

REGIMEN DE CARRERA ADMINISTRATIVA - Inscripción en el registro. Ley 442 de 1998 y Decreto reglamentario 1572 de 1998 / REGIMEN DE CARRERA ADMINISTRATIVA - Período de prueba / REGIMEN DE CARRERA ADMINISTRATIVA - Concurso de méritos. Nombramiento en un cargo de igual nivel. No aplica período de prueba / NOMBRAMIENTO EN UN CARGO DE SUPERIOR JERARQUIA Y DISTINTO NIVEL - Obligación de cumplir con el período de prueba / ESTABILIDAD EN EL SISTEMA DE CARRERA ADMINISTRATIVA - Ascenso por concurso de méritos / NOMBRAMIENTO EN UN CARGO SUPERIOR - Si no supera el período de prueba puede retornar al cargo inicial

El artículo 45 del Decreto 1572 de 1998, reglamentario de la Ley 443 de 1998, exige a los funcionarios públicos inscritos en el registro de la carrera administrativa, que son nombrados en un cargo de igual nivel al que ocupan, del cumplimiento del periodo de prueba. (...) En lo sustancial, la norma transcrita reproduce el texto del artículo 23 de la Ley 443 de 1998 (...) Según se ve, la Ley 443 de 1998 y su decreto reglamentario otorgan ciertos privilegios a los empleados de carrera que son nombrados por concurso, el cual puede ser abierto o de ascenso, en cargos de superior jerarquía. Estos privilegios son distintos, dependiendo si el ascenso o, dicho en otros términos, el nombramiento en un mejor empleo, conlleva o no para el empleado un cambio de nivel jerárquico. En el primer caso, esto es, si el nombramiento se produce en un cargo de superior jerarquía pero del mismo nivel, el empleado no estará obligado a cumplir con el periodo de prueba y su inscripción en el registro de carrera administrativa deberá ser actualizada. En el segundo evento, esto es, si el nombramiento se produce en un cargo de superior jerarquía y distinto nivel, el empleado estará obligado a cumplir con el periodo de prueba, pero en el evento de que no obtenga una calificación de desempeño satisfactoria, no perderá sus derechos de carrera pues en cualquier caso podrá regresar a su empleo anterior, el cual sólo podrá ser provisto por encargo o provisionalidad mientras se produce la calificación del empleado ascendido en periodo de prueba. Estos privilegios no son incompatibles con la Constitución. Al contrario, armonizan con ella por cuanto desarrollan algunos de los pilares en que se apoya la carrera administrativa que refieren, entre otros, a la garantía de estabilidad en el empleo basado en el mérito y en las demostradas capacidades académicas, intelectuales y laborales de quienes se vinculan al servicio público (CP, artículo 125). Esto explica que la Corte Constitucional haya declarado la exequibilidad del inciso segundo del artículo 23 de la Ley 443 de 1998, que otorga al empleado de carrera que triunfa en un concurso destinado a proveer un cargo superior al que él desempeña, a que se le respete la estabilidad que le asegura su pertenencia al sistema de carrera, al poder retornar a su cargo inicial si no supera el período de prueba del cargo al que fue ascendido. El otro aparte de la norma, esto es, el que exige del cumplimiento del periodo de prueba a los empleados de carrera que sean nombrados en un cargo de superior jerarquía, pero del mismo nivel, si bien no ha sido objeto de un pronunciamiento expreso de constitucionalidad, se ajusta plenamente a las disposiciones de la Carta Política. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar Corte Constitucional sentencia C-943 de 2003

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 125 / LEY 443 DE 1998 - ARTICULO 23 / DECRETO 1572 DE 1998 - ARTICULO 45

ESTABILIDAD Y PRIVILEGIOS EN EL SISTEMA DE CARRERA ADMINISTRATIVA - Protección constitucional / INGRESO Y ASCENSO EN EL SISTEMA DE CARRERA ADMINISTRATIVA - Requisitos y condiciones /

INGRESO Y ASCENSO EN EL SISTEMA DE CARRERA ADMINISTRATIVA - Estímulo por mérito

A juicio de la Sala, nada se opone a que se establezcan regulaciones como la anotada, así ésta beneficie exclusivamente a los empleados con derechos de carrera, porque la propia Constitución reconoce al legislador una amplia libertad de configuración para precisar los requisitos y condiciones que deben cumplir las personas que aspiren no sólo a ingresar a la carrera, sino también a ascender dentro de ella. De otra parte, dado que uno de los fines del sistema de carrera administrativa es estimular el ascenso del personal más calificado, una medida como la establecida en el artículo 23 de la Ley 443 de 1998 y su decreto reglamentario, resulta legítima en tanto valora positivamente el mérito ya demostrado por el empleado que aspira a ocupar un cargo de mayor jerarquía pero del mismo nivel. Dicho de otra forma, las normas en comento, permiten que el cumplimiento de las obligaciones y deberes del empleado inscrito en carrera, su esfuerzo por lograr preparación, capacitación y superación, y por aprobar satisfactoriamente las evaluaciones de desempeño del cargo, operen como criterios para promover su ascenso a un mejor empleo pero del mismo nivel.

NOTA DE RELATORIA: Consultar Corte Constitucional, sentencias C-368 de 1999 y C-486 de 2000.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 125 / LEY 443 DE 1998 - ARTICULO 23 / DECRETO 1572 DE 1998

SISTEMA DE CARRERA ADMINISTRATIVA - Definición de cargos / CARGO DE SUPERIOR JERARQUIA PERO DEL MISMO NIVEL - Noción. Definición. Concepto

Sobre el significado que debe darse a la expresión “cargo de superior jerarquía, pero del mismo nivel”, cabe anotar que pese a encerrar una suerte de contradicción semántica, ésta en realidad tiene pleno sentido, pues los empleos de las plantas de personal de las entidades públicas pueden ser de diferente nivel, grado y denominación, o de igual nivel y denominación, pero de distinto grado. En este último caso, se tratará de distintos empleos a menos que las funciones asignadas y la responsabilidad inherente a dichas funciones sea idéntica. Se tiene así que cargos del mismo nivel y denominación, por ejemplo, asesor o profesional, pueden tener una jerarquía distinta si se diferencian en cuanto a su grado, ya que ello es un indicador de que los requisitos académicos y laborales que se exigen para su desempeño no son iguales, como no lo son las funciones que tienen legal o reglamentariamente asignadas, ni los montos de las remuneraciones que corresponden a cada uno de ellos. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 7 de abril de 2011, rad. 0456-01.

DAÑO ANTIJURIDICO - Perjuicio causado por la omisión de nombrar a concursante que ocupó el primer puesto en concurso de méritos. Ascenso en cargo del mismo nivel / TASACION DEL PERJUICIO - Ascenso en cargo del mismo nivel / TASACION DEL PERJUICIO - Improcedencia de contabilizar únicamente el período de prueba. No aplica período de prueba / TASACION DEL PERJUICIO - Procedencia de contabilizar un año. Calificación anual obligatoria

El señor Martín Eduardo Torres Ochoa pretende que se incremente el monto de la indemnización reconocida en la sentencia de primera instancia por concepto de lucro cesante. Considera que si bien fue acertada la decisión del Tribunal de declarar la responsabilidad administrativa de la Corporación Autónoma Regional

de Cundinamarca –CAR– por haber desconocido el derecho que adquirió a ser nombrado en el cargo de profesional especializado código 3010 grado 21 tras haber ocupado el primer puesto de la lista de elegibles, la indemnización que por derecho le corresponde no puede calcularse tomando sólo en consideración los salarios que devengaría durante los cuatro meses del periodo de prueba porque el cargo que ocupaba (profesional especializado código 3010 grado 16) era del mismo nivel al del cargo para el cual concursó (profesional especializado código 3010 grado 21), de manera que le eran aplicables las disposiciones del inciso segundo del artículo 45 del Decreto 1572 de 1998. (...) la Sala considera que le asiste razón a la parte actora cuando señala que la indemnización a la que tiene derecho no puede calcularse tomando como base los salarios que hubiera devengado durante los cuatro meses del periodo de prueba por cuanto su situación personal se enmarca dentro de lo previsto en el artículo 45 del Decreto 1572 de 1998 que, como ya se señaló, exime del cumplimiento del periodo de prueba a los empleados con derechos de carrera administrativa que acceden por concurso público de méritos a un cargo de superior jerarquía pero del mismo nivel. (...) Dado que el demandante no estaba obligado al cumplimiento del periodo de prueba, el tiempo que se tomará en cuenta para determinar el monto de los salarios que dejó de percibir es de un (1) año, el cual corresponde al plazo que la ley establece para la calificación de desempeño de los empleados de carrera (Decreto 1572 de 1998, artículo 111). Se entiende así que transcurrido dicho plazo el perjuicio dejaría de ser cierto para convertirse en hipotético o eventual porque la permanencia del actor en el cargo de profesional especializado código 3010 grado 21 no estaba garantizada sino que dependía de los resultados que obtuviera en la correspondiente evaluación de desempeño, la cual se realiza anualmente y es obligatoria para los empleados inscritos en la carrera administrativa.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1572 DE 1998 - ARTICULO 45 / DECRETO 1572 DE 1998 - ARTICULO 111

CONCURSANTE ESCALAFONADO EN CARRERA ADMINISTRATIVA - Presunción legal / PRESUNCION LEGAL - Corresponde a la parte demandada desvirtuarla / OMISION DE DESVIRTUAR PRESUNCION LEGAL - Incumplimiento de carga procesal

Al observar el material probatorio aportado al plenario, la Sala encuentra que al momento de participar en el concurso público de méritos para acceder a la planta de personal de la CAR, el señor Torres Ochoa ocupaba el cargo de profesional especializado código 3010 grado 16 en el Instituto Geográfico Agustín Codazzi. Esta circunstancia puede considerarse indicativa de que el demandante ostentaba derechos de carrera administrativa al momento de participar en la convocatoria pública pues, por una parte, debe tenerse en cuenta que la carrera administrativa, es la regla general para el acceso a los empleos en los órganos e instituciones del Estado, y de otra, que el mérito es el criterio que regula, no solo el ingreso, sino también la permanencia y el ascenso en la carrera administrativa. De esta forma, la Sala entiende que el demandante se encuentra amparado por una suerte de presunción según la cual, al momento de adquirir el derecho a ocupar el cargo de profesional especializado código 3010 grado 21 en la CAR, ostentaba derechos de carrera administrativa por cuanto está demostrado que al momento de concursar llevaba varios años vinculado a la planta de personal del IGAC, en donde los empleos, al igual que en las demás instituciones del Estado, son, por regla general, de carrera administrativa, y donde el acceso y la permanencia a los mismos dependen del mérito y la comprobada capacidad del funcionario público. En estas condiciones, se entiende que era la parte demandada, en este caso la Corporación Autónoma Regional, quien tenía la carga de demostrar que el señor

Martín Eduardo Torres Ochoa no ostentaba derechos de carrera administrativa, sino que su vinculación al IGAC en el cargo de profesional especializado código 3010 grado 16 era en provisionalidad o en encargo. No obstante, la entidad no sólo no cumplió con esta carga procesal, sino que mantuvo una conducta pasiva e indiferente durante todo el proceso de reparación directa dado que ni siquiera contestó la demanda durante del término legalmente previsto para ello, y tampoco intervino ante esta Corporación durante el trámite de la apelación. (...) se procederá a realizar una nueva liquidación del lucro cesante causado al señor Martín Eduardo Torres Ochoa tomando en cuenta la sumatoria de la totalidad de los emolumentos laborales que él hubiera devengado de haberse producido su nombramiento en el cargo para el cual obtuvo el primer lugar en la lista de elegibles.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-26-000-2000-01052-01(24552)

Actor: MARTIN EDUARDO TORRES OCHOA

Demandado: CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA

Referencia: REPARACION DIRECTA

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 19 de noviembre de 2002, proferida por la Sección Tercera –Subsección B– del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. La sentencia será modificada.

SÍNTESIS DEL CASO

El 18 de noviembre de 1998, la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca abrió el concurso público n.º 379 para la provisión del cargo de profesional especializado código 3010, grado 21 en la sede central de la entidad, ubicada en la ciudad de Bogotá. El 28 de mayo de 1999, la entidad demandada publicó los resultados finales del concurso, dentro de los cuales el señor Martín Eduardo

Torres Ochoa ocupó el primer puesto en la lista de elegibles. No obstante, el 18 de octubre siguiente, la entidad informó, mediante un aviso de prensa, que el proceso de selección había quedado sin efectos como consecuencia de la sentencia C-372 de 1999 de la Corte Constitucional, que declaró la inexecutable del artículo 14 de la Ley 443 de 1998. Previamente, el Departamento Administrativo de la Función Pública había expedido la circular n.º 1000-004 de 1999, mediante la cual advirtió a los nominadores de las entidades y organismos sujetos al ámbito de aplicación de esa ley que el fallo de la Corte no surtía efectos respecto de los procesos de selección en los que el acto de conformación de la lista de elegibles hubiera quedado en firme antes del 12 de julio de 1999.

ANTECEDENTES

I. Lo que se demanda

1. Mediante escrito presentado el 12 de mayo de 2000 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el señor Martín Eduardo Torres Ochoa, actuando a través de apoderado judicial, presentó demanda de reparación directa con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (f. 1-17, c. 1):

PRIMERA: *Que la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA –CAR– es responsable por los perjuicios materiales y morales causados al doctor MARTÍN EDUARDO TORRES OCHOA, por no haber finalizado dentro del término legal el trámite administrativo del concurso n.º 379 de 1998, abierto por la entidad demandada para proveer el cargo de profesional especializado 3010-21, al haber suspendido de manera arbitraria el trámite del concurso desde el día 7 de abril de 1999 y por el hecho de haber dejado sin efectos el referido concurso –decisión que hizo saber mediante publicación en el diario “El Tiempo” de fecha 18 de octubre de 1999–, desconociendo de manera injusta el derecho de mi mandante a ser elegido en el cargo y atribuyéndose facultades que le correspondían a la Comisión Nacional del Servicio Civil.*

SEGUNDA: *Que como consecuencia de la anterior declaración, la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA –CAR– debe pagar al señor MARTÍN EDUARDO TORRES OCHOA la indemnización por los perjuicios materiales y morales causados y que aún se le siguen causando, por las sumas que se desprendan por los siguientes conceptos:*

a) **PERJUICIOS MATERIALES:** *El lucro cesante dejado de percibir por el señor MARTÍN EDUARDO TORRES OCHOA como consecuencia de la actuación omisiva y arbitraria de la entidad demandada, consistente en una suma igual o equivalente a los salarios, aumentos, primas, bonificaciones y demás prestaciones dejadas de percibir, correspondientes al cargo de profesional especializado n.º 3010-21, causados a partir de día 5 de abril de 1999 (fecha en la cual, de acuerdo con las normas vigentes a la época, debió producir el nombramiento), hasta la fecha en que se produzca el pago.*

b) **PERJUICIOS MORALES:** *El daño moral causado al señor MARTÍN EDUARDO TORRES OCHOA como resultado de haberle vulnerado de manera arbitraria el derecho a ocupar el cargo que se ganó por sus propios méritos, a pesar de que el ordenamiento jurídico le aseguraba que si cumplía ciertas condiciones sería escogido para el empleo. Todo lo cual se traduce en frustración personal y profesional y pérdida de confianza en el ordenamiento legal, por lo cual se debe condenar a la entidad demandada a indemnizar a mi mandante en una suma igual o equivalente en moneda legal colombiana a la cantidad de trescientos (300) gramos oro.*

TERCERO: *Ordenar que las sumas liquidadas por concepto de perjuicios materiales sean ajustadas, mes por mes, al índice de precios al consumidor, según lo dispuesto en el artículo 178 del C.C.A., a partir del 6 de abril de 1999 y hasta la fecha de la solución del pago.*

1.1. En respaldo de sus pretensiones, la parte actora expuso los siguientes hechos: (i) el señor Martín Eduardo Torres ocupó el primer lugar “con un puntaje total acumulativo de 68.4” dentro del concurso de méritos abierto por la Corporación Autónoma Regional para proveer el cargo de profesional especializado código 3010 grado 21; (ii) pese a que en ninguna de las etapas del concurso hubo reclamaciones que dilataran los términos, la CAR no elaboró la lista de elegibles dentro del plazo de cuatro meses previsto en el artículo 36 del Decreto 1572 de 1998, reglamentario de la Ley 443 de 1998; (iii) finalmente, en forma sorpresiva, tomó la decisión de dejar sin efectos el mencionado concurso con fundamento en una errónea interpretación de los alcances de la sentencia C-372 de 26 de mayo de 1999, proferida por la Corte Constitucional, mediante la cual se declararon inexecutable varios apartes normativos de la Ley 443 de 1998.

II. Trámite procesal

2. La **demanda fue admitida** mediante auto del 15 de junio de 2000 (f. 20, c. 1) y

notificada personalmente al representante legal de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca (f. 23, c. 1), pero la entidad no la contestó oportunamente¹.

3. Dentro del término para **alegar de conclusión** en primera instancia, intervinieron las dos partes.

3.1. La actora insistió en que la sentencia C-372 de 1999 no produjo efectos retroactivos, por lo cual no existían razones jurídicamente válidas para dejar anular el concurso de méritos y para desconocer el derecho adquirido por el actor a ser nombrado en el cargo para el cual concursó por haber obtenido el más alto puntaje de calificación (f. 49-55, c. 1).

3.2. Por su parte, la entidad demandada adujo que la decisión de dejar sin efectos el concurso de méritos n.º 379 de 1998 no fue arbitraria pues se adoptó con fundamento en un concepto emitido por el Departamento Administrativo de la Función Pública, en el cual se indicaba que como consecuencia de la declaratoria de inexecutable del artículo 14 de la Ley 443 de 1998, se había producido la pérdida de ejecutoria de los actos administrativos dictados con base en él y que, por tanto, todos los concursos de méritos que al 12 de junio de 1999 se encontraran en una etapa anterior a la conformación de la lista de elegibles debían dejarse sin efectos, pues las entidades habían perdido competencia para proseguir con el proceso de selección. Agrega que si bien es cierto que la propia Corte Constitucional se encargó con posterioridad de precisar los alcances de su propio fallo, indicando que no podían suspenderse ni dejarse sin efectos los concursos que al 12 de julio de 1999 ya hubieran agotado la etapa de calificación y en los que existiera certeza sobre los puntajes definitivos obtenidos por cada uno de los aspirantes, cuando la CAR tomó la decisión que ahora se cuestiona, lo hizo *“con la convicción invencible de estar cumpliendo los fallos de inconstitucionalidad y la ley”* (f. 56-61, c. 1).

4. Surtido el trámite de rigor y practicadas las pruebas decretadas, la Sección Tercera –Subsección B– del Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió **sentencia de primera instancia** el 19 de noviembre de 2002 (f. 109-120, c. ppal). En ella resolvió lo siguiente:

¹ Así consta en el informe secretarial visible a folio 32 del c. 1.

PRIMERO: Declárase administrativamente responsable a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca –CAR– por los perjuicios materiales causados al señor Martín Eduardo Torres Ochoa, de conformidad con las consideraciones expuestas en esta sentencia.

SEGUNDO: Condénese, en consecuencia, a la Corporación Autónoma Regional –CAR– a reconocer y pagar al señor Martín Eduardo Torres Ochoa por concepto de perjuicios materiales (lucro cesante), la suma de doce millones quinientos noventa y siete mil cuatrocientos setenta y un pesos (\$12.597.471.00).

TERCERO: Para el cumplimiento de esta sentencia se dará aplicación a lo dispuesto por los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

CUARTO: Deniéguense las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: Sin condena en costas.

4.1. De acuerdo con el Tribunal *a-quo*, la CAR desconoció el derecho del señor Martín Eduardo Torres a ser nombrado en el cargo de profesional especializado n.º 3010, grado 21, el cual adquirió luego de haber ocupado el primer lugar en el concurso de méritos abierto mediante convocatoria n.º 379 de 1998. Así, luego de analizar la circular 1000-004 de 8 de septiembre de 1999, expedida por el Departamento Administrativo de la Función Pública, concluyó que esta conducta era constitutiva de falla del servicio puesto que, a la fecha de ejecutoria de la sentencia C- 372 de 1999 de la Corte Constitucional, que declaró la inexecutable de algunos artículos de la Ley 443 de 1998 que facultaban a las entidades públicas para convocar procesos de selección, el acto de conformación de la lista de elegibles se encontraba en firme como quiera que no había recursos o reclamaciones pendientes de resolver, de manera que la entidad estaba legalmente obligada a proveer el empleo de carrera. Dice la sentencia:

(...) para el día 22 de mayo de 1999, antes de la ejecutoria de la sentencia proferida por la Corte Constitucional ya se conocían los resultados de los puntajes y se encontraba dispuesta la lista de elegibles publicada por la entidad demandada, sin encontrarse pendiente de resolver recurso u objeción alguna, pues contra los resultados finales no se presentó ninguna reclamación, por lo que la mencionada lista se constituía en un acto administrativo en firme, la Corporación Autónoma de Cundinamarca ha debido proveer el empleos (sic) de carrera para el que concursó el actor, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 22 y 23 de la Ley 443 de 1998, sin embargo, en el presente caso, se le desconoció al demandante un derecho adquirido, cual era el de ser nombrado en el cargo (...), pues había ocupado el primer lugar en la lista de elegibles (...).

4.2. En el punto de las indemnizaciones, el Tribunal *a-quo* se abstuvo de reconocer la que fue solicitada por el demandante a título de perjuicios morales con fundamento en que éstos no se encontraban acreditados. En cambio, reconoció la suma de \$12 597 471 por concepto de lucro cesante, para lo cual tuvo en cuenta el término de cuatro meses que la ley establece como periodo de prueba pues entendió que la permanencia en el cargo del actor era una eventualidad que *“dependía de la superación del periodo de prueba comentado y de la aprobación de la evaluación de desempeño laboral correspondiente (...)”*.

5. Contra la anterior decisión, la parte demandante interpuso y sustentó oportunamente **recurso de apelación**² con el propósito de que se revoque el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia y, en consecuencia, se haga una nueva liquidación de la indemnización debida por concepto de lucro cesante como quiera que el demandante ya venía ocupando un cargo de profesional especializado en el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, lo cual lo eximía de cumplir con el periodo de prueba en aplicación de lo dispuesto en el artículo 45 del Decreto 1572 de 1998, reglamentario de la Ley 443 de 1998, que dispone que si los cargos pertenecen al mismo nivel *“el empleado será ascendido sin someterse a periodo de prueba y le será actualizada la inscripción en el registro público”* (f. 122-124, c. ppal).

6. Dentro del término para **alegar de conclusión** en segunda instancia, la parte demandante reiteró los argumentos expuestos a lo largo del proceso, pero solicitó que el recurso de apelación sea desatado únicamente en lo que resulta desfavorable al apelante (f. 153-155, c. ppal). La entidad demandada y el Ministerio Público, por su parte, guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

I. Competencia

² La parte demandada también presentó, sin sustentarlo, recurso de apelación (f.127-128, c. ppal), pero lo hizo de forma extemporánea, razón por la cual el Tribunal *a-quo*, mediante auto del 13 de febrero de 2003, resolvió no tramitarlo (f. 134, ppal).

7. El Consejo de Estado es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en un proceso con vocación de segunda instancia, en los términos del Decreto 597 de 1988, dado que la cuantía de la demanda, determinada por el valor de la mayor de las pretensiones, que corresponde a la indemnización por concepto de perjuicios materiales, supera la exigida por la norma para el efecto³.

II. Hechos probados

8. De conformidad con las pruebas válidamente aportadas al proceso, se tienen probados los siguientes hechos relevantes:

8.1. El 18 de noviembre de 1998, la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca –CAR– abrió el concurso público n.º 379 para la provisión del cargo de profesional especializado código 3010, grado 21 en la sede central de la entidad, ubicada en la ciudad de Bogotá (copia auténtica del aviso de convocatoria –f. 3, c. pruebas–).

8.2. El 28 de mayo de 1999, la entidad demandada publicó los resultados finales del concurso, dentro de los cuales el señor Martín Eduardo Torres Ochoa ocupó el primer puesto, con un puntaje total de 68.4 entre once aspirantes admitidos (copia auténtica de concurso, suscrita por la jefe de división de recursos humanos de la CAR –f. 23, c. pruebas–).

8.3. El 8 de septiembre de 1999, el Departamento Administrativo de la Función Pública expidió la circular n.º 1000-004, dirigida a los nominadores de las entidades territoriales y organismos de los órdenes nacional, distrital y regional, regidos por las disposiciones de la Ley 443 de 1998⁴, mediante la cual precisó el

³ En la demanda, presentada el 12 de mayo de 2000, la pretensión mayor, correspondiente a la indemnización por lucro cesante, fue estimada en \$36 087 288,97, monto que supera la cuantía necesaria para que un proceso iniciado en el 2000 fuera de doble instancia (\$26 390 000). Se aplica en este punto el numeral 10º del artículo 2 del Decreto 597 de 1988 “*por el cual se suprime el recurso extraordinario de anulación, se amplía el de apelación y se dictan otras disposiciones*”, que modifica el artículo 132 del Código Contencioso Administrativo.

⁴ Las disposiciones contenidas en la Ley 433 de 1998 son aplicables, según lo dispuesto en su artículo 3, a los empleados del Estado que prestan sus servicios en las entidades de la Rama Ejecutiva de los niveles nacional, departamental, distrital, municipal y sus entes descentralizados; en las corporaciones autónomas regionales; en las personerías; en las entidades públicas que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud; al personal administrativo de las instituciones de educación superior de todos los

alcance la sentencia C-372 de 1999 de la Corte Constitucional, que declaró la inexecutable del artículo 14 de la misma ley⁵, en los siguientes términos (f. 31-33, c. 2):

A partir del 12 de julio de 1999, fecha de ejecutoria de la sentencia C-372 de 1999, las entidades perdieron competencia para convocar los procesos de selección. Esta facultad fue radicada, de manera exclusiva, en la Comisión Nacional de Servicio Civil, la cual, una vez sea conformada por el Congreso de la República, cumplirá este cometido en desarrollo del artículo 30 de la Constitución Política.

Los procesos de selección que se convocaron en vigencia de las leyes 27 de 1992 y 443 de 1998 y que a 12 de julio de 1999 se encontraban en cualquier etapa anterior a la de conformación de lista de elegibles o que hallándose en ésta tenían pendientes recursos o reclamaciones que afectaran su orden, no pueden culminarse o utilizarse las listas en razón a que el acto de convocatoria perdió su fuerza ejecutoria.

*Si con anterioridad al 12 de julio de 1999 el acto de conformación de lista de elegibles se **encontraba en firme**, puesto que no se encontraban pendientes de resolver recursos o reclamaciones que pudieran afectar su orden, las entidades deberán proveer los empleos de carrera, utilizando las mismas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 443 de 1998 y en su decreto reglamentario 1572 del mismo año (negritas originales).*

8.4. El 18 de octubre de 1999, la CAR publicó en el diario El Tiempo, un aviso cuyo texto es el siguiente:

niveles, cuyos empleos hayan sido definidos como de carrera; al personal administrativo de las instituciones de educación primaria, secundaria y media vocacional de todos los niveles; a los empleados no uniformados del Ministerio de Defensa Nacional, fuerzas militares y de la Policía Nacional, así como a los de las entidades descentralizadas adscritas o vinculadas a los anteriores.

⁵ El texto original del artículo 14 de la Ley 443 de 1998, declarado inexecutable por la Corte Constitucional, es el siguiente: "La selección de personal será de competencia de cada entidad, bajo las directrices y la vigilancia de las Comisiones del Servicio Civil, y la asesoría del Departamento Administrativo de la Función Pública; o de los organismos que la presente ley determine para realizar los concursos generales, en los términos del artículo 24 de esta ley. En las Contralorías Territoriales, la selección de personal estará a cargo de los respectivos Contralores, con sujeción a las directrices y bajo la vigilancia de las Comisiones que por medio de esta ley se crean para administrar y vigilar la carrera en tales organismos.// Para la realización total o parcial de los concursos, para la elaboración y/o aplicación de las pruebas o instrumentos de selección, así como para obtener capacitación, asesoría y orientación profesional en materia de carrera, las entidades y organismos podrán suscribir contratos con entidades públicas, preferentemente con la Escuela Superior de Administración Pública".

La Corporación Autónoma Regional –CAR–, INFORMA:

A todos los participantes dentro del proceso de selección que se adelantaba para proveer los cargos de carrera administrativa de su planta de personal, que éste ha quedado sin efectos como consecuencia de la sentencia proferida por la Honorable Corte Constitucional sobre la Ley 443 de 1998. Por tanto, quienes deseen retirar los documentos aportados pueden solicitarlo por escrito a la Secretaría General e indicar su dirección a donde les serán devueltos por correo (copia auténtica del aviso de prensa –f. 24, c. pruebas–).

8.4. A la fecha de inscripción en el concurso de méritos n.º 379, el señor Martín Eduardo Torres Ochoa ocupaba el cargo de profesional especializado código 3010 grado 16 en el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (original de la constancia expedida el 26 de noviembre de 1998 por la jefe de división de recursos humanos del IGAC –f. 4, c. pruebas–).

IV. Problema jurídico

9. Como quiera que la parte actora es apelante única, la Sala sólo se pronunciará sobre los motivos de inconformidad expuestos en el recurso de alzada. En tal sentido, el problema jurídico consiste en determinar cuál es el periodo de tiempo que debe tomarse en cuenta para el cálculo del lucro cesante habida cuenta de que el actor considera que éste debe ser superior a cuatro meses, como quiera que el artículo 45 del Decreto 1572 de 1998 lo eximía de cumplir con el periodo de prueba.

V. Análisis de la Sala

10. El artículo 45 del Decreto 1572 de 1998, reglamentario de la Ley 443 de 1998, exime a los funcionarios públicos inscritos en el registro de la carrera administrativa, que son nombrados en un cargo de igual nivel al que ocupan, del cumplimiento del periodo de prueba. El texto de la norma es el siguiente:

Cuando el empleado con derechos de carrera sea nombrado para un empleo de superior jerarquía al que ocupa, el nombramiento será de ascenso. Si los cargos pertenecen al mismo nivel el empleado será ascendido sin someterse a período de prueba y le será actualizada la inscripción en el Registro Público una vez tome posesión del nuevo cargo. Cuando el ascenso implique cambio del nivel jerárquico, el nombramiento se hará en período de prueba, pero el empleado conserva los derechos de carrera respecto del empleo anterior.

En ninguno de estos casos podrá exigírsele la renuncia, así el nombramiento se produzca en una entidad diferente a aquella a la cual el empleado se encuentre vinculado. En este evento, la vacancia del cargo se declarará por el jefe de la entidad para lo cual el empleado deberá comunicarle por escrito el nombramiento del cual haya sido objeto y la fecha en que tomará posesión del nuevo empleo.

Si el empleado obtuviere calificación satisfactoria en la evaluación de su desempeño le será actualizada su inscripción en el Registro Público. En caso contrario, regresará al empleo que venía ejerciendo antes del nuevo nombramiento. Mientras se produce la calificación del período de prueba, el cargo del cual era titular el empleado ascendido podrá ser provisto por encargo o mediante nombramiento provisional, conforme con las reglas que regulan la materia.

Si como resultado de concurso un empleado de carrera fuere nombrado en un empleo igual o de inferior jerarquía al que venía desempeñando, el retiro de la entidad se producirá conforme con lo señalado en el inciso 2 de este artículo, no será sometido a período de prueba y su inscripción en la carrera le será actualizada.

11. En lo sustancial, la norma transcrita reproduce el texto del artículo 23 de la Ley 443 de 1998, el cual dispone que:

La persona seleccionada por concurso abierto será nombrada en período de prueba, por un término de cuatro (4) meses, al cabo del cual le será evaluado su desempeño laboral. Aprobado el período de prueba, por obtener calificación satisfactoria en el desempeño de sus funciones, el empleado adquiere los derechos de carrera y deberá ser inscrito en el Registro Público de la Carrera Administrativa.

Cuando el empleado de carrera, sea seleccionado para un nuevo empleo por concurso, sin que implique cambio de nivel, le será actualizada su inscripción en el Registro Público. Cuando el ascenso ocasione cambio de nivel jerárquico, el nombramiento se hará en período de prueba; en este evento, si el empleado no obtiene calificación satisfactoria en la evaluación de su desempeño, regresará al empleo que venía desempeñando antes del concurso, y conserva su inscripción en la carrera administrativa. Mientras se produce la calificación del período de prueba, el cargo del cual era titular el empleado ascendido podrá ser provisto por encargo o mediante nombramiento provisional.

12. Según se ve, la Ley 443 de 1998 y su decreto reglamentario otorgan ciertos

privilegios a los empleados de carrera que son nombrados por concurso, el cual puede ser abierto o de ascenso⁶, en cargos de superior jerarquía. Estos privilegios son distintos, dependiendo si el ascenso o, dicho en otros términos, el nombramiento en un mejor empleo, conlleva o no para el empleado un cambio de nivel jerárquico.

13. En el primer caso, esto es, si el nombramiento se produce en un cargo de superior jerarquía pero del mismo nivel, el empleado no estará obligado a cumplir con el periodo de prueba y su inscripción en el registro de carrera administrativa deberá ser actualizada. En el segundo evento, esto es, si el nombramiento se produce en un cargo de superior jerarquía y distinto nivel, el empleado estará obligado a cumplir con el periodo de prueba, pero en el evento de que no obtenga una calificación de desempeño satisfactoria, no perderá sus derechos de carrera pues en cualquier caso podrá regresar a su empleo anterior, el cual sólo podrá ser provisto por encargo o provisionalidad mientras se produce la calificación del empleado ascendido en periodo de prueba.

14. Estos privilegios no son incompatibles con la Constitución. Al contrario, armonizan con ella por cuanto desarrollan algunos de los pilares en que se apoya la carrera administrativa que refieren, entre otros, a la garantía de estabilidad en el empleo basado en el mérito y en las demostradas capacidades académicas, intelectuales y laborales de quienes se vinculan al servicio público (CP, artículo 125).

15. Esto explica que la Corte Constitucional haya declarado la exequibilidad del inciso segundo del artículo 23 de la Ley 443 de 1998, que otorga al empleado de carrera que triunfa en un concurso destinado a proveer un cargo superior al que él desempeña, a que se le respete la estabilidad que le asegura su pertenencia al sistema de carrera, al poder retornar a su cargo inicial si no supera el período de prueba del cargo al que fue ascendido⁷.

⁶ De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 443 de 1998, los concursos para la provisión definitiva de los empleos de carrera pueden ser de dos tipos: de ascenso, en los cuales podrán participar los empleados de carrera administrativa de cualquier entidad, que reúnan los requisitos exigidos para el empleo y las demás condiciones que establezcan los reglamentos; y abiertos en los cuales la admisión será libre para todas las personas que demuestren poseer los requisitos exigidos para el desempeño del empleo.

⁷ Sentencia C-943 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

16. El otro aparte de la norma, esto es, el que exime del cumplimiento del periodo de prueba a los empleados de carrera que sean nombrados en un cargo de superior jerarquía, pero del mismo nivel, si bien no ha sido objeto de un pronunciamiento expreso de constitucionalidad, se ajusta plenamente a las disposiciones de la Carta Política.

17. A juicio de la Sala, nada se opone a que se establezcan regulaciones como la anotada, así ésta beneficie exclusivamente a los empleados con derechos de carrera, porque la propia Constitución reconoce al legislador una amplia libertad de configuración para precisar los requisitos y condiciones que deben cumplir las personas que aspiren no sólo a ingresar a la carrera, sino también a ascender dentro de ella⁸.

18. De otra parte, dado que uno de los fines del sistema de carrera administrativa es estimular el ascenso del personal más calificado, una medida como la establecida en el artículo 23 de la Ley 443 de 1998 y su decreto reglamentario, resulta legítima en tanto valora positivamente el mérito ya demostrado por el empleado que aspira a ocupar un cargo de mayor jerarquía pero del mismo nivel. Dicho de otra forma, las normas en comento, permiten que el cumplimiento de las obligaciones y deberes del empleado inscrito en carrera, su esfuerzo por lograr preparación, capacitación y superación, y por aprobar satisfactoriamente las evaluaciones de desempeño del cargo, operen como criterios para promover su ascenso a un mejor empleo pero del mismo nivel.

19. Ahora bien, sobre el significado que debe darse a la expresión “*cargo de superior jerarquía, pero del mismo nivel*”, cabe anotar que pese a encerrar una suerte de contradicción semántica, ésta en realidad tiene pleno sentido, pues los empleos de las plantas de personal de las entidades públicas pueden ser de diferente nivel, grado y denominación, o de igual nivel y denominación, pero de distinto grado. En este último caso, se tratará de distintos empleos a menos que las funciones asignadas y la responsabilidad inherente a dichas funciones sea idéntica⁹.

⁸ Corte Constitucional, sentencias C-368 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En el mismo sentido, véase la sentencia C-486 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 7 de abril de 2011, rad. 0456-01, C.P. Gustavo Gómez Aranguren.

20. Se tiene así que cargos del mismo nivel y denominación, por ejemplo, asesor o profesional, pueden tener una jerarquía distinta si se diferencian en cuanto a su grado, ya que ello es un indicador de que los requisitos académicos y laborales que se exigen para su desempeño no son iguales, como no lo son las funciones que tienen legal o reglamentariamente asignadas, ni los montos de las remuneraciones que corresponden a cada uno de ellos.

21. En el caso concreto, el señor Martín Eduardo Torres Ochoa pretende que se incremente el monto de la indemnización reconocida en la sentencia de primera instancia por concepto de lucro cesante. Considera que si bien fue acertada la decisión del Tribunal de declarar la responsabilidad administrativa de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca –CAR– por haber desconocido el derecho que adquirió a ser nombrado en el cargo de profesional especializado código 3010 grado 21 tras haber ocupado el primer puesto de la lista de elegibles, la indemnización que por derecho le corresponde no puede calcularse tomando sólo en consideración los salarios que devengaría durante los cuatro meses del periodo de prueba porque el cargo que ocupaba (profesional especializado código 3010 grado 16) era del mismo nivel al del cargo para el cual concursó (profesional especializado código 3010 grado 21), de manera que le eran aplicables las disposiciones del inciso segundo del artículo 45 del Decreto 1572 de 1998.

22. Al observar el material probatorio aportado al plenario, la Sala encuentra que al momento de participar en el concurso público de méritos para acceder a la planta de personal de la CAR, el señor Torres Ochoa ocupaba el cargo de profesional especializado código 3010 grado 16 en el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (ver *supra* párr. 8.4)¹⁰.

23. Esta circunstancia puede considerarse indicativa de que el demandante ostentaba derechos de carrera administrativa al momento de participar en la convocatoria pública pues, por una parte, debe tenerse en cuenta que la carrera administrativa, es la regla general para el acceso a los empleos en los órganos e instituciones del Estado, y de otra, que el mérito es el criterio que regula, no solo el ingreso, sino también la permanencia y el ascenso en la carrera administrativa¹¹.

¹⁰ En el documento suscrito por el jefe de la división de recursos humanos del IGAC consta que el demandante “*presta sus servicios a la entidad desde el 1º de junio de 1993*” y que “*actualmente desempeña el cargo de profesional especializado código 3010 grado 16*” (f. 4, anexos).

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-588 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza.

24. De esta forma, la Sala entiende que el demandante se encuentra amparado por una suerte de presunción según la cual, al momento de adquirir el derecho a ocupar el cargo de profesional especializado código 3010 grado 21 en la CAR, ostentaba derechos de carrera administrativa por cuanto está demostrado que al momento de concursar llevaba varios años vinculado a la planta de personal del IGAC, en donde los empleos, al igual que en las demás instituciones del Estado, son, por regla general, de carrera administrativa, y donde el acceso y la permanencia a los mismos dependen del mérito y la comprobada capacidad del funcionario público.

25. En estas condiciones, se entiende que era la parte demandada, en este caso la Corporación Autónoma Regional, quien tenía la carga de demostrar que el señor Martín Eduardo Torres Ochoa no ostentaba derechos de carrera administrativa, sino que su vinculación al IGAC en el cargo de profesional especializado código 3010 grado 16 era en provisionalidad o en encargo. No obstante, la entidad no sólo no cumplió con esta carga procesal, sino que mantuvo una conducta pasiva e indiferente durante todo el proceso de reparación directa dado que ni siquiera contestó la demanda durante del término legalmente previsto para ello, y tampoco intervino ante esta Corporación durante el trámite de la apelación.

26. Por las razones expuestas, la Sala considera que le asiste razón a la parte actora cuando señala que la indemnización a la que tiene derecho no puede calcularse tomando como base los salarios que hubiera devengado durante los cuatro meses del periodo de prueba por cuanto su situación personal se enmarca dentro de lo previsto en el artículo 45 del Decreto 1572 de 1998 que, como ya se señaló, exime del cumplimiento del periodo de prueba a los empleados con derechos de carrera administrativa que acceden por concurso público de méritos a un cargo de superior jerarquía pero del mismo nivel.

27. Así las cosas, se procederá a realizar una nueva liquidación del lucro cesante causado al señor Martín Eduardo Torres Ochoa tomando en cuenta la sumatoria de la totalidad de los emolumentos laborales que él hubiera devengado de haberse producido su nombramiento en el cargo para el cual obtuvo el primer lugar en la lista de elegibles. Estos emolumentos aparecen consignados en la copia auténtica de la certificación expedida el 12 abril de 2000 por la jefe de

división de recursos humanos de la CAR (f. 27, c. 2) y consisten en: asignación básica (\$1 905 187); prima de servicios (\$1 961 755); prima de navidad (\$2 213 786); bonificación por servicios prestados (\$666 815); prima de vacaciones (\$1 062 617); vacaciones (\$1 558 505); y cesantías (\$2 398 268).

28. Dado que el demandante no estaba obligado al cumplimiento del periodo de prueba, el tiempo que se tomará en cuenta para determinar el monto de los salarios que dejó de percibir es de un (1) año, el cual corresponde al plazo que la ley establece para la calificación de desempeño de los empleados de carrera (Decreto 1572 de 1998, artículo 111). Se entiende así que transcurrido dicho plazo el perjuicio dejaría de ser cierto para convertirse en hipotético o eventual porque la permanencia del actor en el cargo de profesional especializado código 3010 grado 21 no estaba garantizada sino que dependía de los resultados que obtuviera en la correspondiente evaluación de desempeño, la cual se realiza anualmente y es obligatoria para los empleados inscritos en la carrera administrativa.

29. El valor de los salarios dejados de percibir durante los doce meses del periodo de calificación es de \$22 862 244, que es la cifra que resulta de multiplicar ese número de meses (12) por el monto de la asignación básica mensual (\$1 905 187). A este valor, deben sumarse los otros emolumentos laborales dejados de percibir por el actor dado que los mismos se causan anualmente, lo cual arroja un total de \$32 723 990. Esta cifra será actualizada con base en la siguiente fórmula:

$$Ra = Rh \frac{\text{índice final}^{12}}{\text{índice inicial}^{13}}$$

$$Ra = \$32\,723\,999 \frac{\text{índice final (112,15)}}{\text{índice inicial (60,67)}} = \$60\,491\,107$$

30. Del resultado de la operación anterior, surge que el valor de la indemnización por concepto de lucro cesante debida al señor Martín Eduardo Torres Ochoa es de sesenta millones cuatrocientos noventa y un mil ciento siete pesos (\$60 491 107).

V. Costas

¹² Corresponde al IPC del mes anterior a esta sentencia.

¹³ Corresponde al IPC del mes en que se expidió la certificación.

31. No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia en el caso concreto actuación temeraria de ninguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

MODIFICAR la sentencia apelada, esto es, la proferida el 19 de noviembre por la Sección Tercera, Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la cual quedará así:

PRIMERO: DECLARAR administrativamente responsable a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca –CAR– por los perjuicios materiales causados al señor Martín Eduardo Torres Ochoa.

SEGUNDO: CONDENAR, en consecuencia, a la Corporación Autónoma Regional –CAR– a reconocer y pagar al señor Martín Eduardo Torres Ochoa por concepto de perjuicios materiales (lucro cesante), la suma de sesenta millones cuatrocientos noventa y un mil ciento siete pesos (\$60 491 107).

TERCERO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Sin condena en costas.

QUINTO. Cúmplase lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

SEXTO. Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

En firme este proveído, devuélvase al tribunal de origen para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DANILO ROJAS BETANCOURTH
Presidente de la Subsección



STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO