos, las evaluaciones y calificaciones que deban surtir en la carrera administrativa.” (se subraya).

De acuerdo con lo anterior el Presidente de la República el 28 de junio de 1993, expidió el Decreto 1222, por medio del cual reglamentó los concursos o procesos de selección y a partir del artículo 16, se ocupó del tema de la calificación de servicios.

Armonizando lo anterior se concluye que la declaratoria de insubsistencia del empleado escalafonado en la carrera que haya obtenido una calificación de servicios no satisfactoria, contemplada en el artículo 9º de la Ley 27 de 1992, empezó a tener operancia a partir de la expedición del Decreto 1222 de 1993, por medio del cual el Gobierno Nacional reglamentó la calificación de servicios, o sea a partir del 28 de junio de 1993, fecha en que efectivamente empieza el funcionamiento del nuevo sistema de una sola calificación no satisfactoria y luego si la expedición del acto de insubsistencia.

Cabe agregar que una es la fecha en que entró a regir la Ley 27 de 1992 por medio de la cual se desarrolló el artículo 125 de la Constitución Política, se expidieron normas sobre administración de personal al servicio del Estado y se dictaron otras disposiciones, y otra es la fecha en que empezó a operar el trámite administrativo correspondiente a la calificación de los servicios de los empleados escalafonados en la carrera. La primera, es decir la fecha en que entró a regir la Ley 27 de 1992, ocurrió con la publicación, que lo fue, como antes se precisó, el 29 de diciembre de 1992, y el trámite administrativo que culmina con la declaratoria de insubsistencia del empleado escalafonado en carrera, luego de una calificación no satisfactoria, entró a operar a partir del 28 de junio de 1993, cuando el Presidente de la República mediante el Decreto 1222 de 1993, reglamentó dicho aspecto.

Desde la anterior perspectiva, se aprecia que efectivamente al señor ALFONSO CARO VENEGAS, se le aplicó de manera retroactiva, la normatividad que señaló el procedimiento para la declaratoria de insubsistencia como resultado de una calificación no satisfactoria, pues como hizo claridad el Tribunal, el Ministerio de Desarrollo Económico, para declarar la insubsistencia, calificó un lapso anterior, es decir el comprendido entre el 1º de mayo de 1992 al 30 de abril de 1993, y expidió el acto de calificación el 27 de mayo de 1993.

Para la calificación de servicios al señor ALFONSO CARO VENEGAS, debió aplicarse el procedimiento consagrado en la Ley 61 de 1987, puesto

que para la fecha de las calificaciones, aún no habían entrado a operar las previsiones y procedimiento consagrados en la Ley 27 de 1992 y Decreto 1222 de 28 de junio de 1993.

Sabido es que por regla general, los efectos de la ley rigen hacia el futuro, a menos que el legislador expresamente disponga lo contrario y ello no ocurrió en la ley que se examina.

Además, dado el tema en análisis, en derecho administrativo laboral se impone la observancia de los principios que lo informan. La Administración debió resolver la situación del administrado, y en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho le debió aplicar la más favorable - artículo 53 C.N. - .

Las razones anteriores son suficientes para confirmar la sentencia apelada, en cuanto el Tribunal declaró la nulidad de los actos acusados por encontrar que se había aplicado con efectos retroactivos la Ley 27 de 1992.

Sobre inconformidad del actor, en síntesis plantea dos razones, así:

a) Que en el Numeral 2º de la parte resolutive del fallo apelado, el Tribunal ordenó el reintegro del actor al cargo de Profesional Especializado; código 3010, grado 09 en el que se encontraba escalafonado en la carrera administrativa o en otro de igual o superior jerarquía y remuneración. Dice que es cierto que se hallaba escalafonado dicho cargo, sin embargo para la fecha del retiro desempeñaba el empleo de Profesional Especializado, código 3010 grado 10, que no lo desempeñaba por capricho suyo, sino por mandato legal, pues tal situación obedeció a que fue incorporado en este cargo mediante Resolución 0372 de 1993, como consecuencia de la reestructuración de la Planta de Personal del Ministerio de Desarrollo Económico efectuada para la época, evento que dio lugar a la aplicación del artículo 81 del Decreto 1042 de 1978, sobre movimiento de personal con ocasión de las reformas de las Plantas.

La Sala comparte las apreciaciones expuestas por el juzgador de primera instancia, en cuanto ordenó el reintegro del actor al cargo de Profesional especializado 3010 grado 09 o a uno de igual o superior categoría, pues se ha dicho que el escalafonamiento garantiza al funcionario que no será removido sino por causas legales del cargo en el cual se encuentra en carrera, la garantía de estabilidad se mantiene pero referida a los términos exactos del escalafón ya que para lograr reclasificación por ascenso, es indispensable comprobar que se reúnen los requisitos para desempeñar el otro cargo y merecerlo mediante concurso, por no existir reclasificación automática.

b) El segundo motivo de inconformidad lo hace consistir en que, el Tribunal de primera instancia, en el numeral 3º de la parte resolutive ordenó pagar los emolumentos dejados de percibir durante el lapso que medie entre la fecha en que se hizo efectiva la desvinculación del cargo y aquella en que se produzca el reintegro al servicio, descontando de estas sumas, los valores que el demandante hubiere recibido provenientes del Tesoro Público por concepto de salarios y prestaciones sociales. Expresa el apelante que en la parte motiva de la providencia no se expusieron razones de orden legal que sirvieran de soporte a la decisión en tal sentido y en todo caso el pago de lo dejado de percibir, como consecuencia del restablecimiento del derecho, no cabe dentro de la previsión del artículo 128 de la Carta Política.

Asiste razón al recurrente, y en consecuencia se revocará por este aspecto la sentencia apelada, pues la orientación jurisprudencial que ordenaba realizar tales descuentos fue rectificadas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado con ponencia del Magistrado Doctor Carlos Orjuela Góngora en sentencia de 28 de agosto de 1996, dictada en el proceso No. S - 638, cuya parte pertinente se transcribe y acoge, para resolver el presente recurso de apelación.

a) Las sumas a las que se condena a la parte demandada, para las cuales se toma en cuenta la equivalencia de los salarios y prestaciones dejados de percibir entre las fechas de desvinculación y reintegro no tienen el carácter de otro "empleo público" u otra asignación que provenga del "Tesoro Público", sino que en verdad vienen a resarcir el perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le genera a la demandante.

b) Nada impide recibir sueldo e indemnizaciones al mismo tiempo. En efecto, es lícito devengar ambos conceptos porque tienen causas diferentes y ello no está prohibido por la Constitución Política. En efecto, lo que la Carta prohíbe es que una misma persona desempeñe simultáneamente dos o varios empleos públicos, y como consecuencia de ello, perciba dos o más salarios; pero si una erogación proviene de la

prestación personal del servicio a través de una relación legal y reglamentaria, y otra del hecho ilegal de la administración, no cabe dentro de esa hipótesis la previsión de los artículos 64 de la Carta de 1886 y 128 de la 1991.

c Ciertamente, el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir que ordena esta sentencia como consecuencia del reintegro de la actora tiene carácter indemnizatorio; busca reparar el daño o perjuicio que le irrogó el acto nulo que la desvinculó ilegalmente del servicio. En cambio los salarios y prestaciones que pudiese haber recibido de otra relación laboral de derecho público con el Estado tienen su fuente en la prestación personal del servicio y constituyen la remuneración por esa actividad personal; en el primer evento se trata de una ficción que se desarrolla a través de una equivalencia, mientras que en el segundo sí se cumple una relación de trabajo completa.

d Fuera de lo anterior, es menester destacar que no existe disposición legal de ninguna clase que le ordene a la jurisdicción contencioso administrativa esa clase de pronunciamientos; y es elemental que en esa materia no cabe la aplicación analógica. De suyo, el juez no puede crear normas y ordenar dichos descuentos en la parte resolutive significa crear una disposición no prevista en esos términos en la Carta Fundamental ni en la ley.

e Por el contrario, es incuestionable que en el caso del ejercicio de un empleo sus emolumentos deben estar previstos en el rubro correspondiente del Presupuesto, - el de Gastos - , según lo dispuesto por el artículo 122 de la Constitución Política. Mientras que las condenas que se imponen a través de sentencia judicial constituyen un crédito que se incluye en otro rubro del mismo - el de Créditos Judiciales - por mandato del artículo 346 del mismo Estatuto Superior. Es decir, que su naturaleza es diferente, sin la menor duda.

f En el mismo sentido, obsérvese que el 235 del decreto 1222 de 1986 - Código de Régimen Departamental - dispone que los departamentos "repetirán contra las personas que hubieren efectuado elecciones, nombramientos o remociones ilegales de funcionarios, el valor de las indemnizaciones que hubieren pagado por esta causa" (Se subraya) - Asimismo, los artículos 102 y 297 del decreto 1333 de 1986, ya traído a colación, contienen una redacción similar y hablan de "indemnizaciones". O sea, que el propio legislador ha dejado sentado que estos pagos son indemnizaciones y no una "segunda asignación".

g De idéntico modo, cabe hacer énfasis en que el artículo 78 del C.C.A. previó la figura de la "responsabilidad conexas", lo que significa que si el funcionario responsable de la remoción ilegal es obligado al pago de las condenas no podría hablarse tampoco de un empobrecimiento del Estado. Y de otro lado, el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, al disponer que "El Estado responderá patronalmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas", indudablemente refuerza el carácter indemnizatorio de las condenas correspondientes, a la par que establece en su inciso segundo la opción de repetir contra el funcionario responsable.

Así las cosas , es ostensible que no son procedentes los descuentos por razón de cualquier relación legal y reglamentaria que hubiese tenido la demandante durante el lapso en que permanezca fuera de la entidad demandada, y que haya dado lugar al pago de salarios y prestaciones por su trabajo real y efectivo.

Por las razones que anteceden, se confirmará el fallo apelado, con excepción del numeral 3º de la parte resolutive, la cual se revocará por las razones antes expuestas.

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 y por autoridad de la Ley,

-  
FALLA

CONFIRMANSE los numerales 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º y 8º de la parte resolutive de la sentencia de 5 de noviembre de 1996, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso promovido por ALFONSO CARO VENEGAS.

Revocase el numeral 3º de la parte resolutive, en cuanto ordenó lo siguiente:

“... descontando de estas sumas los valores que el demandante hubiere recibido provenientes del Tesoro Público por concepto de salarios y prestaciones sociales, en caso que ello hubiese ocurrido.”, de conformidad con las razones expuestas en esta providencia. En consecuencia, no se ordenan tales descuentos.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y PUBLIQUESE en los anales del Consejo de Estado, y una vez ejecutoriada, devuélvase al Tribunal de origen.

Discutida y aprobada en sesión del día 13 de mayo de 1998.

CARLOS A. ORJUELA GONGORA

SILVIO ESCUDERO CASTRO

JAVIER DIAZ BUENO

ENEIDA WADNIPAR RAMOS

Secretaria

---

*Fecha y hora de creación: 2024-11-22 00:01:55*