



Sentencia 638 de 1996 Consejo de Estado

i=3683; i=3683;

PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD - Régimen Aplicable / FUERO POR MATERNIDAD / CONVENIO INTERNACIONAL

Es sabido que la protección en la estabilidad en el empleo para las mujeres trabajadoras tiene su origen, en el orden internacional, en el convenio N° 3, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en el mes de junio de 1921, revisado por el N° 103 en el año de 1952. Estos convenios han tenido una gran trascendencia y han influido notoriamente en nuestra legislación positiva en las ocasiones en que se ha regulado el tema de la maternidad. De igual manera, son significativas las Recomendaciones N° 12 y 95 de la Organización Internacional del Trabajo, relacionadas con la protección antes y después del parto para las mujeres empleadas en la agricultura, y con el descanso por maternidad. Nuestro ordenamiento legal protege la maternidad de manera especial, dadas sus implicaciones en la vida y desarrollo del ser humano. Este amparo arranca en Colombia con la expedición de la Ley 53 de 1938, que consagró como derechos de la mujer, entre otros, la licencia remunerada de ocho (8) semanas, las prohibiciones de su despido al trabajo por motivos de lactancia o embarazo, la indemnización de sesenta (60) días para la empleada u obrera que sea despedida sin justa causa durante los períodos comprendidos entre los tres (3) meses anteriores y posteriores al parto, y por último la licencia remunerada de dos (2) a Cuatro (4) semanas en caso de aborto o parto prematuro de acuerdo con la prescripción médica. Posteriormente, se extendió con los decretos 2350 de 1938, 13 de 1967, 995 de 1968 y las Leyes 73 de 1966, 27 de 1974 y 50 de 1990; en el sector público, mediante el decreto Ley 3135 de 1968 y su reglamentario 1848 de 1969 se estableció en el llamado "fuero de maternidad", que consagra la presunción legal de que el despido se considera ocasionado por motivos de embarazo o lactancia cuando se produce dentro de determinadas épocas previstas en la norma y el empleador dispone el retiro de la trabajadora sin haber obtenido la autorización previa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en el caso de las vinculadas por contrato de trabajo; o sin providencia debidamente motivada, en el evento de las que tienen una relación legal y reglamentaria con el organismo oficial respectivo. Asimismo, la Ley 50 de 1990 amplió la protección que ya le había dado a la "madre adoptante" a través de la Ley 24 de 1986. La Carta Fundamental de 1991 le dio rango constitucional a una serie de principios tuitivos, encaminados a proteger a la familia, la niñez y la mujer embarazada. El artículo 42, v. gr., dispone que el Estado y la Sociedad deben garantizar la protección integral de la familia; el 43 estatuye que la mujer gozará, durante el embarazo y después del parto, de la especial asistencia y protección del Estado y recibirá un subsidio alimentario de éste si para entonces estuviese desempleada o desamparada.

ACTO DE REMOCIÓN - Presunción de legalidad / EMPLEADA EMBARAZADA - Acto de remoción. Inversión de la carga de la prueba / PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD - Excepción / CARGA DE LA PRUEBA - Inversión, Acto de remoción de empleada embarazada o lactancia

Los actos administrativos de remoción se presumen legales, o lo que es igual, están amparados por la "presunción de legalidad". Empero, en esos casos excepcionales como el de la empleada en estado de embarazo o lactancia, esa presunción se invierte, o sea, que en este supuesto se presume que el acto es ilegal si se profiere "sin la observancia de los requisitos exigidos en dicha norma legal". Adicionalmente, estos mismos ordenamientos prevén una indemnización especial de sesenta (60) días de salario, fuera de las demás prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar. Por consiguiente, en esta hipótesis la carga de la prueba de lo contrario corre a cargo de la administración.

NORMA NACIONAL - Aplicación analógica / ANALOGÍA - Aplicación / PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD / VACIO NORMATIVO

El Decreto 1333 de 1986 —"por el cual se expide el Código de régimen Municipal"—, permite la aplicación analógica de las normas del orden nacional frente a los vacíos que se presenten en materias como ésta, por lo cual es razonable aplicárselas a la actora. En ese orden de ideas, es evidente que el artículo 21 del Decreto 3135 de 1968, no hace sino repetir lo ya establecido en la Ley 53 de 1938, Artículo 3o. y en el artículo 2º de la Ley 197 de 1938 que lo modificó, normas estas aplicables en todos los ordenes. Ciertamente, resultaría exagerado rigorismo no proteger los derechos de la actora por haber citado solamente las disposiciones del orden nacional, decretos 3135 de 1968 y su reglamentario 1848 de 1969, pues como ya se aclaró, son aplicables en el ámbito territorial.

EMPLEADA EMBARAZADA - Insubsistencia por causa de estado de gravidez / DESVIACIÓN DE PODER - Insubsistencia de empleada embarazada / REINTEGRO AL SERVICIO - Desviación de poder, insubsistencia de empleada embarazada

La desvinculación por insubsistencia no se produjo en aras del logro del buen servicio público sino por causa del estado de gravidez, conducta que como ya se analizó configura una clara y evidente desviación de poder y por ende, genera la nulidad del acto impugnado, particularmente en cuanto la demandante gozaba de un amparo especial para permanecer en su empleo. Ese amparo, además, como lo ha reiterado la Corporación en varios fallos sobre estas materias, no consiste únicamente en el pago de las sumas que le resarzan e indemnicen los perjuicios sufridos como consecuencia de la arbitrariedad de la Administración Pública, sino que apareja el reintegro al empleo del cual fue ilegalmente separada, a otro de igual o superior jerarquía y remuneración, y desde luego, la declaración de que no hay solución de continuidad por virtud del lapso que medie entre el retiro y el reintegro que se dispondrá.

AJUSTE DE VALOR - Aplicación del principio de equidad, indexación / PRINCIPIO DE EQUIDAD - Indexación de sentencia condenatoria / INDEXACIÓN - Principio de equidad

Las sumas que se ordenará pagarle a la actora en este evento deberán ser actualizadas mediante la aplicación de los ajustes de valor contemplados en el artículo 178 del C.C.A., para lo cual deberá aplicarse la fórmula que ha estructurado la Sección Tercera, y que ya ha acogido y utilizado en otros casos la Sección Segunda. En efecto, es incuestionable que la inflación que viene padeciendo nuestra economía, reflejo de un fenómeno que es mundial, produce una pérdida notoria de la capacidad adquisitiva de la moneda, por manera que ordenar hoy el pago de esas cantidades por su valor mundial implicaría un enriquecimiento sin causa para el Estado y empobrecimiento correlativo para la actora. Por consiguiente, en aras de la aplicación del principio de equidad contemplado en el artículo 230 de la carta Fundamental y de las disposiciones legales que se relacionan con este tema, es indispensable que se ordene la "indexación" de esos valores, para que el restablecimiento del derecho sea completo. De suyo, normas como el artículo 1626 del Código Civil según el cual "El pago efectivo es la prestación de lo que se debe", y el propio artículo 178 del C.C.A., llevan implícita la condición de que el resarcimiento sea total e íntegro; y es elemental que el deterioro de la moneda debe ser absorbido por el obligado a satisfacer dicha prestación.

SENTENCIA LABORAL CONDENATORIA - Improcedencia de descuentos por razón de otra vinculación legal y reglamentaria / SENTENCIA CONDENATORIA - Naturaleza, no tiene el carácter de asignación salarial / INDEMNIZACIÓN - Compatibilidad con lo devengado por otra relación legal y reglamentaria / DOBLE ASIGNACIÓN DEL TESORO PÚBLICO - Interpretación / RESPONSABILIDAD CONEXA - Concepto / RECTIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL

La Sala Plena rectifica la tesis que venía siendo mayoritaria en la Sección Segunda en lo que hace con la orden de efectuar descuentos en casos como éste, por las siguientes razones: a. Las sumas a las cuales se condena la parte demandada, para las cuales se toma en cuenta la equivalencia de las prestaciones y los salarios 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 el sueldo e indemnizaciones al mismo tiempo. 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. f. En el mismo sentido, obsérvese que el artículo 235 del Decreto 1222 de 1986 dispone que los departamentos "repetirán contra las personas que hubieren efectuado elecciones, nombramientos o remociones ilegales del funcionarios, el valor de las indemnizaciones que se hubiere pagado por esta causa". g. De idéntico modo, cabe hacer énfasis en que el artículo 78 del C.C.A., previo la figura de la "responsabilidad conexa", lo que significa que si el funcionario responsable de la remoción legal 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 patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas", individualmente 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.

[Ver el art. 128, Consisttución Política de Colombia](#), [Ver el art. 19, Ley 4 de 1992](#) , [Ver la Sentencia de la Corte Constitucional C-199 de 1999](#), [Ver el Fallo del Consejo de Estado 2046 de 2008](#)

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA

Santafé de Bogotá, D.C., agosto veintiocho (28) de julio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Radicación número: S-638

Actor: GLORIA MARINA VANEGAS CASTROProcede la Sala Plena, a solicitud de su Sección Segunda, por importancia del asunto y trascendencia social, a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 2 de diciembre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo del Norte de Santander en el juicio promovido por *Gloria Marina Vanegas Castro* contra el Municipio de Cúcuta.

LA DEMANDA

La parte actora, obrando en nombre propio, pretende la nulidad de la Resolución N° 029 del 10 de abril de 1990 proferida por el Personero Municipal y su Secretaria por la cual se declaró insubsistente su nombramiento el cargo de Abogado Auxiliar para la vigilancia Administrativa de la Personería Municipal.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicita se ordene a la demandada el reintegro al mismo cargo que venía desempeñando, o a uno de igual o superior categoría, junto con el pago de las indemnizaciones por concepto de despido en estado de gravidez.

Como sustento de las anteriores pretensiones se narran los siguientes hechos:

La actora se vinculó al servicio de la demandada a partir del 18 de enero de 1990, en el cargo de Abogada Auxiliar para la Vigilancia Administrativa de la Personería del Municipio de Cúcuta. el día 10 de abril de 1990 fue declarada insubsistente mediante el acto administrativo objeto de impugnación, decisión tomada cuando la Administración conocía del estado de gestación, por aviso tanto verbal como escrito que se le había cursado.

NORMAS VIOLADAS

Se citan como disposiciones violadas con el acto acusado las siguientes: Decreto 3135 de 1968, artículos 19, 20, 21, reglamentado por el Decreto 1848 de 1969, Capítulo VII, artículo 39 numeral 1-2; artículos 40, 41, artículo 33, 34,35, 37, 38 y Decreto 2733 de 1959.

LA SENTENCIA

El Tribunal del conocimiento al desatar la primera instancia (fls. 58-65) denegó las pretensiones por considerar que se invocaron como violadas normas aplicables a nivel nacional, cuando ha debido serlo a nivel territorial.

LA IMPUGNACION

La parte actora interpuso en tiempo recurso de apelación (Fls. 71 a 74) porque consideraba que el juzgador debe interpretar el libelo demandatorio y al tomar alguna decisión dar prelación al derecho sustancial frente a las superfluas formalidades.

EL CONCEPTO FISCAL

La Procuradora Novena Delegada ante esta Corporación en escrito visible a folios 87-94, presenta alegato de conclusión aduciendo que la sentencia apelada debe prohijarse al compartir el criterio del *a quo* en el sentido de que la actora invocó equivocadamente los preceptos violados; haciendo hincapié en el carácter de jurisdicción rogada de la contencioso administrativa.

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

CONSIDERACIONES

En el caso de que ocupa la atención de la Sala Plantea la demandante que fue removida en estado de embarazo, sin providencia motivada y sin que mediara justa causa.

Es sabido que la protección en la estabilidad en el empleo para las mujeres trabajadoras tiene su origen, en el orden internacional, en el convenio N° 3, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en el mes de junio de 1921, revisado por el N° 103 en el año de 1952.

Estos convenios han tenido una gran trascendencia y han influido notoriamente en nuestra legislación positiva en las ocasiones en que se ha regulado el tema de la maternidad. De igual manera, son significativas las Recomendaciones N° 12 y 95 de la Organización Internacional del Trabajo, relacionadas con la protección antes y después del parto para las mujeres empleadas en la agricultura, y con el descanso por maternidad.

Nuestro ordenamiento legal protege la maternidad de manera especial, dadas sus implicaciones en la vida y desarrollo del ser humano Este amparo arranca en Colombia con la expedición de la Ley 53 de 1938, que consagró como derechos de la mujer, entre otros, la licencia remunerada de ocho (8) semanas, la prohibición de su despido al trabajo por motivos de lactancia o embarazo, la indemnización de sesenta (60) días para la empleada u obrera que sea despedida sin justa causa durante los períodos comprendidos entre los tres (3) meses anteriores y posteriores al parto, y por último la licencia remunerada de dos (2) a Cuatro (4) semanas en caso de aborto o parto prematuro de acuerdo con la prescripción médica. Posteriormente, se extendió con los decretos 2350 de 1938, 13 de 1967, 995 de 1968 y las Leyes 73 de 1966, 27 de 1974 y 50 de 1990; en el sector público, mediante el decreto Ley 3135 de 1968 y su reglamentario 1848 de 1969 se estableció el llamado "fuero de maternidad", que consagra la presunción legal de que el despido se considera ocasionado por motivos de embarazo o lactancia cuando se produce dentro de determinadas épocas previstas en las normas y el empleador dispone el retiro de la trabajadora sin haber obtenido la autorización previa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en el caso de las vinculadas por contrato de trabajo; o sin providencia debidamente motivada, en el evento de las que tienen una relación legal y reglamentaria con el organismo oficial respectivo. Asimismo, la Ley 50 de 1990 amplió la protección que ya le había dado a la "madre adoptante" a través de la Ley 24 de 1986.

La Carta Fundamental de 1991 le dio rango constitucional a una serie de principios tuitivos, encaminados a proteger a la familia, la niñez y la mujer embarazada. En el artículo 42, v. gr., dispone que el Estado y la Sociedad deben garantizar la protección integral de la familia; el 43 estatuye que la mujer gozará, durante el embarazo y después del parto, de la especial asistencia y protección del Estado y recibirá un subsidio alimentario de éste si para entonces estuviese desempleada o desamparada.

Todo este nuevo andamiaje se estructuró sin perjuicio de la protección a los niños y a la familia, dispuesta en el capítulo de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales, que ratifican esa protección especial para la empleada o trabajadora que se encuentre en estado de embarazo o lactancia.

Con base en estos antecedentes, la jurisprudencia ha entendido que cuando está probado el estado de embarazo, el hecho es conocido por el nominador y el acto de desvinculación no está motivado, éste se presume legal.

Debe recordarse además, que el artículo 21 del Decreto 3135 de 1968 dispone en su inciso 1º que la empleada pública solo puede ser removida

mediante "resolución motivada del jefe respectivo del organismo" durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto o aborto; y en el inciso 2º consagra la presunción de "que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo cuando ha tenido lugar dentro de los períodos señalados en el inciso anterior sin las formalidades que el mismo establece". A su vez, el artículo 40 del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del anterior, —presunción de despido por embarazo—, repite estas previsiones.

Esto es, que en regularmente los actos administrativos de remoción se presumen legales, o lo que es igual, están amparados por la "presunción de legalidad". Empero, en esos casos excepcionales como el de la empleada en estado de embarazo o lactancia, esa presunción se invierte; o sea, que en este supuesto se presume que el acto es ilegal si se profiere "sin la observancia de los requisitos exigidos en dicha norma legal". Adicionalmente, estos mismos ordenamientos prevén una indemnización especial de sesenta (60) días de salario, fuera de las demás prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar. Por consiguiente, en esta hipótesis la carga de la prueba de lo contrario corre a cargo de la administración.

Es oportuno destacar, de igual manera, que el Decreto 1333 de 1986 — "por el cual se expide el Código de Régimen Municipal"—, permite la aplicación analógica de las normas del orden nacional frente a los vacíos que se presenten en materias como ésta, por lo cual es razonable aplicárselas a la actora.

En ese orden de ideas, es evidente que el artículo 21 del Decreto 3135 de 1968, no hace sino repetir lo ya establecido en la Ley 53 de 1938, Artículo 3o. y en el artículo 2º de la Ley 197 de 1938 que lo modificó, normas estas aplicables en todos los órdenes. Ciertamente, resultaría exagerado rigorismo no proteger los derechos de la actora por haber citado solamente las disposiciones del orden nacional, decretos 3135 de 1968 y su reglamentario 1848 de 1969, pues como ya se aclaró, son aplicables en el ámbito territorial.

Sentadas las anteriores premisas se ocupa la Sala del análisis del presente caso, así:

La calidad de empleada pública de libre nombramiento y remoción (fls. 11, 33 y 34) de la actora al momento de la insubsistencia se tiene por establecida, puesto que no existe prueba de la que pueda inferirse que se encontraba amparada por fuero de carrera.

El acervo probatorio demuestra que el día 10 de abril de 1990 (fls. 12, 13, 14 y 16) la demandante se encontraba en estado de embarazo, el cual puso en conocimiento de la Personera Municipal mediante nota escrita del siguiente contenido:

"... Por medio de la Presente de la manera mas respetuosa me permito manifestar a usted que anexo con la presente constancia del estado de gestación en que me encuentro y una constancia de hospitalización expedida por el doctor Luis Fernando Luzardo...".

Es de advertir que la constancia sobre el estado de embarazo de la actora no fue tachada ni falsa ni objetada en modo alguno por la entidad demandada, por manera que hace plena prueba en cuanto a su contenido.

De otro lado, como tanto la nota de aviso del estado de gravidez como la declaratoria de insubsistencia tienen fecha de abril 10 de 1990, corresponde a la Sala determinar cual fue primera en el tiempo, para lo cual hace claridad la prueba testimonial recaudada.

A folio 46-47 obra la declaración de *Nelly Margarita Páez Rivera*, que al respecto dice:

"... ese día yo me encontraba con Gloria María Vanegas, ella fue a buscarme pues se sentía enferma, yo la acompañe (sic) a la Personería y ella entro (sic) a la Personería y redactó una carta (sic) en donde le comunicaba a la Personera doctora Amparo Gelvez su estado de embarazo. Ella se lo comunicó verbalmente y también por escrito. Luego salió Gloria Marina Vanegas Castro de la Personería y me pidió que la acompañara a la Caja de Previsión Departamental para legalizar su situación de embarazo. El médico la atendió y a la vez le dio una orden de hospitalización por encontrarla muy enferma. Inmediatamente salimos de la Caja nos fuimos para la Personería ella entró a la Personería y le entrego (sic) a la doctora Amparo Gelvez la constancia de embarazo y la orden de hospitalización; yo en ese momento espere (sic) que saliera para acompañarla a hospitalizarla, pero cuando Gloria María salió estaba llorando y me comento (sic) que la doctora Luz Amparo Gelvez la había tratado mal y le había dicho que por qué le había entregado esa carta donde constaba su embarazo...".

Gloria Inés Yañez (fls. 48 y 49), quien fuera Secretaria de la doctora *Gloria Vanegas* explica que le prestó la máquina para redactar y escribir la nota de aviso del estado de embarazo, y prosigue así:

"Preguntado: Manifieste al Tribunal, si es cierto que después de haber presentado la notificación a la señora Personera Luz Amparo Gelvez, del estado de embarazo la Personera declaró insubsistente a la doctora Gloria Marina Vanegas Castro del cargo esa misma tarde? Contestó: Si es cierto la declaró insubsistente pues yo me di cuenta cuando la doctora Gloria Vanegas, recibió el decreto de insubsistencia aproximadamente como a las dos horas de haberle ella notificado que estaba en estado de embarazo...".

Estas probanzas tampoco fueron objeto de tacha o reparo por parte de la demandada, y como es incuestionable que el testimonio de las declarantes demuestra que los hechos narrados les constan en forma personal y directa, y además de sus respuestas son claras, responsivas e indican la ciencia de su dicho, a la Sala merecen plena credibilidad, por manera que es forzoso concluir que una vez la actora dio aviso de gravidez, la administración procedió torpemente a declamarla insubsistente mediante un acto administrativo sin motivación.

Debe añadirse, también, que en su contestación de la demanda (fls. 36-38) el Municipio no niega el estado de embarazo de la actora al momento del retiro, sino que parece confundir dicha situación con la del aborto, pues invoca la norma que tiene que ver con esta situación y señala que la doctora *Vanegas Castro* no se encontraba dentro de esa hipótesis; y luego agrega que la empleada no estaba inscrita o escalafonada en carrera administrativa y por ello hizo uso de la facultad discrecional para removerla sin motivación de ninguna clase. Esta

conducta procesal de la entidad oficial demandada, naturalmente debe tenerse en cuenta junto con los demás elementos probatorios que obran en el expediente, pues que denota la inexistencia de motivos razonables y válidos para desvincular a la demandante.

Por tanto, se concluye que la desvinculación por insubsistencia no se produjo en aras del logro del buen servicio público sino por causa del estado de gravedad, conducta que como ya se analizó configura una clara y evidente desviación de poder y por ende, genera la nulidad del acto impugnado, particularmente en cuanto la demandante gozaba de un amparo especial para permanecer en su empleo.

Ese amparo, además, como lo ha reiterado la Corporación en varios fallos sobre estas materias, no consiste únicamente en el pago de las sumas que le resarzan e indemnizen los perjuicios sufridos como consecuencia de la arbitrariedad de la Administración Pública, sino que apareja el reintegro al empleo del cual fue ilegalmente separada, a otro de igual o superior jerarquía y remuneración, y desde luego, la declaración de que no hay solución de continuidad por virtud del lapso que medie entre el retiro y el reintegro que se dispondrá.

Así las cosas, la providencia recurrida amerita ser revocada, para en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda.

Como ya lo ha señalado en repetidas oportunidades la Corporación, las sumas que se ordenará pagarle a la actora en este evento deberán ser actualizadas mediante la aplicación de los ajustes de valor contemplados en el artículo 178 del C.C.A., para lo cual deberá aplicarse la fórmula que ha estructurado la Sección Tercera, y que ya ha acogido y utilizado en otros casos la Sección Segunda. En efecto, es incuestionable que la inflación que viene padeciendo nuestra economía, reflejo de un fenómeno que es mundial, produce una pérdida notoria de la capacidad adquisitiva de la moneda, por manera que ordenar hoy el pago de esas cantidades por su valor nominal implicaría un enriquecimiento sin causa para el Estado y un empobrecimiento correlativo para la actora. Por consiguiente, en aras de la aplicación del principio de equidad contemplado en el artículo 230 de la carta Fundamental y de las disposiciones legales que se relacionan con este tema, es indispensable que se ordene la "indexación" de esos valores, para que el restablecimiento del derecho sea completo. De suyo, normas como el artículo 1626 del Código Civil según el cual "el pago efectivo es la prestación de lo que se debe", y el propio artículo 178 del C.C.A., llevan implícita la condición de que el resarcimiento sea total e íntegro; y es elemental que el deterioro de la moneda debe ser absorbido por el obligado a satisfacer dicha prestación.

Ahora bien, para liquidar la indexación la entidad demandada deberá aplicar la fórmula que se señalará en la parte resolutive de esta providencia de manera escalonada, es decir, que el mes más antiguo tendrá una actualización mayor a la de los subsiguientes, y el más reciente una menor, y como es lógico, realizando una operación aritmética similar en relación con cada aumento o reajuste salarial. O sea, que para ello deberá tomar en cuenta los aumentos o reajustes reconocidos o destacados periódicamente, para deducir la indexación que afecta las sumas causadas mes por mes.

De otra parte, la Sala Plena rectifica la tesis que venía siendo mayoritaria en la Sección Segunda en lo que hace con la orden de efectuar descuentos en casos como éste, por las siguientes razones:

a. Las sumas a las que se condena a la parte demandada, para las cuales se toma en cuenta la equivalencia las prestaciones y los salarios 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 el 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 de 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 se pudiese haber recibido de otra relación laboral de derecho público con el Estado tiene su fuente en la prestación laboral 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 si 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 al 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 la 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 artículo 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 del funcionarios, el valor de las indemnizaciones que se hubiere pagado por esta causa". 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., previo la figura de la "responsabilidad conexas", lo que significa que si el funcionario responsable de la remoción legal 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 patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas", individualmente 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.

h. 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.

La Sala considera pertinente transcribir las tesis expuestas por la Sala Plena de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 21 de mayo de 1991, con ponencia del Magistrado doctor *Hugo Suescún Pujols*, en cuanto hacen claridad respecto del tema de la compatibilidad entre el salario en otro cargo oficial y las condenas en esta clase de procesos, así:

"Sin embargo, estima la Sala Plena de Casación laboral que conviene rectificar su anterior criterio y aceptar como correcta la lectura de los preceptos legales que en esta ocasión propone la censura, por estimar que este entendimiento, y no el que tradicionalmente se ha hecho, es el que mejor se ajusta al espíritu protector del derecho laboral y la verdadera intención que se tuvo por el constituyente de 1936 al introducir la modificación que consistió en cambiar la palabra «sueldo» que venía en el primigenio artículo 64 de la Constitución de 1886, por la de «asignación»".

"En efecto, al mandato original de la Constitución que correspondía exactamente al artículo 64, era del siguiente tenor:

«Nadie podrá recibir dos sueldos del tesoro público, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes».

"La reforma constitucional verificada mediante el Acto Legislativo N° 1 de 1936 derogó expresamente dicho ordenamiento y el artículo 23 del acto reformativo, que correspondió al artículo 58 de la codificación constitucional de ese año, quedó diciendo lo siguiente:

«Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o de instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo las que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, los departamentos y los municipios».

"Por virtud de la codificación que el constituyente dispuso en 1945, la norma copiada vino nuevamente a ocupar el artículo 64 de nuestra Carta Política, pero sin que para nada se variase su redacción.

"Lo primero que debe hacerse, a juicio de la Sala, para determinar cual es el verdadero alcance de la modificación introducida por el artículo 23 del Acto Legislativo N° 1º de 1936 artículo 64 de la codificación constitucional entonces vigente, es ubicar contextualmente el precepto cuyo sentido se quiere desentrañar. Ello permite advertir, a primera vista, que el mismo se encuentra dentro del Título V que trata de las «Ramas del poder público y del servicio público».

"El Título V de la Constitución, en su orden, regula lo atinente a las «ramas del poder público» consagrando la clásica tridivisión de ellas en legislativa, ejecutiva y jurisdiccional, contemplado en sus artículos 59 y 60 lo relativo a la vigilancia de la gestión fiscal de la Administración, función de control que le atribuye a la Contraloría General de la República y regulando igualmente lo relacionado con las «atribuciones», «responsabilidad de los funcionarios», y las «reglas generales» sobre la función pública.

Esta división de temas que trae el Título V de la Constitución de sus artículos 55 a 67, y dentro del cual ésta comprendido obviamente el 64 cuyo sentido se quiere hoy precisar, sirve para ilustrar al intérprete acerca del propósito que anima la prohibición, dispuesta en este último, de recibir más de una asignación proveniente del tesoro público o de empresas o de instituciones en que el Estado tenga parte principal, «salvo lo que para esos casos especiales determinen las leyes».

"El espíritu innegable del sano precepto que impide la precepción de dos asignaciones del tesoro público o que provengan de empresas o de instituciones en que la participación estatal sea principal o mayoritaria, no es otra diferente al de impedir, por razones de moralidad y decoro administrativos, que los empleados oficiales puedan valerse de su influencia para obtener del Estado una remuneración diferente o adicional a la que reciben como sueldo, sea que dicha asignación adicional revista el carácter de honorario, dieta o como quiera denominarse; pero ello no significa que deba extenderse la prohibición constitucional a casos en los cuales no se transgrede esta norma tendiente a mantener la moral en el servicio público.

"Nótese cómo desde el artículo 61, precaviendo la concentración indebida de la autoridad a fin de preservar la separación de las ramas del poder público en el clásico trípode en el que descansa nuestro ordenamiento jurídico, se prohíbe la acumulación, en tiempo de paz, de «la autoridad política o civil y la judicial o la militar». Luego sigue el artículo 62 que difiere a la ley de determinación de los casos particulares de incompatibilidad de funciones; los de responsabilidad de los funcionarios y modo de hacerle efectiva; las calidades y antecedentes necesarios para el ejercicio de aquellos empleos no previstos en la Constitución; las condiciones de ascensos y jubilación y la serie o clase de servicios civiles o militares que dan derecho a pensión del tesoro público. Continúa el artículo 63 ordenando que todos los empleos públicos deben tener funciones detalladas en la ley o reglamento, para posteriormente establecer la ley fundamental en su artículo 64 la prohibición de recibir más de una asignación proveniente del tesoro público.

"Que el objeto de la modificación de la palabra «sueldo» por la expresión «asignación» —mucho más comprensiva que la anterior, desde luego— dispuesto por el constituyente de 1936 fue el de evitar la acumulación de cargos remunerados en un mismo funcionario oficial con la consiguiente secuela de moralidad administrativa, resulta de la sola lectura del acta de la Comisión Octava del Senado correspondiente a la sesión del día 14 de noviembre de 1935, en la que se lee lo siguiente:"

«Se dispone, como ahora, que ninguna persona devengará más de un sueldo del tesoro público, salvo las excepciones legales. Pero se eleva a categoría constitucional el texto legal de que por tesoro público se entiende de la Nación, el de los departamentos y el de los municipios, y se agrega el caso de que el sueldo sea pagado por empresa o entidad que controla el Estado o de la cual sea éste el propietario o principal accionista.

»El objeto de esta disposición es el de evitar el acaparamiento de las posiciones remuneradas y el imprimir un sello de austeridad y decoro a las actividades de quienes directa o indirectamente sean funcionarios oficiales.

»Análoga finalidad persigue el artículo nuevo que declara incompatible la investidura parlamentaria con el hecho de ser o haber sido durante cierto tiempo apoderado, agente, asesor o intermediario de compañía contratista que negocien con la Nación» (Reforma Constitucional de 1936, Tomo I, pág. 348. Colección «Pensadores Políticos Colombianos». Cámara de Representantes)».

"El texto propuesto mantenía, a semejanza de su homólogo original de la Constitución de 1886, la expresión «sueldo», y así se mantuvo su redacción hasta el 10 de marzo de 1936 cuando en el Informe de la Comisión Especial de Reformas Constitucionales de la Cámara de Representantes para el segundo debate del proyecto de Acto Legislativo Reformatorio de la Constitución, se introdujo la palabra «asignación», con el único propósito de «hacerlo más comprensivo» y «para que no pueda pensarse que excluye la retribución de los congresistas». En lo pertinente la correspondiente acta de la sesión de la Cámara recogió así la ameritada propuesta y las razones, según el ponente, para la variación en la redacción del artículo. Así se lee:

«... Artículo 21. Con el simple cambio de la palabra sueldo por el término asignación a efecto de hacerlo más comprensivo, o para que no pueda pensarse que excluye la retribución de los congresistas, se acoge el artículo del Senado, que tuvo su origen en la comisión de la Cámara...».

"Y continúa el informe explicando que el objeto de la modificación propuesta es el de evitar los «vicios que adulteran la democracia y lesionan el buen concepto que los gobernados deben tener de los detentadores del poder público, indispensable apoyo moral para el consenso popular a las normas de gobierno» (ob. cit., pág. 270).

"Como se ve, pues, fueron razones de moralización de la administración y del poder público las que llevaron a cambiar la palabra «sueldo» por la palabra «asignación».

Los lineamientos que siguió la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 no sólo son semejantes a los que trae a colación la providencia transcrita en cuanto a la relación del actual artículo 128 de la Constitución Política, sino que hacen mayor claridad porque su texto reza que "*Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ...*", y en este caso es diáfano que el favorecido con la sentencia no estaría desempeñando al mismo tiempo dos empleos, pues no podría llegarse al extremo de tener la declaración de que no existe solución de continuidad, que es una mera ficción, con el mismo alcance y contenido de la prestación real y efectiva del servicio en un cargo. La ficción no es más que una apariencia de realidad, aunque con efectos jurídicos, que se utiliza como se dijo atrás para poder aplicar una equivalencia en lo que hace con la determinación y tasación de los elementos que integran al restablecimiento del derecho.

Finalmente, se dispondrá la aplicación de lo dispuesto en el artículo 176 del C.C.A.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

REVOCASE la sentencia de fecha dos (2) de diciembre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo del Norte de Santander, en juicio promovido por *Gloria Marina Vanegas Castro*, y

En su lugar se dispone:

Primero. DECRETASE la nulidad de la Resolución Nº 029 del 10 de abril de 1990, proferida por la Personera Municipal de Cúcuta y su Secretario General por medio de la cual se declaró insubsistente a *Gloria Marina Vanegas Castro* del cargo de Abogado Auxiliar para la Vigilancia Administrativa de la Personería Municipal.

Segundo. A título de restablecimiento del derecho, el Municipio de Cúcuta reintegrará a la actora al cargo de Abogado Auxiliar para la Vigilancia Administrativa de la Personería Municipal o a otro de igual o superior categoría y le reconocerá y pagará todos los sueldos y prestaciones dejados de devengar desde el retiro del servicio como consecuencia de la declaratoria de insubsistencia y hasta el día en que se efectúe el reintegro, con los aumentos o reajustes que haya tenido en ese lapso.

Tercero. El Municipio de Cúcuta reconocerá y pagará a la demandante a título de indemnización especial, una suma equivalente a sesenta (60) días del último salario devengado.

Cuarto. Las anteriores condenas económicas serán reajustadas y actualizadas en los términos del artículo 178 del C.C.A., para lo cual la

demandada deberá aplicar la siguiente fórmula:

Índice final

Índice inicial

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico de (RH), que es el dejado de percibir por la demandante por concepto de salarios, prestaciones sociales e indemnización especial desde la fecha de su desvinculación, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de desvinculación por el índice vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, teniendo en cuenta los aumentos salariales o decretados durante dicho período como se indicó en la parte motiva de esta providencia.

Quinto. DECLARASE que no existe solución de continuidad en los servicios de la actora demandada, para todos los efectos a que haya lugar, por virtud del lapso que medie entre su retiro y el reintegro que se ordena mediante esta providencia.

Sexto. La demandada dará aplicar al artículo 176 del C.C.A., para lo relacionado con el cumplimiento de esta sentencia.

Séptimo. DENIEGANSE las demás pretensiones de la demanda.

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

La anterior Providencia la estudió y aprobó la Sala en su sesión del día 28 de agosto de 1996.

Daniel Suárez Hernández, Presidente;

Joaquín Barreto Ruíz, Salva Voto;

Mario Alario Mendez,

Ernesto Rafael Ariza,

Germán Ayala Mantilla,

Carlos Bentancur Jaramillo,

Jesús M. Carrillo Ballesteros, salva Voto parcialmente;

Julio E. Correa Restrepo,

Miren de la Lombana de Magyaroff, Salva Voto;

Javier Díaz Bueno,

Silvio Escudero de Castro,

Clara Forero de Castro, Salva Voto;

Delio Gómez Leyva,

Armando Gutiérrez Velasquez,

Luis Eduardo Jaramillo Mejía,

Juan de Dios Montes Hernández,

Carlos Orjuela Gongora,

Dolly Pedraza de Arenas, Salva Voto;

Juan Alberto Polo Figueroa,

Libardo Rodríguez Rodríguez, Salva Voto;

Consuelo Sarria Olcos, Salva Voto;

Manuel. Santiago Urueta Ayola. Salva Voto.

Mercedes Tovar de Herrán, Secretaria General.

INDEMNIZACIÓN / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Diferencias / IMPERIO DE LA LEY / DOBLE ASIGNACIÓN DEL TESORO PUBLICO / NULIDAD DE ACTO PARTICULAR - Efectos / ACTO RETIRO DEL SERVICIO

Considerar que el restablecimiento constituye una indemnización, se traduce en el desconocimiento del artículo 85 del Código Contencioso Administrativo que regula la "acción de nulidad y restablecimiento del derecho", y en la desconceptualización de la misma. No se puede olvidar que según el artículo 230 de la Carta, los jueces en sus providencias están sometidos al imperio de la ley y, que en consecuencia, no pueden ir en contra de lo dispuesto por ella. El restablecimiento del derecho, no es jurídicamente un resarcimiento de los perjuicios causados al empleado despedido ilegalmente, como lo sostiene la sentencia; es simplemente la consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto que, al desaparecer de la vida jurídica, impone restablecer las cosas al mismo estado que tenían cuando fue expedido. El resarcimiento si está dado por la reparación del daño, que es otra pretensión que en los mismos términos del artículo 85, puede formular el accionante. Dice la sentencia que no existe disposición legal de ninguna clase que le ordene a la jurisdicción contencioso administrativa disponer que se hagan los descuentos. Sin embargo, a nuestro juicio es suficiente que la ley de leyes prohíba la percepción simultánea de dos o más asignaciones provenientes del tesoro público, para que deba ser cumplida rigurosamente por todas las personas residentes en Colombia, incluídos los jueces. Por manera, que no es indispensable que haya una ley que habilite a la jurisdicción para que ordene el cumplimiento de la Carta. Consideramos que cuando los códigos del régimen departamental y municipal disponen que los entes territoriales repitan contra las personas que hubieren efectuado las remociones ilegales, el valor de las indemnizaciones que hubieren pagado por esta causa, no quisieron calificar como "indemnización" el "restablecimiento del derecho", sino establecer la procedencia de recuperar los dineros pagados por la entidad, como consecuencia de la decisión adoptada por él funcionario emisor del acto, con manifiesta u ostensible violación de la ley. No hay duda por tanto, de que cuando el juez ordena que como consecuencia de la nulidad de un acto de retiro, el demandante sea reintegrado al cargo, que se le paguen todos los salarios y prestaciones dejados de devengar, se tenga para todos los efectos legales como de servicio el tiempo que permaneció desvinculado de la administración, y además, que se le indexen las sumas que desde entonces se le deben, no está haciendo cosa diferente que hacer efectiva la consecuencia de volver las cosas a su estado anterior, como si el empleado nunca hubiere sido retirado del servicio y esto no es nada diferente al restablecimiento del derecho que incluye el pago de las asignaciones debidas, cuya percepción conjuntamente con otras percibidas en el mismo tiempo y del mismo tesoro público, es claramente violatoria de la Constitución nacional.

SALVAMENTO DE VOTO

Consejeros Ponentes: Doctores *Joaquín Barreto Ruíz*, *Clara Forero de Castro* y *Dolly Pedraza de Arenas*.

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre veintitrés (23) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Referencia: Expediente S638.

Actor: Gloria Marina Vanegas Castro.

Autoridades Municipales.

Aunque compartimos el sentido de la sentencia, debemos manifestar nuestra discrepancia con la decisión de no ordenar los descuentos de lo que la demandante hubiera recibido como asignación del tesoro público, en el mismo tiempo respecto del cual se ordena cancelar los salarios y prestaciones sociales, por las siguientes consideraciones:

Sabido es que de conformidad con el artículo 64 de la Constitución Política anterior y el 128 de la actual, nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, a menos que exista ley que lo autorice.

La sentencia para no incurrir en la violación de tal prohibición, dice que lo que se busca es "repara el daño o perjuicio que le irrogó el acto nulo" y que en consecuencia, lo que se ordena a pagar a la demandante no es "asignación" sino una "indemnización", razón por la cual puede percibirla conjuntamente con las asignaciones que hubiere devengado del tesoro público durante el tiempo que permaneció desvinculada de la administración; sin embargo es tan equivocada la afirmación, que la sentencia cae en la contradicción de ordenar "a título de restablecimiento del derecho" el pago de "todos los sueldos y prestaciones dejados de devengar", y además ordenar la indexación de las sumas teniendo en cuenta su "causación" mes por mes desde cuando se produjo el retiro, de lo cual no queda duda alguna de que lo que en realidad se ordena pagar son las asignaciones que debe devengar la demandante en todo el tiempo que por razón del restablecimiento del derecho, se entiende servido al Estado.

Todas las disquisiciones que se hacen en la sentencia para concluir que es una indemnización, lo único que indican es el desconocimiento de un principio que en derecho administrativo es elemental: la declaración de nulidad de los actos administrativos de carácter particular, trae como consecuencias el restablecimiento de derecho y éste significa que las cosas vuelven a su estado anterior.

Como desarrollo de este principio, el Código Contencioso Administrativo distingue claramente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, de la acción de reparación directa, en la cual, como no hay lugar a la anulación del acto, se puede demandar directamente la reparación del daño. Y si bien, respecto de la acción de nulidad y el restablecimiento del derecho, previó la norma que también se podrá pedir que se repare el daño, ello, antes de significar que "restablecimiento" y "reparación" sean lo mismo, indica la diferencia que hace el legislador entre estas dos nociones, para permitir que cuando haya lugar a ello, además del restablecimiento del derecho se pueda indemnizar el daño ocasionado con la expedición ilegal del acto.

Considerar que el restablecimiento constituye una indemnización, se traduce en el desconocimiento del artículo 85 del Código Contencioso Administrativo que regula la "acción de nulidad y restablecimiento del derecho", y en la desconceptualización de la misma. No se puede olvidar que según el artículo 230 de la Carta, los jueces en sus providencias están sometidos al imperio de la ley y, que en consecuencia, no pueden ir en contra de lo dispuesto por ella.

El restablecimiento del derecho, no es jurídicamente un resarcimiento de los perjuicios causados al empleado despedido ilegalmente, como lo sostiene la sentencia; es simplemente la consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto que, al desaparecer de la vida jurídica, impone restablecer las cosas al mismo estado que tenían cuando fue expedido. El resarcimiento si está dado por la reparación del daño, que es otra pretensión que en los mismos términos del artículo 85, puede formular el accionante.

Dice la sentencia que no existe disposición legal de ninguna clase que le ordene a la jurisdicción contencioso administrativa disponer que se hagan los descuentos. Sin embargo, a nuestro juicio es suficiente que la ley de leyes prohíba la percepción simultánea de dos o más asignaciones provenientes del tesoro público, para que deba ser cumplida rigurosamente por todas las personas residentes en Colombia, incluídos los jueces. Por manera, que no es indispensable que haya una ley que habilite a la jurisdicción para que ordene el cumplimiento de la Carta.

Consideramos que cuando los códigos del régimen departamental y municipal disponen que los entes territoriales repitan contra las personas que hubieren efectuado las remociones ilegales, el valor de las indemnizaciones que hubieren pagado por esta causa, no quisieron calificar como "indemnización" el "restablecimiento del derecho", sino establecer la procedencia de recuperar los dineros pagados por la entidad, como consecuencia de la decisión adoptada por el funcionario emisor del acto, con manifiesta u ostensible violación de la ley.

No hay duda por tanto, de que cuando el juez ordena que como consecuencia de la nulidad de un acto de retiro, el demandante sea reintegrado al cargo, que se le paguen todos los salarios y prestaciones dejados de devengar, se tenga para todos los efectos legales como de servicio el tiempo que permaneció desvinculado de la administración, y además, que se le indexen las sumas que desde entonces se le deben, no está haciendo cosa diferente que hacer efectiva la consecuencia de volver las cosas a su estado anterior, como si el empleado nunca hubiere sido retirado del servicio y esto no es nada diferente al restablecimiento del derecho que incluye el pago de las asignaciones debidas, cuya percepción conjuntamente con otras percibidas en el mismo tiempo y del mismo tesoro público, es claramente violatoria de la Constitución Nacional.

Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruíz, Dolly Pedraza de Arenas.

NOTA DE RELATORIA. A este salvamento de voto adhiere la Doctora Miren de la Lombana Magyaroff.

SALVAMENTO DE VOTO

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Referencia: Expediente N° S 638.

Actor: Gloria Marina Vanegas Castro

Con el mayor respeto y con su venía, me permito adherir al salvamento de voto suscrito por los H. Consejeros Doctores *Clara Forero de Castro*, *Dolly Pedraza de Arenas* y *Joaquín Barreto Ruíz* por cuanto las razones que exponen son las mismas que me llevan a discrepar de la decisión adoptada en la providencia que antecede.

De los señores Consejeros,

Miren de la Lombana de Magyaroff.

Fecha *ut supra*.

RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DE CARÁCTER LABORAL / INDEMNIZACIÓN - Improcedencia / ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / TESORO PUBLICO/ TESORO PUBLICO - Asignaciones

De tal manera que la ficción que conlleva esa decisión judicial no es para efectos de indemnizar sino de restablecer el derecho, es decir, volver las cosas al estado anterior a la expedición del acto declarado nulo, pues no de otra manera se entiende que se decida declarar que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio. O sea, que la decisión judicial implica, como una ficción fáctica pero una realidad jurídica, que el empleado desvinculado a prestado sus servicios durante todo el tiempo cuestionado y en el cargo concreto en el cual fue ilegalmente desvinculado. Por ello se insiste en que la ficción es "para todos los efectos a que haya lugar". Por ejemplo, entre estos efectos se encuentra el de tener ese tiempo como de servicios para la correspondiente pensión de jubilación, frente a lo cual no se entendería que parte de tiempo de servicios necesario para conceder una jubilación estuviera representado no en tiempo propiamente dicho sino en una indemnización. Lo anterior es claramente compatible, por lo demás, nuestro sistema jurídicoadministrativo, que en el artículo 85 del C.C.A., al regular la acción de nulidad y el restablecimiento del derecho establece que la persona que se crea lesionada en un derecho podría pedir tres cosas; que se declare la nulidad del acto administrativo que lesionó su derecho; y que le repare el daño. En consecuencia, si el artículo 64 de la Constitución anterior prohibía y el 128 de la actual prohíbe "desempeñar simultáneamente más de un empleo público" y "recibir más de un asignación que provenga del tesoro público o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley", entendiéndolo por tesoro público el de la Nación, en de las entidades territoriales, el de las descentralizadas, es claro que la persona a quien se ordena pagarle sueldos y prestaciones a título de prestación de servicios por una época coincide total o parcialmente con el desempeño de otro cargo oficial, no puede recibir lo correspondiente a lo ya recibido en virtud de otra asignación oficial, so pena de violar la citada disposición constitucional y las demás normas legales que la desarrollen, salvo que se encuentren en una de las excepciones que expresamente consagra la ley.

SALVAMENTO DE VOTO

Consejero Ponente: Doctor *Libardo Rodríguez Rodríguez* en relación con el fallo de fecha 28 de agosto de 1996.

Referencia: Expediente N° S638.

Actor: Gloria Marina Vanegas Castro.

Ponente: Doctor Carlos A. Orjuela Gongora.

El salvamento de voto del suscrito consejero frente al fallo de la referencia tiene que ver con la rectificación que hace la Sala de la tesis que venía siendo mayoritaria en la Sección Segunda, en cuanto a la orden de efectuar descuentos equivalentes a las sumas recibidas por concepto de salarios y prestaciones de otros cargos oficiales desempeñados entre la fecha de desvinculación y el reintegro, por las siguientes razones:

1. Si de acuerdo con las decisiones que se adoptan en esta clase de fallos, entre ellos el de la referencia, "a título de restablecimiento del derecho, el Municipio de Cúcuta reintegrará a la actora al cargo de Abogado Auxiliar para la Vigilancia Administrativa de la Personería Municipal, o a otro de igual o superior categoría y le reconocerá y pagará todos los sueldos y prestaciones dejados de devengar desde el retiro del servicio como consecuencia de la declaratoria de insubsistencia y hasta el día en que se efectúe el reintegro, con los aumentos o reajustes que haya tenido en ese lapso (ordinal primero del fallo), y se declara "que no existe solución de continuidad en los servicios de la actora a la demandada, para todos los efectos a que haya lugar, por virtud del lapso que medie entre su retiro y el reintegro que se ordene mediante esta providencia" (ordinal quinto del fallo), considero evidente que los sueldos y prestaciones que se ordena pagar no constituyen realmente indemnizaciones sino claras y llanamente lo que allí se dice: sueldos y prestaciones.

2. De tal manera que la ficción que conlleva esa decisión judicial no es para efectos de indemnizar sino de restablecer el derecho, es decir, volver las cosas al estado anterior a la expedición del acto declarado nulo, pues no de otra manera se entiende que se decida declarar que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio. O sea, que la decisión judicial implica, como una ficción fáctica pero una realidad jurídica, que el empleado desvinculado ha prestado sus servicios durante todo el tiempo cuestionado y en el cargo concreto del cual fue ilegalmente desvinculado. Por ello se insiste en que la ficción es "para todos los efectos a que haya lugar". Por ejemplo, entre esos efectos se encuentra el de tener ese tiempo como de servicios para la correspondiente pensión de jubilación, frente a lo cual no se entendería que parte de tiempo de servicios necesario para conceder una jubilación estuviera representado no en tiempo propiamente dicho sino en una indemnización.

3. En el anterior orden de ideas, la indemnización propiamente dicha se refleja en el reajuste y actualización de las sumas correspondientes a los sueldos y prestaciones dejados de recibir *oportunamente*, más las indemnizaciones especiales a que pudiere haber lugar, como la ordenada en el ordinal tercero del fallo, equivalente a sesenta días del último salario devengado.

4. Lo anterior es claramente compatible, por lo demás, nuestro sistema jurídico administrativo, que en el artículo 85 del C.C.A., al regular la acción de nulidad y el restablecimiento del derecho, establece que la persona que se crea lesionada en un derecho podría pedir tres cosas; que se declare la nulidad del acto administrativo que lesionó su derecho; que se le restablezca su derecho y que le repare el daño.

5. En consecuencia, si el artículo 64 de la Constitución anterior prohibía y el 128 de la actual prohíbe "desempeñar simultáneamente más de un empleo público" y "recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley", entendiéndose por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales, el de las descentralizadas, es claro que la persona a quien se ordena pagarle sueldos y prestaciones a título de prestación de servicios por una época coincide total o parcialmente con el desempeño de otro cargo oficial, no puede recibir lo correspondiente a lo ya recibido en virtud de otra asignación oficial, so pena de violar la citada disposición constitucional y las demás normas legales que la desarrollen, salvo que se encuentren en una de las excepciones que expresamente consagra la ley.

Respetuosamente,

Libardo Rodríguez Rodríguez.

Santafé de Bogotá, D.C., nueve de septiembre de mil novecientos noventa y seis.

NOTA DE RELATORIA: A este salvamento de voto se adhiere la doctora Consuelo Sarria Olcos.

SALVAMENTO DE VOTO

Consejero Ponente: Doctora *Consuelo Sarria Olcos*.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.-

Referencia: Expediente S638.

Actor: Gloria Marina Vanegas Castro.

Providencia aprobada en la sesión del 28 de agosto de 1996, Consejero Ponente doctor Carlos A. Orjuela Gongora.

Por cuanto lo expuesto por el doctor *Libardo Rodríguez Rodríguez* en su salvamento de voto que obra a folios 119 a 122, coincide plenamente

con las razones que me llevaron a discrepar de la decisión mayoritaria, me adhiero a los argumentos por él precisados para fundamentar mi desacuerdo con lo decidido en la providencia que antecede.

Consuelo Sarria Olcos

Fecha *ut supra*.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DE CARÁCTER LABORAL / INSUBSISTENCIA / REINTEGRO / SALARIO / PRESTACIONES SOCIALES / TESORO PUBLICO - Asignaciones

La situación descrita conduce a concluir que los sueldos y demás prestaciones recibidos por el interesado en calidad de servidor público en otro cargo o empleo, distinto en el cual fue declarado insubsistente de su nombramiento, durante el que va en la declaratoria de insubsistencia y el reintegro al servicio, deben ser descontados del monto de la condena, como se ordena en la jurisprudencia que ahora se modifica a menos que se inaplique el artículo 128 de la Constitución Política, cuyo texto prescribe que "Nadie podrá ... recibir más de una asignación que provenga del tesoro público ... salvo los casos expresamente determinados en la ley" En el *sub judice*, si se considera como indemnización el restablecimiento del derecho decretado, es evidente que ella estaría constituida por asignaciones o sueldos, por lo cual resultaría incompatible el otorgamiento de dicha indemnización con la percepción de otras asignaciones procedentes del tesoro público. Dado que en el caso examinado, la sentencia no ordena en la parte resolutive el eventual descuento a que se ha hecho referencia, el suscrito magistrado considera que puede presentarse la hipótesis del art 128 de la Constitución, en el sentido de que la actora, de una parte, reciba los sueldos que ha dejado de percibir durante el término del litigio; y, de otra, los del cargo o empleo que durante ese lapso ha podido desempeñar en otra entidad pública. Lo buscado con el decreto del restablecimiento pleno del derecho es el objetivo de que el interesado no sufra perjuicios en sus fuentes de ingresos económicos por causa de un acto ilegal de la Administración. Dicho objetivo se alcanza plenamente, por lo general, con el reconocimiento que tradicionalmente se hacía en materia de sueldos y prestaciones sociales, sumado ello al reintegro al cargo.

INSUBSISTENCIA / REINTEGRO - Efectos / PROVIDENCIA DE CONDENA / DESCUENTO / DOBLE ASIGNACION DEL TESORO PUBLICO

Los sueldos y demás prestaciones recibidos por el interesado en calidad de servidor público en otro cargo o empleo, distinto de aquél en el cual fue declarado insubsistente en su nombramiento, durante el tiempo que va entre la declaratoria de insubsistencia y el reintegro al servicio, deben ser descontados del monto de la condena, como se ordena en la jurisprudencia que ahora se modifica, a menos que se inaplique el artículo 128 de la Constitución Política cuyo texto prescribe que "Nadie podrá . . . recibir más de una asignación que provenga del tesoro público . . . salvo los casos expresamente determinados en la ley" En el *sub judice*, si se considera como indemnización el restablecimiento del derecho decretado, es evidente que ella estaría constituida por asignaciones o sueldos, por lo cual resultaría incompatible el otorgamiento de dicha indemnización con la percepción de otras asignaciones procedentes del tesoro público. Lo buscado con el decreto del restablecimiento pleno del derecho es el objetivo de que el interesado no sufra perjuicios en sus fuentes de ingresos económicos por causa de un acto ilegal de la Administración. Dicho objetivo se alcanza plenamente, por lo general, con el reconocimiento que tradicionalmente se hacía en materia de sueldos y prestaciones sociales, sumado ello al reintegro al cargo.

SALVAMENTO DE VOTO

Consejero Ponente: Doctor *Manuel S. Urueta Ayola* respecto de la sentencia de 28 de agosto de 1996.

Santafé de Bogotá, D.C., dieciseis (16) de septiembre de mil novecientos noventa y seis (1996).

Referencia: Expediente N° 5638.

Actor: Gloria Marina Vanegas Castro.

Magistrado Ponente: Doctor Carlos Orjuela G.

En relación con el fallo de 28 de agosto de 1996, producido en el expediente de la referencia, el suscrito Magistrado expone suscitadamente las razones que lo llevaron a disentir de la tesis mayoritaria, en el siguiente sentido:

1) Las sentencias que resuelven en favor de la parte actora los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, como en el caso *sub judice*, disponen, entre otras cosas, que a la actora se "... le reconocerá y pagará todos los sueldos y prestaciones dejados de devengar desde el retiro del servicio como consecuencia de la declaratoria de insubsistencia y hasta el día en que se efectúe el reintegro, con los aumentos o reajustes que haya tenido en ese lapso", lo que indica que para efectos jurídicos y económicos se utiliza la ficción de que el empleado público nunca ha dejado de serlo. En consecuencia, ese reconocimiento judicial de naturaleza económica en materia de sueldos, primas, vacaciones y demás prestaciones tiene el propósito de restablecer plenamente el derecho vulnerado, como si la persona no hubiera nunca dejado de ser servidor público.

2) La situación descrita conduce a concluir que los sueldos y demás prestaciones recibidos por el interesado en calidad de servidor público en otro cargo o empleo, distinto de aquel en el cual fue declarado insubsistente de su nombramiento, durante el período que va entre la declaratoria de insubsistencia y el reintegro al servicio, deben ser descontados del monto de la condena, como se ordena en la jurisprudencia que ahora se modifica a menos que se inaplique el artículo 128 de la Constitución Política, cuyo texto prescribe que "Nadie podrá . . . recibir más de una asignación que provenga del tesoro público . . . salvo los casos expresamente determinados en la ley" En el *sub judice*, si se considera como indemnización el restablecimiento del derecho decretado, es evidente que ella estaría constituida por asignaciones o sueldos, por lo cual

resultaría incompatible el otorgamiento de dicha indemnización con la percepción de otras asignaciones procedentes del tesoro público.

3) Dado que en el caso examinado, la sentencia no ordena en la parte resolutive el eventual descuento a que se ha hecho referencia, el suscrito magistrado considera que puede presentarse la hipótesis del art 128 de la Constitución, en el sentido de que la actora, de una parte, reciba los sueldos que ha dejado de percibir durante el término del litigio; y, de otra, los del cargo o empleo que durante ese lapso ha podido desempeñar en otra entidad pública. Lo buscado con el decreto del restablecimiento pleno del derecho es el objetivo de que el interesado no sufra perjuicios en sus fuentes de ingresos económicos por causa de un acto ilegal de la Administración. Dicho objetivo se alcanza plenamente, por lo general, con el reconocimiento que tradicionalmente se hacía en materia de sueldos y prestaciones sociales, sumado ello al reintegro al cargo.

Por las razones expuestas, con el acostumbrado respeto que le merecen las decisiones de la Corporación, el suscrito Magistrado se aparta de la orientación mayoritaria y salva su voto.

Atentamente,

Manuel S. Urueta Ayola.

INSUBSISTENCIA / REINTEGRO - Efectos / SALARIOS DEJADOS DE PERCIBIR / REAJUSTE MONETARIO - Improcedencia

En equidad, el actor tiene el derecho a recuperar su cargo, percibir una suma líquida de dinero a título indemnizatorio que se actualiza y se incrementa como ya se explicó, y la posibilidad de la acción de reparación directa, si por ejemplo la pérdida de su empleo y la remuneración le ocasiona en forma directa la de su vivienda por no atender un crédito hipotecario. No sería equitativo y en cambio desequilibrado prohiar adicionalmente el reajuste monetario de una suma nominal, cuando por lo demás se acepta que el mismo trabajador haya podido laborar con el Estado sin que por ello se entienda que ha percibido dos asignaciones del erario público y por otra parte no se repare en el monto que haya podido devengar a título de salario por sus servicios efectivamente prestados, para efectuar los descuentos pretendidos por quienes sostienen que deberían restarse de la condena las sumas recibidas, pues en tal caso ellas también deberían en igualdad de condiciones ser objeto de reajuste monetario. Un acto injusto o arbitrario que sea no puede tornarse en fuente de inequidad o desequilibrio, o de enriquecimiento sin causa adecuada jurídicamente. No puede olvidarse que en toda relación jurídica subyace una relación económica que es imposible concebir con tratamiento diferente pues, la equidad como máxima expresión de la justicia pasa del razonamiento jurídico abstracto y se hace realidad en las expresiones económicas de los fallos judiciales.

SALVAMENTO DE VOTO

Consejero Ponente: Doctor *Jesús María Carrillo Ballesteros*

Santafé de Bogotá, D.C., octubre diez y ocho (18) de mil novecientos noventa y seis (1996)

Referencia: Expediente N° S638.

Actor: Gloria Marina Vanegas Castro.

El salvamento parcial de voto que el suscrito Consejero fórmula frente a la providencia aprobada mayoritariamente, se relaciona concretamente con la modalidad del cálculo de la retribución económica a que tiene derecho el actor restablecido en el cargo, en virtud de demanda de nulidad y restablecimiento de derecho.

Para este fin, entendemos que la acción de nulidad y de restablecimiento de derecho implica cuando a ello haya lugar, primero la declaratoria de nulidad del acto impugnado y como consecuencia necesaria el restablecimiento del orden jurídico procedente y vigente que determina la ubicación en el cargo para el despedido ilegalmente, y en segundo lugar el denominado "restablecimiento" indica que al actor se le deba en éste caso a título de indemnización una suma que no determinada pero determinable teniendo en cuenta dos factores variables, uno la duración de la desvinculación arbitraria y dos el monto del salario que como se sabe se reajusta anualmente.

Dicho de otra manera, para el caso se estableció normativamente un régimen legislativo y tarifario de responsabilidad a título sancionatorio para indemnizar al despedido injustamente. La suma sanción así fijada se equipara en sus efectos a los que corresponden a la cláusula penal indemnizatoria cuando se pacta con una cuantificación previa aplicable en caso de incumplimiento a una relación contractual, la cual no sabría ser objeto de reajuste monetario. En consecuencia es criterio del Consejero que disiente en este sentido, que quien pretenda perjuicios mayores los solicite y los pruebe independientemente para obtener tal beneficio, y si, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento pura y simple, tiene éxito, obtendrá la restitución en sus funciones y el beneficio de la sanción pecunaria a cargo del Estado igual a una suma nominativa que equivale a los salarios dejados de devengar, sin que haya lugar a reajustes monetario de sumas que debieran reajustarse en su valor histórico y traerse a valor presente.

En equidad, el actor tiene el derecho a recuperar su cargo, percibir una suma líquida de dinero a título indemnizatorio que se actualiza y se incrementa como ya se explicó, y la posibilidad de la acción de reparación directa, si por ejemplo la pérdida de su empleo y con él el de la remuneración le ocasiona en forma directa la de su vivienda por no atender un crédito hipotecario. No sería equitativo y en cambio desequilibrado prohiar adicionalmente el reajuste monetario de una suma nominal, cuando por lo demás se acepta que el mismo trabajador haya podido laborar con el Estado sin que por ello se entienda que ha percibido dos asignaciones del erario público y por otra parte no se repare en el monto que haya podido devengar a título de salario por sus servicios efectivamente prestados, para efectuar los descuentos pretendidos por quienes sostienen que deberían restarse de la condena las sumas recibidas, pues en tal caso ellas también deberían en igualdad de

condiciones ser objeto de reajuste monetario. Un acto injusto o arbitrario que sea no puede tomarse en fuente de inequidad o desequilibrio, o de enriquecimiento sin causa adecuada jurídicamente. No puede olvidarse que en toda relación jurídica subyace una relación económica que es imposible concebir con tratamiento diferente pues, la equidad como máxima expresión de la justicia pasa del razonamiento jurídico abstracto y se hace realidad en las expresiones económicas de los fallos judiciales.

Atentamente,

Jesús María Carrillo Ballesteros.

Fecha y hora de creación: 2024-11-22 00:08:35