

**REINTEGRO AL CARGO POR SENTENCIA JUDICIAL – Inferior categoría.
Acreditación. Vacancia del cargo**

Como quiera que no se desvirtuó el hecho de que el cargo de Auditor Especial de la Contraloría Municipal grado 13 al que fue incorporado el demandante mediante Resolución No. 0200 de julio 2 de 1997 y con base en el cual se liquidaron los emolumentos pagados como consecuencia de la sentencia que ordenó el reintegro, fuera de inferior categoría al de Auditor Especial ante las Empresas Municipales de Cúcuta que ocupó en el año 1990, deben despacharse desfavorables las pretensiones de la demanda, en la forma en que lo hizo el Tribunal. Es decir, una vez comunicado el acto de reintegro, el actor debía reasumir sus funciones, sin que mediara un nuevo acto de posesión, toda vez que el reintegro se ordenó sin solución de continuidad, situación que implicaba la continuidad en el servicio desde antes del acto de desvinculación que se anuló; no obstante, el actor se ausentó por más de 15 días posteriores a la comunicación del oficio en que se informó que el recurso intentado contra el acto de reintegro era improcedente, por lo que la administración tenía la facultad para hacer uso del mecanismo utilizado, declarando la vacancia del cargo por abandono del mismo.

ACTO DE EJECUCION DE SENTENCIA JUDICIAL – Es enjuiciable cuando desconoce la decisión judicial

Previo a resolver el fondo de controversia, la Sala debe precisar que si bien es cierto esta Corporación ha sostenido que los actos mediante los cuales se hace efectiva una sentencia no son enjuiciables ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo mediante un mecanismo de control de legalidad, pues son actos de ejecución, es decir, no crean, extinguen o modifican una situación particular, sino que hacen efectiva una orden impartida por un Juez de la República, también lo es que en ocasiones se han aceptado algunas excepciones, las cuales surgen del desconocimiento de la decisión judicial, en cuanto creen una situación nueva. Así se ha sostenido en diferentes pronunciamientos:

NOTA DE RELATORIA: Sobre la demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa de actos de ejecución de sentencias judiciales, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 21 de julio de 2011, Rad. 2003-05142(1152-10), M.P. Gustavo Gómez Aranguren

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUB SECCIÓN “A”

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá, D.C., once (11) de julio de dos mil trece (2013).

Radicación número: 54001-23-31-000-1997-13274-02(1325-10)

Actor: RAFAEL DE JESUS BARBOSA MERCADO

Demandado: MUNICIPIO DE CUCUTA

**APELACIÓN SENTENCIA
AUTORIDADES MUNICIPALES**

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante, contra la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2009 por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

ANTECEDENTES:

Como se trata de procesos acumulados de demandas que en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho inició el señor Rafael de Jesús Barbosa Mercado, se hará el recuento de los antecedentes de los dos procesos, así:

1). En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, RAFAEL DE JESÚS BARBOSA MERCADO solicita al Tribunal declarar nula la Resolución No. 0356 de mayo 29 de 1998 y el Auto de noviembre 30 de 1998, mediante los cuales se ordena el pago de una condena en virtud de una sentencia judicial y se resuelve el recurso de reposición.

Como consecuencia de tal declaración pide pagar el daño emergente y el lucro cesante, sobre las sumas que realmente arrojaba la liquidación de todos los factores salariales que se reconocieron en el fallo del Consejo de Estado; disponer el cumplimiento de la sentencia en el término de 30 días y pagar

intereses comerciales durante los primeros meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia e intereses moratorios después de dicho término; así mismo, condenar en costas a la entidad demandada.

Relata el demandante que con el ánimo de dar cumplimiento a una sentencia judicial, la Jefatura de Personal de la Alcaldía de Cúcuta efectuó la liquidación para el pago de los salarios adeudados durante el tiempo en que estuvo desvinculado, tomando como base los factores salariales del cargo de Asesor Fiscal de la División Especial de la Contraloría Municipal, categoría 13, a pesar de que el cargo ocupado antes de la desvinculación tenía una asignación y categoría superior.

Señala que como en el acto que dio cumplimiento a la sentencia se informó que procedía el recurso de reposición, lo interpuso y sustentó, solicitó la práctica de pruebas y acordó con el municipio que mientras se desataba el recurso, los dineros a que alude la primera resolución se recibirían como abono de la liquidación definitiva.

Cuenta que mediante auto de 30 de noviembre de 2008 se resolvió el recurso de reposición, manteniendo lo decidido en la resolución recurrida, con el argumento de que el cargo al que fue reintegrado era el único que estaría en consonancia con lo ordenado en la sentencia, según la nueva composición de la planta de personal de la Contraloría del municipio, ante la imposibilidad jurídica de reintegrarlo y reconocer salarios y prestaciones de un cargo que ya no existía; además, se adujo que por tratarse de un acto de ejecución, contra la resolución que ordenó el cumplimiento de la sentencia no procedía recurso alguno.

Considera que con la decisión acusada se atenta contra sus intereses económicos, se afectan sus proyecciones y se causa un perjuicio cierto pues no se restableció el derecho a volver las cosas al estado anterior, como si el acto declarado nulo nunca hubiese existido.

Precisa que el cargo del que fue desvinculado fue el de Auditor Especial de la Contraloría Municipal ante las Empresas Municipales de Cúcuta, cuya escala salarial estaba prevista en el artículo 4º del Acuerdo Municipal No. 18 de mayo 16 de 1978 y era igual a la de Contralor Municipal; por lo tanto, al volver a la administración a causa de la anulación de los actos que declararon su insubsistencia, debía ocurrir en un cargo con la misma categoría y salario que tenía asignado el Contralor del municipio.

Manifiesta que no efectuar la liquidación de la condena con base en el salario y emolumentos equivalentes a los recibidos por el Contralor Municipal es dilatar o entorpecer el cumplimiento de la decisión judicial y ello constituye una vía de hecho, pues la administración no tenía una alternativa distinta a dar estricto cumplimiento a lo ordenado.

Indica que la sentencia demarcó cuál era el cargo al que debía ser reintegrado, precisando que debía ser uno de igual o superior categoría; por lo tanto, la administración no tenía una alternativa diferente que cumplir la orden; sin embargo, lo que hizo fue reintegrarlo a un cargo inferior y ello constituye una violación del debido proceso y de lo previsto en el artículo 36 del C.C.A.

2). Haciendo uso de la misma acción contenciosa, el señor Rafael de Jesús Barbosa Mercado, solicita la nulidad de la Resolución No. 200 de julio 2 de 1997, el Oficio No. 262 DC-CJIR de julio 28 de 1997 y la Resolución No. 227 de

agosto 12 del mismo año, mediante los cuales se dio cumplimiento a la sentencia judicial, se resolvió el recurso de reposición y se declaró la vacancia.

A título de restablecimiento del derecho solicitó el reintegro al cargo que ocupaba en el año 1987 o a otro de igual o superior categoría y reconocer y pagar, sin solución de continuidad, los salarios y prestaciones sociales dejados de recibir desde la fecha del reintegro ilegal; así mismo, declarar la irregularidad de la vacancia¹.

Sostiene que mediante sentencia de febrero 27 de 1997, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado anuló la Resolución No. 536 de agosto 17 de 1990 mediante la cual se había declarado la insubsistencia de su nombramiento y ordenó el reintegro al mismo cargo o a otro de igual o superior categoría.

Cuenta que el Contralor del municipio mediante oficio de mayo 22 de 1997 resolvió la solicitud de reintegro informando que en la planta de personal de la entidad no existía empleo con tales características lo que hacía imposible cumplir la sentencia en esos términos.

Afirma que mediante oficio de julio 4 de 1997 fue requerido para comunicarle la resolución que dio cumplimiento a la sentencia, es decir, la 200 de julio 2 de 1997 que le fue notificada el 10 de julio de 1997 cuyas consideraciones refieren las normas posteriores que han regulado el cargo de auditor especial.

Dice que cuando fue nombrado en el cargo de auditor especial ante

¹ Según adición de demanda, visible a folio 65 del expediente No. 1997-13274 acumulado.

las empresas municipales de Cúcuta mediante Resolución No. 0298 de mayo 30 de 1987, estaba vigente el Acuerdo Municipal No. 014 de diciembre 31 de 1986 en cuyo artículo 2º dispuso que los cargos de Alcalde, Contralor, Personero, Tesorero, Subcontralor y Auditor de las Empresas Municipales, pertenecían a la categoría 28.

Señala que el Contralor municipal no tuvo en cuenta lo establecido en el decreto mencionado y en tales condiciones, al hacer la valoración de los cambios que había sufrido la planta de personal, ordenó su reintegro al cargo de Asesor Fiscal Especial, categoría 13, con la asignación atribuida a ese empleo.

Indica que el reintegro así efectuado desmejoró sus condiciones salariales, máxime cuando no se tuvieron en cuenta las normas que regían el cargo del cual fue desvinculado y que el objeto de la sentencia condenatoria fue retrotraer las cosas al estado en que se encontraban cuando se produjo la desvinculación.

Informa que el recurso de reposición interpuesto contra la decisión anterior fue rechazado de plano mediante Oficio No. 262-DC-CJLR de julio 28 de 1997 y que con posterioridad fue expedida la Resolución No. 0227 de agosto 17 de 1997 en la que se declaró la vacancia del cargo, aplicando las disposiciones del Decreto 1950 de 1973.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal declaró probada la excepción de inepta demanda y denegó las súplicas de la demanda.

Consideró que los actos demandados son de ejecución que no crean, extinguen o modifican una situación jurídica pues se limitan a ejecutar una decisión principal que, en este caso, está contenida en una sentencia y en principio no serían materia de estudio de legalidad por parte de la jurisdicción contencioso administrativa.

Sin embargo, adujo que como los cargos que se le endilgan a los actos demandados se refieren a una presunta modificación respecto de lo que decidió el Consejo de Estado en la sentencia que se debía acatar, es necesario estudiar la legalidad de los mismos, para verificar si ellos contienen una decisión nueva y si con ella se variaron los efectos de la orden impartida en la sentencia.

Sostuvo que en el Acuerdo 014 de diciembre 31 de 1986 expedido por el Concejo municipal de Cúcuta se determinó la planta de personal al servicio del municipio para la vigencia fiscal 1987 y en su artículo 2º señaló que el Alcalde, el Contralor, el Personero, el Tesorero, el Subcontralor y el Auditor de las Empresas municipales pertenecían a la categoría 28.

Hizo un recuento de las normas que consagraron y modificaron el cargo de Auditor ante las empresas municipales, durante los años en que el actor no estuvo en la administración y concluyó que sufrió diferentes variaciones en la categoría salarial y que si bien en principio era equivalente al de Contralor, para el año 1990 tenía una categoría inferior, lo que sustenta el hecho de que el reintegro tuviera que efectuarse en un cargo que no fuera igual o equivalente al del Contralor.

Precisó que como en el momento en que el demandante fue desvinculado del servicio, la categoría salarial del cargo que desempeñaba era diferente a la de Contralor Municipal y que con ocasión de la Constitución Política de 1991 se cambió el esquema de control fiscal que existía en el país, por ello se cambiaron las funciones de control previo atribuidas a los auditores especiales, de modo que en el esquema vigente, el cargo equivalente al desempeñado por el actor es el de asesor fiscal especial grado 13 al que fue reintegrado y con base en el cual se hizo la liquidación de la condena, lo que desvirtúa los argumentos de la demanda y permite mantener la legalidad de los actos demandados.

Finalmente en cuanto a la vacancia del cargo expuso que el actor debía cumplir lo ordenado en el acto mediante el cual se dispuso su reintegro en cumplimiento de la sentencia judicial y no podía esgrimir una justa causa, pues dicho acto era obligatorio mientras no fuera anulado o suspendido por la jurisdicción contencioso administrativa, de modo que si no estaba de acuerdo con él, debió reintegrarse al empleo e iniciar el proceso de acción de nulidad y restablecimiento del derecho por no compartir su contenido, pero tal razón no podía ser aducida como causal de justificación, siendo así, la administración tenía todos los elementos de juicio para declarar la vacancia del cargo.

LA APELACIÓN

Inconforme con la sentencia del Tribunal, el demandante la apeló en la oportunidad procesal. Afirma que lo decidido por el a quo desinstitucionaliza lo definido judicialmente para efectos salariales, pues una vez declarada la nulidad de las Resoluciones Nos. 0298 de mayo 30 de 1987 y 536 de agosto 17 de 1990 el factor salarial que subsiste es el del año 1987 y no el tomado por la sentencia

recurrida, es decir, el de la insubsistencia de agosto 17 de 1990.

Aclara que la declaración de nulidad contenida en la sentencia tiene efectos ex tunc y por ello revirtió los efectos producidos con anterioridad a la sentencia; por lo tanto, de acuerdo al análisis efectuado en ella, en donde se aceptó que a la fecha del nombramiento el cargo se regía por el Acuerdo 14 de diciembre 31 de 1986, en cuyo artículo 2º se consagra que se asimila en categoría al del Contralor del municipio, la situación inexorablemente debía partir del nombramiento efectuado al demandante en el año 1987, pues los actos de separación del cargo fueron anulados.

Insiste en que como los actos administrativos que declararon la insubsistencia y aceptaron la renuncia fueron anulados y que cualquier variación en las categorías del cargo, ocurrida con posterioridad al 27 de enero de 1987, es inaplicable.

Sostiene que la administración retrotrajo el contexto fáctico de la situación consolidada con el nombramiento efectuado en 1987 y por ello constituye un error partir del año 1990 como punto de referencia para determinar el salario con el que debe ser liquidada la condena y al cual debió efectuar el reintegro.

Señala que siendo así las cosas, el acto acusado dejó de ser de simple ejecución, pues introdujo elementos nuevos al suprimir o cambiar la categoría del cargo al que debía ser reintegrado en virtud de la nulidad del acto que ordenó el restablecimiento de su derecho.

Precisa que no es cierto que se hubiera extinguido la obligación del municipio por pago, pues en el proceso ejecutivo se dispuso no librar mandamiento de pago, bajo el entendimiento de la presunción de legalidad de los actos que cumplieron la sentencia, los cuales debían ser objeto de control de legalidad, de acuerdo con lo decidido por la Sección Tercera del Consejo de Estado al resolver el recurso de apelación interpuesto contra el acto que se negó a librar mandamiento de pago.

Aduce que la vacancia del cargo no está ajustada a ninguna de las causales invocadas en la sentencia, pues fue consecuencia del reintegro a un cargo que desobedeció un fallo judicial; entonces, como la administración incumplió la decisión judicial, él también la desobedeció, al amparo de acogerse a lo estrictamente decidido en ella.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, el Agente del Ministerio Público rindió concepto en el que solicitó revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, acceder parcialmente a las súplicas de la demanda. Dijo, en síntesis, lo siguiente:

Debe tenerse en cuenta que mediante sentencia de febrero 27 de 1997 el Consejo de Estado anuló la Resolución No. 536 de agosto 17 de 1990 mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento del demandante en el cargo de Auditor de Empresas Públicas Municipales de Cúcuta, pero como dicho cargo desapareció de la planta de personal, el reintegro debió efectuarse en un cargo de similar o superior categoría; sin embargo, debido al cambio que sufrió la estructura de la entidad, surgió la imposibilidad jurídica de reintegrarlo a un cargo

de la misma categoría, pero ello no impide que el pago de los salarios y prestaciones se hiciera con base en el empleo que efectivamente ocupó o uno de categoría similar o superior.

Si bien es cierto existía imposibilidad de reintegrarlo a un cargo por no existir uno equivalente o superior en la planta de personal, es inadmisibles que se invoque el argumento de la pérdida de categoría del empleo para nivelarlo en uno inferior, en contravía de lo ordenado por el Consejo de Estado.

Tampoco era procedente declarar la vacancia del cargo porque el demandante nunca lo ocupó, pues nunca se materializó la posesión, lo que impedía hacer uso de tal figura.

En las anteriores condiciones, el restablecimiento del derecho debe materializarse en los términos pedidos en la demanda, salvo lo reclamado por concepto de lucro cesante y daño emergente.

Se decide, previas estas

CONSIDERACIONES

Se trata de establecer la legalidad de la Resolución No. 0356 de mayo 29 de 1998 mediante la cual se ordenó el pago de una suma de dinero por concepto de sentencia judicial a favor del señor Rafael de Jesús Barbosa Mercado, el Auto de noviembre 30 de 1998, que negó la modificación de la suma reconocida, la Resolución No. 200 de julio 2 de 1997, mediante la cual ordenó el reintegro a un cargo, el Oficio No. 262 DC-CJIR de julio 28 de 1997 que declaró

improcedentes los recursos contra la anterior y la Resolución No. 227 de agosto 12 del mismo año, mediante la cual se declaró la vacancia del cargo.

Los actos antes reseñados fueron expedidos por la administración municipal de Cúcuta, en acatamiento a lo ordenado en sentencia proferida el 27 de febrero de 1997 por el Consejo de Estado en un proceso promovido por el señor Rafael de Jesús Barbosa Mercado en el que se anularon los actos administrativos mediante los cuales se produjo un traslado y se declaró la insubsistencia del nombramiento.

Previo a resolver el fondo de controversia, la Sala debe precisar que si bien es cierto esta Corporación ha sostenido que los actos mediante los cuales se hace efectiva una sentencia no son enjuiciables ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo mediante un mecanismo de control de legalidad, pues son actos de ejecución, es decir, no crean, extinguen o modifican una situación particular, sino que hacen efectiva una orden impartida por un Juez de la República, también lo es que en ocasiones se han aceptado algunas excepciones, las cuales surgen del desconocimiento de la decisión judicial, en cuanto creen una situación nueva. Así se ha sostenido en diferentes pronunciamientos:

“Esta Corporación en relación con el enjuiciamiento de los actos que se expiden para darle cumplimiento a una decisión u orden judicial ha sido uniforme en señalar que tales actos no son pasibles de los recursos en la vía gubernativa ni de acciones judiciales, a menos que desconozcan el alcance del fallo o creen situaciones jurídicas nuevas o distintas que vayan en contravía de la providencia que ejecutan², lo cual no ocurre en este asunto.”³
“De conformidad con los artículos 49 y 135 del Código Contencioso Administrativo, los actos de ejecución, es decir, aquellos que se limitan a dar

² Sobre el particular ver entre otras las siguientes sentencias: de 9 de agosto de 1991 proferida dentro del expediente radicado con el num.5934 (Sección Tercera, C.P. Dr. Julio César Uribe Acosta); de 15 de agosto de 1996, dictada dentro del expediente num. 9932 (sección Segunda, C.P. Dr. Javier Díaz Bueno), y de 4 de septiembre de 1997, proferida en el proceso radicado con el num. 4598 (Sección Primera, C.P. Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz).

³ Sentencia de diciembre 19 de 2005, Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA, Radicación número: 25000-23-24-000-2004-00944-01.

cumplimiento a una decisión administrativa o judicial,⁴ no son objeto de control jurisdiccional, salvo que, como ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación,⁵ desconozcan la decisión o creen situaciones jurídicas nuevas o que vayan en contravía de lo dispuesto...⁶

“En este orden de ideas, se concluye que las decisiones que expide la Administración como resultado de un procedimiento administrativo o los actos de trámite que hacen imposible la continuación de esa actuación, son objeto de control de legalidad por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; de manera que los actos de ejecución que se expiden en cumplimiento de una decisión judicial o administrativa se encuentran excluidos de dicho control, toda vez que a través de ellos no se decide definitivamente una actuación y sólo se expiden en orden a materializar o ejecutar esas decisiones.

No obstante lo anterior, esta Corporación ha aceptado una excepción según la cual los actos de ejecución son demandables si la administración al proferirlos se aparta del verdadero alcance de la decisión, hasta el punto de que crear situaciones jurídicas nuevas o distintas, no discutidas ni definidas en el fallo.”⁷

Revisados los argumentos que sirven de soporte a las pretensiones, se observa que el punto de controversia consiste en establecer si la administración se apartó del verdadero alcance de la decisión judicial, al reintegrar al demandante en un cargo de inferior jerarquía al que desempeñaba antes de la desvinculación y pagarle los emolumentos adeudados con base en dicho cargo inferior, situación que, a juicio de la Sala, no fue discutida en la sentencia judicial pues a pesar de que en ella se dispuso el reintegro *al mismo cargo que desempeñaba o a otro de igual o superior categoría*, es necesario hacer un pronunciamiento de fondo para determinar si el cargo en el que se produjo el reintegro y con base en el cual se liquidaron los emolumentos adeudados correspondía o no a la misma categoría del cargo del que fue desvinculado, máxime cuando en proceso ejecutivo tramitado por el mismo demandante, la Sección Tercera de esta Corporación ya

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 19 de septiembre de 2002, exp. ACU-1486, M.P. María Elena Giraldo Gómez.

⁵ Consejo de Estado, Sección Primera, Auto del 19 de diciembre de 2005, exp. 00944, M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Planeta.

⁶ Sentencia de noviembre 20 de 2008, Consejera ponente: LIGIA LOPEZ DIAZ, Radicación número: 25000-23-27-000-2002-00692-01(16374).

⁷ Sentencia de julio 21 de 2011, Consejero ponente: GUSTAVO GOMEZ ARANGUREN, Radicación número: 25000-23-25-000-2003-05142-01(1152-10).

definió que dicho estudio se escapaba de la órbita del proceso ejecutivo⁸.

El demandante laboró en el cargo de Auditor Especial de la Contraloría Municipal de Cúcuta ante las Empresas Públicas Municipales desde el 30 de enero de 1987 hasta el 28 de mayo de ese mismo año, cuando se aceptó la renuncia a su cargo, hecho que originó el inicio de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuyas pretensiones fueron despachadas favorables mediante sentencia de octubre 7 de 1988 proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander⁹ en la que se dispuso su reintegro al referido cargo, decisión confirmada por el Consejo de Estado en sentencia de febrero 6 de 1990¹⁰.

En cumplimiento de la decisión judicial anterior, el actor fue reintegrado al cargo de Auditor Especial de la Contraloría Municipal ante las Empresas Municipales, mediante Resolución No. 493 de julio 25 de 1990¹¹ y desde su reintegro se corrió el rumor de despido; mediante Resolución No. 522 de agosto 14 de 1990 se dispuso su traslado a la Auditoría Especial de la Central de Transportes, decisión con la que no estuvo de acuerdo y en su contra invocó la excepción de ilegalidad; además, mediante Resolución No. 536 de agosto 17 de 1990 fue declarada la insubsistencia de su nombramiento.

Los actos de traslado e insubsistencia aludidos, fueron acusados en un nuevo proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, cuyas pretensiones fueron decididas en forma desfavorable por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, decisión que fue revocada por el Consejo de Estado en sentencia de

⁸ Providencia de mayo 20 de 2002 (fls. 252 a 260 del cuaderno No. 1 del Incidente).

⁹ Folios 131 a 138 del cuaderno del expediente No. 1 del incidente.

¹⁰ Folios 179 a 185 del cuaderno del expediente No. 1 del incidente.

¹¹ Según se refiere en la síntesis de los hechos, en sentencia de febrero 27 de 1999 (Fls. 154 a 166).

febrero 27 de 1997 (fls. 154 a 166), en la que se ordenó:

“DECRETASE la nulidad de la Resolución No. 536 de 17 de agosto de 1990, expedida por el Contralor General del Municipio San José de Cúcuta, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Rafael de Jesús Barbosa Mercado, en el cargo de Auditor Especial ante las Empresas Municipales.

3. Como consecuencia de la declaración anterior, el Municipio de Cúcuta deberá reintegrar al señor Rafael de Jesús Barbosa Mercado al mismo cargo que desempeñaba o a otro de igual o superior categoría.

4. El Municipio de Cúcuta reconocerá y pagará al señor Rafael de Jesús Barbosa Mercado, todos los salarios, prestaciones sociales y demás beneficios económicos de carácter laboral dejados de percibir desde la fecha de su desvinculación hasta la fecha en que sea reintegrado, teniendo en cuenta para todos los efectos legales que no existido (sic) solución de continuidad en la prestación de los servicios en ese lapso.”

En el proceso que dio origen a la sentencia antes aludida quedó establecido que el cargo del que fue desvinculado el demandante fue el de Auditor Especial ante las Empresas Municipales, es decir, si el acto que declaró la insubsistencia del nombramiento en dicho cargo fue declarado nulo, para restablecer su derecho en cumplimiento de lo allí dispuesto, la administración debía reintegrarlo a ese mismo cargo o a uno de igual o superior categoría (fl. 164) y pagarle los emolumentos salariales y prestacionales dejados de percibir, con base en el salario devengado por quienes desempeñaban dicho cargo o uno equivalente.

Para dar cumplimiento a la precitada sentencia, el Contralor del municipio de Cúcuta emitió dos resoluciones, la No. 200 de julio 2 de 1997 *“Por la cual se da cumplimiento al fallo proferido por el Consejo de Estado para reintegro¹²”* en la que se dispuso reintegrar al actor al cargo de Asesor Fiscal Especial de la División de Revisorías Fiscales Especiales y la No. 000356 de mayo 29 de 1998 *“Por la cual se ordena el pago de una sentencia en contra del*

¹² Folios 19 a 22 del expediente No. 1997-13274 acumulado.

*municipio de San José de Cúcuta*¹³, liquidación que se efectuó con base en el salario devengado por el Asesor Fiscal Especial de la referida división.

Con el fin de establecer si los referidos actos¹⁴, en efecto, acataron lo ordenado en sentencia proferida el 27 de febrero de 1997 por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, es necesario determinar si el cargo de Asesor Fiscal Especial de la División de Revisorías Fiscales al que fue reintegrado es de *igual o superior categoría* que el cargo de Auditor Especial ante las Empresas Municipales de Cúcuta que ocupaba al momento de la desvinculación ocurrida en el año 1990.

Mediante Acuerdo No. 18 de mayo 16 de 1978 (fls. 102 a 104) se fijó la planta de personal de la Contraloría Municipal de San José de Cúcuta y entre los cargos que la componen, se determinó la existencia de un (1) cargo de Auditor General para las Empresas Públicas Municipales, así:

“Art. 4º. La Auditoría de las Empresas Públicas Municipales de Cúcuta, funcionará con el siguiente personal de Planta:

Un (1) Auditor General **con asignación mensual igual a la de Contralor Municipal.**

(...)

Estos cargos serán de libre nombramiento y remoción del Contralor General del Municipio, quien fijará sus respectivas funciones. La remuneración estará a cargo de las Empresas Municipales de Cúcuta...”

Ahora bien, el Acuerdo No. 014 de diciembre 31 de 1986 (fls. 106 a 129), mediante el cual se fijaron las escalas de remuneración y se determinó la planta de personal del municipio de Cúcuta, en su artículo 2º estableció:

“Artículo 2º.- El Alcalde, el Contralor, el Personero, el Tesorero, el Sub Contralor y **el Auditor de las Empresas Municipales, pertenecerán a la Categoría 28.**”

¹³ Folios 22 a 25.

¹⁴ Y los que resolvieron el recurso de reposición y la solicitud de modificación de ellos.

De conformidad con lo previsto en el artículo 1º del precitado Acuerdo Municipal, la categoría 28 es la de mayor remuneración dentro de la escala salarial de la administración municipal.

Mediante Acuerdo No. 061 de 1987 se mantuvo la disposición anterior, en cuanto se consagró que los auditores especiales tendrían la misma categoría que hasta ese momento tenían; sin embargo, a través del Acuerdo No. 002 de 1988 se derogó la anterior consagración y en virtud del Acuerdo 038 de ese mismo año se estableció una diferenciación entre la categoría a la que pertenecía el Contralor Municipal y el Auditor Especial ante las Empresas Municipales, quedando el primero de ellos en la categoría 28 y el segundo en categoría 26; dicha brecha se amplió aún más mediante Acuerdo No. 79 de 1989, en el que se fijó la escala de remuneración para el año 1990 determinando que el Alcalde y el Contralor Municipal pertenecían a la categoría 29.

Es oportuno resaltar que en virtud de sentencia judicial¹⁵ se ordenó reintegrar al demandante al cargo de Auditor Especial para las Empresas Públicas, decisión que fue materializada mediante Resolución No. 493 de julio 25 de 1990¹⁶ disponiendo su reintegro en el año **1990** al cargo de Auditor Especial ante las Empresas Municipales, bajo las condiciones salariales que tal cargo tenía en ese momento.

En el expediente no obra prueba de que el demandante hubiera manifestado oposición frente al referido acto de reintegro en el cargo antes señalado; por lo tanto, entiende la Sala que la vinculación en el año 1990 ocurrió

¹⁵ De fecha febrero 6 de 1990 (folios 221 a 227 del expediente 1997-13274 acumulado)

¹⁶ Según los considerandos de la Resolución No. 536 de 1990 transcrita en la providencias de febrero 27 de 1997 (fls 232 a 244 del expediente No. 1997-13274 acumulado).

en las condiciones, dentro del nivel y en la categoría que en ese momento tenía atribuidos el mencionado cargo en la planta de personal de la Contraloría Municipal, es decir, con 3 grados de inferioridad a la categoría que tenía el cargo de Contralor y Alcalde Municipal.

Así las cosas, como la desvinculación del servicio que dio origen a la controversia y sentencia que ordenó el reintegro de que hoy se ocupa la Sala, ocurrió a causa de esta última vinculación, es evidente que el análisis se direccionará a establecer si tal reintegro se hizo en el cargo de Auditor Especial ante las Empresas Municipales, de acuerdo a la categoría que tenía el empleo en el año 1990 y no con base en la categoría que tenía el mismo en el año 1987, pues en el expediente no obra prueba de que el actor hubiera controvertido la decisión que ordenó la vinculación en dicho cargo en el año 1990 a causa del reintegro dispuesto en sentencia anterior o que hubiera manifestado oposición respecto de la categoría en que fue incorporado en esa oportunidad; además, porque la ejecución de la sentencia judicial de 1990 no es materia de controversia en este proceso.

La administración municipal mediante oficio No. 0176 DC-CJIR (fl. 17 del expediente acumulado) le informó al demandante que en la planta existente en la Contraloría Municipal no existían cargos de las características señaladas en su solicitud de reintegro; no obstante, dio cumplimiento a la sentencia mediante Resolución No. 0200 de julio 2 de 1997 (fls. 19 a 22 del cuaderno acumulado), mediante la cual lo reintegró al cargo de Asesor Fiscal Especial categoría 13, previo el siguiente análisis:

“(...)
Que, a partir de 1990 a la fecha la planta de personal de la Contraloría

Municipal así como sus categorías han variado, suprimiéndose de la misma el cargo de Auditor Especial ante las Empresas Municipales.

Que, revisadas las funciones ejercidas por el Auditor Especial ante las Empresas Municipales en el año de 1990, así como su categoría, remuneración, y los requisitos exigidos para el cargo, y teniendo en cuenta que a partir de la vigencia de la Constitución de 1991 el control previo desapareció de la órbita Constitucional y legal; se encuentra, **que el cargo de Auditor Especial ante las Empresas Municipales, se equipara actualmente en el nuevo contexto del control fiscal, en funciones, categoría, requisitos y remuneración al cargo que en la planta de personal vigente se denomina Asesor Fiscal Especial.**

(...)

Es por ello que previo análisis de la planta de personal vigente, de las características del cargo desempeñado por el Dr. Barbosa Mercado en 1990, de las variaciones que ha tenido la categorización en la planta de personal de la Contraloría Municipal y de las consideraciones del fallo del Consejo de Estado, se dispondrá reintegrarlo en el cargo de Asesor Fiscal Especial categoría 13 con una asignación mensual de Novecientos diez mil quinientos cuarenta y dos pesos mcte. (\$910.542.00).”

El argumento anterior, consistente en que el cargo al que fue incorporado se equipara al cargo de Auditor del que fue desvinculado no se desvirtuó por el demandante, pues la demanda se ocupó de insistir en que el cargo en que debió reintegrarse fue el de Auditor Especial ante las Empresas Municipales de Cúcuta, con la misma categoría que dicho cargo tenía en el año 1987, es decir, en equivalencia al cargo de Contralor y Alcalde municipal; no obstante, ya quedó establecido que el cargo del que el demandante fue desvinculado en el año 1990 y que dio origen al reintegro ordenado en sentencia de febrero 27 de 1997, que hoy nos ocupa, no era equivalente a ellos, sino que pertenecía a la categoría 26, en tanto los de Contralor y Alcalde Municipal tenían la categoría 29.

En las anteriores condiciones y como quiera que no se desvirtuó el hecho de que el cargo de Auditor Especial de la Contraloría Municipal grado 13 al que fue incorporado el demandante mediante Resolución No. 0200 de julio 2 de 1997 y con base en el cual se liquidaron los emolumentos pagados como consecuencia de la sentencia que ordenó el reintegro, fuera de inferior categoría al

de Auditor Especial ante las Empresas Municipales de Cúcuta que ocupó en el año 1990, deben despacharse desfavorables las pretensiones de la demanda, en la forma en que lo hizo el Tribunal.

La Sala debe resaltar que de acuerdo con los extractos de nómina correspondientes a los años 1993 a 1997¹⁷, se observa que además de la categoría especial de remuneración del Contralor Municipal, la máxima categoría al interior de dicho ente de control era la 14 y conforme a la Resolución No. 0200 de julio 2 de 1997 el actor fue reintegrado al cargo de Asesor Fiscal Especial de categoría 13, es decir, la tercera remuneración más alta de la entidad, de donde se infiere que se reintegró a un cargo con una de las más altas categorías de remuneración de la entidad, que incluso guarda una distancia menor que la que conservaba el cargo que ocupaba en el año 1990 respecto del Contralor, entre los que, como ya se señaló, había una distancia de 3 categorías.

Ahora bien, en lo tocante a la legalidad de la Resolución No. 0227 de agosto 12 de 1997 “Por la cual se declara la vacancia de un cargo”¹⁸, debe señalarse que el Decreto 1950 de 1973, reglamentario del Decreto 2400 de 1968, en sus artículos 126 y 127 en materia de abandono de cargo establecen:

“**Artículo 126º.**- El abandono del cargo se produce cuando un empleado sin justa causa:

1. No reasume sus funciones al vencimiento de una licencia, permiso, vacaciones, comisión, o dentro de los treinta (30) días siguientes al vencimiento de la prestación del servicio militar.
2. **Deje de concurrir al trabajo por tres (3) días consecutivos.**
3. No concorra al trabajo antes de serle concedida autorización para separarse del servicio o en caso de renuncia antes de vencerse el plazo de que trata el artículo 113 del presente Decreto Nacional, y
4. Se abstenga de prestar el servicio antes de que asuma el cargo quien ha de reemplazarlo.

¹⁷ Visibles de folios 124 a 174 del expediente 1997-13274 acumulado.

¹⁸ Folios 31 y 32 del expediente 1997-13274 acumulado.

Artículo 127º.- Comprobado cualquiera de los hechos de que trata el artículo anterior, la autoridad nominadora declarará la vacancia del empleo, previos los procedimientos legales.”

En el caso del actor, mediante comunicación dirigida el 4 de julio de 1997¹⁹ se le informó que debía presentarse a la División de Personal de la Contraloría Municipal con el fin de comunicarle y darle cumplimiento a la Resolución No. 0200 de julio 2 de 1997 mediante la cual se ordenó su reintegro, en acatamiento del fallo del Consejo de Estado.

Una vez enterado del contenido de la Resolución No. 0200 de julio 2 de 1997, el actor interpuso recurso de reposición²⁰, que fue declarado improcedente mediante Oficio No. 262 DC-CJIR de julio 28 de 1997²¹, transcurridos más de 15 días desde la comunicación anterior, la Contraloría Municipal decidió declarar la vacancia del cargo.

En la orden impartida en la sentencia de febrero 27 de 1997 se dispuso:

“El Municipio de Cúcuta reconocerá y pagará al señor Rafael de Jesús Barbosa Mercado, todos los salarios, prestaciones sociales y demás beneficios económicos de carácter laboral dejados de percibir desde la fecha de su desvinculación hasta la fecha en que sea reintegrado, **teniendo en cuenta para todos los efectos legales que no existido (sic) solución de continuidad en la prestación de los servicios en ese lapso.**”

Es decir, una vez comunicado el acto de reintegro, el actor debía reasumir sus funciones, sin que mediara un nuevo acto de posesión, toda vez que el reintegro se ordenó sin solución de continuidad, situación que implicaba la continuidad en el servicio desde antes del acto de desvinculación que se anuló; no

¹⁹ Folio 18 del expediente No. 1997-13274 acumulado.

²⁰ Sustentado mediante memorial cuya copia obra de folios 23 a 27 del expediente 1997-13274 acumulado.

²¹ Folios 28 y 29 del expediente No. 1997-13274 acumulado.

obstante, el actor se ausentó por más de 15 días posteriores a la comunicación del oficio en que se informó que el recurso intentado contra el acto de reintegro era improcedente, por lo que la administración tenía la facultad para hacer uso del mecanismo utilizado, declarando la vacancia del cargo por abandono del mismo.

De conformidad con lo anterior, la Sala confirmará la sentencia recurrida que denegó las súplicas de la demanda.

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,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia del diez (10) de diciembre de dos mil nueve (2009), proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, que denegó las pretensiones de la demanda promovida por el señor RAFAEL DE JESÚS BARBOSA MERCADO contra el MUNICIPIO DE CÚCUTA – CONTRALORÍA MUNICIPAL DE CÚCUTA.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, y cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO