Función Pública

Sentencia 638 de 1996 Consejo de Estado

i=3683; i=3683;
PROTECCIÃN A LA MATERNIDAD - RÃ©gimen Aplicable / FUERO POR MATERNIDAD / CONVENIO INTERNACIONAL

Es sabido que la protecciÃ³n en la estabilidad en el empleo para las mujeres trabajadoras tiene su origen, en el orden internacional, en el convenio NÂº 3, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en el mes de junio de 1921, revisado por el NÂº 103 en el aÃ±o de 1952. Estos convenios han tenido una gran trascendencia y han influido notoriamente en nuestra legislaciÃ³n positiva en las ocasiones en que se ha regulado el tema de la maternidad. De igual manera, son significativas las Recomendaciones NÂº 12 y 95 de la OrganizaciÃ³n Internacional del Trabajo, relacionadas con la protecciÃ³n antes y despuÃ©s 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 expediciÃ³n de la Ley 53 de 1938, que consagrÃ³ como derechos de la mujer, entre otros, la licencia remunerada de ocho (8) semanas, las prohibiciÃ³n de su despido al trabajo por motivos de lactancia o embarazo, la indemnizaciÃ³n de sesenta (60) dÃas para la empleada u obrera que sea despedida sin justa causa durante los perÃodos comprendidos entre los tres (3) meses anteriores y posteriores al parto, y por Ãºltimo la licencia remunerada de dos (2) a Cuatro (4) semanas en caso de aborto o parto prematuro de acuerdo con la prescripciÃ³n mÃ©dica. Posteriormente, se extendiÃ³ 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 pÃºblico, mediante el decreto Ley 3135 de 1968 y su reglamentario 1848 de 1969 se estableciÃ³ en el llamado "fuero de maternidad", que consagra la presunciÃ³n legal de que el despido se considera ocasionado por motivos de embarazo o lactancia cuando se produce dentro de determinadas Ã©pocas previstas en la norma y el empleador dispone el retiro de la trabajadora sin haber obtenido la autorizaciÃ³n 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 relaciÃ³n legal y reglamentaria con el organismo oficial respectivo. AsÃ-mismo, la Ley 50 de 1990 ampliÃ³ la protecciÃ³n que ya le habÃa dado a la "madre adoptante" a travÃ©s 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 niÃ±ez y la mujer embarazada. El artÃculo 42, v. gr., dispone que el Estado y la Sociedad deben garantizar la protecciÃ³n integral de la familia; el 43 estatuye que la mujer gozarÃ¡, durante el embarazo y despuÃ©s del parto, de la especial asistencia y protecciÃ³n del Estado y recibirÃ¡ un subsidio alimentario de Ã©ste si para entonces estuviese desempleada o desamparada.

ACTO DE REMOCIÃN - PresunciÃ³n de legalidad / EMPLEADA EMBARAZADA - Acto de remociÃ³n. InversiÃ³n de la carga de la prueba / PRESUNCIÃN DE LEGALIDAD - ExcepciÃ³n / CARGA DE LA PRUEBA – InversiÃ³n, Acto de remociÃ³n de empleada embarazada o lactancia

Los actos administrativos de remociÃ³n se presumen legales, o lo que es igual, estÃ¡n amparados por la "presunciÃ³n de legalidad". Empero, en esos casos excepcionales como el de la empleada en estado de embarazo o lactancia, esa presunciÃ³n 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 prevÃ©n una indemnizaciÃ³n especial de sesenta (60) dÃas de salario, fuera de las demÃ¡s prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar. Por consiguiente, en esta hipÃ³tesis la carga de la prueba de lo contrario corre a cargo de la administraciÃ³n.

NORMA NACIONAL - AplicaciÃ³n analÃ³gica / ANALOGÃA - AplicaciÃ³n / PROTECCIÃN A LA MATERNIDAD / VACIO NORMATIVO

El Decreto 1333 de 1986 —"por el cual se expide el CÃ³digo de rÃ©gimen Municipal"—, permite la aplicaciÃ³n analÃ³gica de las normas del orden nacional frente a los vacÃos que se presenten en materias como Ã©sta, por lo cual es razonable aplicÃ¡rselas a la actora. En ese orden de ideas, es evidente que el artÃculo 21 del Decreto 3135 de 1968, no hace sino repetir lo ya establecido en la Ley 53 de 1938, ArtÃculo 3o. y en el artÃculo 2Â º de la Ley 197 de 1938 que lo modificÃ³, normas estas aplicables en todos los ordenes. Ciertamente, resultarÃa 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 aclarÃ³, son aplicables en el Ã¡mbito territorial.

EMPLEADA EMBARAZADA - Insubsistencia por causa de estado de gravidez / DESVIACIÃN DE PODER - Insusbsistencia de empleada embarazada / REINTEGRO AL SERVICIO - DesviaciÃ³n de poder, insubsistencia de empleada embarazada

La desvinculaciÃ³n por insubsistencia no se produjo en aras del logro del buen servicio pÃºblico sino por causa del estado de gravidez, conducta que como ya se analizÃ³ configura una clara y evidente desviaciÃ³n 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, ademÃ¡s, como lo ha reiterado la CorporaciÃ³n en varios fallos sobre estas materias, no consiste Ãºnicamente en el pago de las sumas que le resarzan e indemnicen los perjuicios sufridos como consecuencia de la arbitrariedad de la AdministraciÃ³n PÃºblica, sino que apareja el reintegro al empleo del cual fue ilegalmente separada, a otro de igual o superior jerarquÃa y remuneraciÃ³n, y desde luego, la declaraciÃ³n de que no hay soluciÃ³n de continuidad por virtud del lapso que medie entre el retiro y el reintegro que se dispondrÃ¡.

AJUSTE DE VALOR - AplicaciÃ³n del principio de equidad, indexaciÃ³n / PRINCIPIO DE EQUIDAD - IndexaciÃ³n de sentencia condenatoria / INDEXACIÃN - Principio de equidad

Las sumas que se ordenarÃ¡ pagarle a la actora en este evento deberÃ¡n ser actualizadas mediante la aplicaciÃ³n de los ajustes de valor contemplados en el artÃculo 178 del C.C.A., para lo cual deberÃ¡ aplicarse la fÃ³rmula que ha estructurado la SecciÃ³n Tercera, y que ya ha acogido y utilizado en otros casos la SecciÃ³n Segunda. En efecto, es incuestionable que la inflaciÃ³n que viene padeciendo nuestra economÃa, reflejo de un fenÃ³meno que es mundial, produce una pÃ©rdida notoria de la capacidad adquisitiva de la moneda, por manera que ordenar hoy el pago de esas cantidades por su valor mundial implicarÃa un enriquecimiento sin causa para el Estado y empobrecimiento correlativo para la actora. Por consiguiente, en aras de la aplicaciÃ³n del principio de equidad contemplado en el artÃculo 230 de la carta Fundamental y de las disposiciones legales que se relacionan con este tema, es indispensable que se ordene la "indexaciÃ³n" de esos valores, para que el restablecimiento del derecho sea completo. De suyo, normas como el artÃculo 1626 del CÃ³digo Civil segÃºn el cual "El pago efectivo es la prestaciÃ³n de lo que se debe", y el propio artÃculo 178 del C.C.A., llevan implÃcita la condiciÃ³n de que el resarcimiento sea total e Ãntegro; y es elemental que el deterioro de la moneda debe ser absorbido por el obligado a satisfacer dicha prestaciÃ³n.

SENTENCIA LABORAL CONDENATORIA - Improcedencia de descuentos por razÃ³n de otra vinculaciÃ³n legal y reglamentaria / SENTENCIA CONDENATORIA – Naturaleza, no tiene el carÃ¡cter de asignaciÃ³n salarial / INDEMNIZACIÃN - Compatibilidad con lo devengado por otra relaciÃ³n legal y reglamentaria / DOBLE ASIGNACIÃN DEL TESORO PUBLICO - InterpretaciÃ³n / RESPONSABILIDAD CONEXA - Concepto / RECTIFICACIÃN JURISPRUDENCIAL

La Sala Plena rectifica la tesis que venÃa siendo mayoritaria en la SecciÃ³n Segunda en lo que hace con la orden de efectuar descuentos en casos como Ã©ste, 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 desvinculaciÃ³n y reintegro no tienen el carÃ¡cter de otro "empleo pÃºblico" u otra asignaciÃ³n que provenga del "tesoro pÃºblico" , 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 disposiciÃ³n legal de ninguna clase que le ordene a la jurisdicciÃ³n contencioso administrativa esa clase de pronunciamientos; y es elemental que en esa materia no cabe la aplicaciÃ³n analÃ³gica. f. En el mismo sentido, obsÃ©rvese que el artÃculo 235 del Decreto 1222 de 1986 dispone que los departamentos "repetirÃ¡n 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 idÃ©ntico modo, cabe hacer Ã©nfasis en que el artÃculo 78 del C.C.A., previo la figura de la "responsabilidad conexa", lo que significa que si el funcionario responsable de la remociÃ³n legal es obligado al pago de las condenas no podrÃa hablarse tampoco de un empobrecimiento del Estado. Y de otro lado, el artÃculo 90 de la ConstituciÃ³n PolÃtica de 1991, al disponer que "el Estado responderÃ¡ patrimonialmente por los daÃ±os antijurÃdicos que le sean imputables, causados por la acciÃ³n o la omisiÃ³n de las autoridades pÃºblicas", individualmente refuerza el carÃ¡cter indemnizatorio de las condenas correspondientes, a la par que establece en su inciso segundo la opciÃ³n de repetir contra el funcionario responsable. AsÃ las cosas, es ostensible que no son procedentes los descuentos por razÃ³n de cualquier relaciÃ³n 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, ConsittuciÃ³n PolÃtica 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

SantafÃ© de BogotÃ¡, D.C., agosto veintiocho (28) de julio de mil novecientos noventa y seis (1996).

RadicaciÃ³n nÃºmero: S-638

Actor: GLORIA MARINA VANEGAS CASTROProcede la Sala Plena, a solicitud de su SecciÃ³n Segunda, por importancia del asunto y trascendencia social, a desatar el recurso de apelaciÃ³n 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 CÃºcuta.

LA DEMANDA

La parte actora, obrando en nombre propio, pretende la nulidad de la ResoluciÃ³n NÂº 029 del 10 de abril de 1990 proferida por el Personero Municipal y su Secretaria por la cual se declarÃ³ insubsistente su nombramiento el cargo de Abogado Auxiliar para la vigilancia Administrativa de la PersonerÃa Municipal.

Como consecuencia de la anterior declaraciÃ³n y a tÃtulo de restablecimiento del derecho, solicita se ordene a la demandada el reintegro al mismo cargo que venÃa desempeÃ±ando, o a uno de igual o superior categorÃa, 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 vinculÃ³ 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 PersonerÃa del Municipio de CÃºcuta. el dÃa 10 de abril de 1990 fue declarada insubsistente mediante el acto administrativo objeto de impugnaciÃ³n, decisiÃ³n tomada cuando la AdministraciÃ³n conocÃa del estado de gestaciÃ³n, por aviso tanto verbal como escrito que se le habÃa cursado.

NORMAS VIOLADAS

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

LA SENTENCIA

El Tribunal del conocimiento al desatar la primera instancia (fls. 58-65) denegÃ³ 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 apelaciÃ³n (Fls. 71 a 74) porque consideraba que el juzgador debe interpretar el libelo demandatorio y al tomar alguna decisiÃ³n dar prelaciÃ³n al derecho sustancial frente a las superfluas formalidades.

EL CONCEPTO FISCAL

La Procuradora Novena Delegada ante esta CorporaciÃ³n en escrito visible a folios 87-94, presenta alegato de conclusiÃ³n aduciendo que la sentencia apelada debe prohijarse al compartir el criterio del *a quo* en el sentido de que la actora invocÃ³ equivocadamente los preceptos violados; haciendo hincapiÃ© en el carÃ¡cter de jurisdicciÃ³n 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 atenciÃ³n 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 protecciÃ³n en la estabilidad en el empleo para las mujeres trabajadoras tiene su origen, en el orden internacional, en el convenio NÂº 3, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en el mes de junio de 1921, revisado por el NÂº 103 en el aÃ±o de 1952.

Estos convenios han tenido una gran trascendencia y han influido notoriamente en nuestra legislaciÃ³n positiva en las ocasiones en que se ha regulado el tema de la maternidad. De igual manera, son significativas las Recomendaciones NÂº 12 y 95 de la OrganizaciÃ³n Internacional del Trabajo, relacionadas con la protecciÃ³n antes y despuÃ©s 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 el la vida y desarrollo del ser humano Este amparo arranca en Colombia con la expediciÃ³n de la Ley 53 de 1938, que consagrÃ³ como derechos de la mujer, entre otros, la licencia remunerada de ocho (8) semanas, la prohibiciÃ³n de su despido al trabajo por motivos de lactancia o embarazo, la indemnizaciÃ³n de sesenta (60) dÃas para la empleada u obrera que sea despedida sin justa causa durante los perÃodos comprendidos entre los tres (3) meses anteriores y posteriores al parto, y por Ãºltimo la licencia remunerada de dos (2) a Cuatro (4) semanas en caso de aborto o parto prematuro de acuerdo con la prescripciÃ³n mÃ©dica. Posteriormente, se extendiÃ³ 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 pÃºblico, mediante el decreto Ley 3135 de 1968 y su reglamentario 1848 de 1969 se estableciÃ³ el llamado "fuero de maternidad", que consagra la presunciÃ³n legal de que el despido se considera ocasionado por motivos de embarazo o lactancia cuando se produce dentro de determinadas Ã©pocas previstas en las normas y el empleador dispone el retiro de la trabajadora sin haber obtenido la autorizaciÃ³n 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 relaciÃ³n legal y reglamentaria con el organismo oficial respectivo. AsÃ-mismo, la Ley 50 de 1990 ampliÃ³ la protecciÃ³n que ya le habÃa dado a la "madre adoptante" a travÃ©s 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 niÃ±ez y la mujer embarazada. En el artÃculo 42, v. gr., dispone que el Estado y la Sociedad deben garantizar la protecciÃ³n integral de la familia; el 43 estatuye que la mujer gozarÃ¡, durante el embarazo y despuÃ©s del parto, de la especial asistencia y protecciÃ³n del Estado y recibirÃ¡ un subsidio alimentario de Ã©ste si para entonces estuviese desempleada o desamparada.

Todo este nuevo andamiaje se estructurÃ³ sin perjuicio de la protecciÃ³n a los niÃ±os y a la familia, dispuesta en el capÃtulo de los Derechos Sociales, EconÃ³micos y Culturales, que ratifican esa protecciÃ³n 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 estÃ¡ probado el estado de embarazo, el hecho es conocido por el nominador y el acto de desvinculaciÃ³n no estÃ¡ motivado, Ã©ste se presume legal.

Debe recordarse ademÃ¡s, que el artÃculo 21 del Decreto 3135 de 1968 dispone en su inciso 1Âº que la empleada pÃºblica solo puede ser

removida mediante "resoluciÃ³n motivada del jefe respectivo del organismo" durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto o aborto; y en el inciso 2Âº consagra la presunciÃ³n de "que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo cuando ha tenido lugar dentro de los perÃodos seÃ±alados en el inciso anterior sin las formalidades que el mismo establece". A su vez, el artÃculo 40 del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del anterior, —presunciÃ³n de despido por embarazo—, repite estas previsiones.

Esto es, que en regularmente los actos administrativos de remociÃ³n se presumen legales, o lo que es igual, estÃ¡n amparados por la "presunciÃ³n de legalidad". Empero, en esos casos excepcionales como el de la empleada en estado de embarazo o lactancia, esa presunciÃ³n 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 prevÃ©n una indemnizaciÃ³n especial de sesenta (60) dÃas de salario, fuera de las demÃ¡s prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar. Por consiguiente, en esta hipÃ³tesis la carga de la prueba de lo contrario corre a cargo de la administraciÃ³n.

Es oportuno destacar, de igual manera, que el Decreto 1333 de 1986 — "por el cual se expide el CÃ³digo de RÃ©gimen Municipal"—, permite la aplicaciÃ³n analÃ³gica de las normas del orden nacional frente a los vacÃos que se presenten en materias como Ã©sta, por lo cual es razonable aplicÃ¡rselas a la actora.

En ese orden de ideas, es evidente que el artÃculo 21 del Decreto 3135 de 1968, no hace sino repetir lo ya establecido en la Ley 53 de 1938, ArtÃculo 3o. y en el artÃculo 2Âº de la Ley 197 de 1938 que lo modificÃ³, normas estas aplicables en todos los Ã³rdenes. Ciertamente, resultarÃa 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 aclarÃ³, son aplicables en el Ã¡mbito territorial.

Sentadas las anteriores premisas se ocupa la Sala del anÃ¡lisis del presente caso, asÃ:

La calidad de empleada pÃºblica de libre nombramiento y remociÃ³n (fls. 11, 33 y34) 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 dÃa 10 de abril de 1990 (fls. 12, 13, 14 y16) 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 gestaciÃ³n en que me encuentro y una constancia de hospitalizaciÃ³n 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 declaraciÃ³n de *Nelly Margarita PÃ¡ez Rivera*, que al respecto dice:

"... ese dÃa yo me encontraba con Gloria MarÃa Vanegas, ella fue a buscarme pues se sentÃa enferma, yo la acompaÃ±e (sic) a la PersonerÃa y ella entro (sic) a la PersonerÃa y redactÃ³ una carta (sic) en donde le comunicaba a la Personera doctora Amparo Gelvez su estado de embarazo. Ella se lo comunicÃ³ verbalmente y tambiÃ©n por escrito. Luego saliÃ³ Gloria Marina Vanegas Castro de la PersonerÃa y me pidiÃ³ que la acompaÃ±ara a la Caja de PrevisiÃ³n Departamental para legalizar su situaciÃ³n de embarazo. El mÃ©dico la atendiÃ³ y a la vez le dio una orden de hospitalizaciÃ³n por encontrarla muy enferma. Inmediatamente salimos de la Caja nos fuimos para la PersonerÃa ella entrÃ³ a la PersonerÃa y le entrego (sic) a la doctora Amparo Gelvez la constancia de embarazo y la orden de hospitalizaciÃ³n; yo en ese momento espere (sic) que saliera para acompaÃ±arla a hospitalizarla, pero cuando Gloria MarÃa saliÃ³ estaba llorando y me comento (sic) que la doctora Luz Amparo Gelvez la habÃa tratado mal y le habÃa dicho que por quÃ© le habÃa entregado esa carta donde constaba su embarazo...".

Gloria InÃ©s YaÃ±ez (fls. 48 y 49), quien fuera Secretaria de la doctora *Gloria Vanegas* explica que le prestÃ³ la mÃ¡quina para redactar y escribir la nota de aviso del estado de embarazo, y prosigue asÃ:

"Preguntado: Manifieste al Tribunal, si es cierto que despuÃ©s de haber presentado la notificaciÃ³n a la seÃ±ora Personera Luz Amparo Gelvez, del estado de embarazo la Personera declarÃ³ insubsistente a la doctora Gloria Marina Vanegas Castro del cargo esa misma tarde? ContestÃ³: Si es cierto la declarÃ³ insubsistente pues yo me di cuenta cuando la doctora Gloria Vanegas, recibiÃ³ 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 ademÃ¡s 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 administraciÃ³n procediÃ³ torpemente a declalarla insubsistente mediante un acto administrativo sin motivaciÃ³n.

Debe aÃ±adirse, tambiÃ©n, que en su contestaciÃ³n 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 situaciÃ³n con la del aborto, pues invoca la norma que tiene que ver con esta situaciÃ³n y seÃ±ala que la doctora *Vanegas Castro* no se encontraba dentro de esa hipÃ³tesis; 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 motivaciÃ³n de ninguna clase. Esta

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

Por tanto, se concluye que la desvinculaciÃ³n por insubsistencia no se produjo en aras del logro del buen servicio pÃºblico sino por causa del estado de gravidez, conducta que como ya se analizÃ³ configura una clara y evidente desviaciÃ³n 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, ademÃ¡s, como lo ha reiterado la CorporaciÃ³n en varios fallos sobre estas materias, no consiste Ãºnicamente en el pago de las sumas que le resarzan e indemnicen los perjuicios sufridos como consecuencia de la arbitrariedad de la AdministraciÃ³n PÃºblica, sino que apareja el reintegro al empleo del cual fue ilegalmente separada, a otro de igual o superior jerarquÃa y remuneraciÃ³n, y desde luego, la declaraciÃ³n de que no hay soluciÃ³n de continuidad por virtud del lapso que medie entre el retiro y el reintegro que se dispondrÃ¡.

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

Como ya lo ha seÃ±alado en repetidas oportunidades la CorporaciÃ³n, las sumas que se ordenarÃ¡ pagarle a la actora en este evento deberÃ¡n ser actualizadas mediante la aplicaciÃ³n de los ajustes de valor contemplados en el artÃculo 178 del C.C.A., para lo cual deberÃ¡ aplicarse la fÃ³rmula que ha estructurado la SecciÃ³n Tercera, y que ya ha acogido y utilizado en otros casos la SecciÃ³n Segunda. En efecto, es incuestionable que la inflaciÃ³n que viene padeciendo nuestra economÃa, reflejo de un fenÃ³meno que es mundial, produce una pÃ©rdida notoria de la capacidad adquisitiva de la moneda, por manera que ordenar hoy el pago de esas cantidades por su valor nominal implicarÃa un enriquecimiento sin causa para el Estado y un empobrecimiento correlativo para la actora. Por consiguiente, en aras de la aplicaciÃ³n del principio de equidad contemplado en el artÃculo 230 de la carta Fundamental y de las disposiciones legales que se relacionan con este tema, es indispensable que se ordene la "indexaciÃ³n" de esos valores, para que el restablecimiento del derecho sea completo. De suyo, normas como el artÃculo 1626 del CÃ³digo Civil segÃºn el cual "el pago efectivo es la prestaciÃ³n de lo que se debe", y el propio artÃculo 178 del C.C.A., llevan implÃcita la condiciÃ³n de que el resarcimiento sea total e Ãntegro; y es elemental que el deterioro de la moneda debe ser absorbido por el obligado a satisfacer dicha prestaciÃ³n.

Ahora bien, para liquidar la indexaciÃ³n la entidad demandada deberÃ¡ aplicar la fÃ³rmula que se seÃ±alarÃ¡ en la parte resolutiva de esta providencia de manera escalonada, es decir, que el mes mÃ¡s antiguo tendrÃ¡ una actualizaciÃ³n mayor a la de los subsiguintes, y el mÃ¡s reciente una menor, y como es lÃ³gico, realizando una operaciÃ³n aritmÃ©tica similar en relaciÃ³n con cada aumento o reajuste salarial. O sea, que para ello deberÃ¡ tomar en cuenta los aumentos o reajustes reconocidos o destacados periÃ³dicamente, para deducir la indexaciÃ³n que afecta las sumas causadas mes por mes.

De otra parte, la Sala Plena rectifica la tesis que venÃa siendo mayoritaria en la SecciÃ³n Segunda en lo que hace con la orden de efectuar descuentos en casos como Ã©ste, 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 desvinculaciÃ³n y reintegro no tienen el carÃ¡cter de otro "empleo pÃºblico" u otra asignaciÃ³n que provenga del "tesoro pÃºblico" , 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 lÃcito devengar ambos conceptos porque tienen causas diferentes y ello no estÃ¡ prohibido por la ConstituciÃ³n PolÃtica. En efecto, lo que la Carta prohibe es que una misma persona desempeÃ±e simultÃ¡neamente dos o varios empleos pÃºblicos , y como consecuencia de ello, perciba dos o mÃ¡s salarios; pero si una erogaciÃ³n proviene de la prestaciÃ³n personal del servicio a travÃ©s de una relaciÃ³n legal y reglamentaria, y otra del hecho ilegal de la administraciÃ³n, no cabe dentro de esa hipÃ³tesis la previsiÃ³n de los artÃculos 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 carÃ¡cter indemnizatorio; busca reparar el daÃ±o o perjuicio que le irrogÃ³ el acto nulo que la desvinculÃ³ ilegalmente del servicio. En cambio los salarios y prestaciones que se pudiese haber recibido de otra relaciÃ³n laboral de derecho pÃºblico con el Estado tiene su fuente en la prestaciÃ³n laboral del servicio y constituyen la remuneraciÃ³n por esa actividad personal; en el primer evento se trata de una ficciÃ³n que se desarrolla a travÃ©s de una equivalencia, mientras que en el segundo si se cumple una relaciÃ³n de trabajo completa.

d. Fuera de lo anterior, es menester destacar que no existe disposiciÃ³n legal de ninguna clase que le ordene a la jurisdicciÃ³n contencioso administrativa esa clase de pronunciamientos; y es elemental que en esa materia no cabe la aplicaciÃ³n analÃ³gica. De suyo, el juez no puede crear normas y ordenar dichos descuentos en la parte resolutiva significa crear una disposiciÃ³n no prevista en esos tÃ©rminos en la Carta Fundamental ni en la ley.

e. Por el contrario, en incuestionable que en el caso del ejercicio de un empleo sus emolumentos deben estar previstos en el rubro correspondiente al Presupuesto, —el de gastos—, segÃºn lo dispuesto por el artÃculo 122 de la ConstituciÃ³n PolÃtica. Mientras que las condenas que se imponen a travÃ©s de la sentencia judicial constituyen un crÃ©dito que se incluye en otro rubro del mismo —el de crÃ©ditos Judiciales— por mandato del artÃculo 346 del mismo Estatuto Superior. Es decir, que su naturaleza es diferente, sin la menor duda.

f. En el mismo sentido, obsÃ©rvese que el artÃculo 235 del Decreto 1222 de 1986 —CÃ³digo de RÃ©gimen Departamental— dispone que los departamentos "repetirÃ¡n 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". AsÃmismo, los artÃculos 102 y 297 del Decreto 1333 de 1986, ya traÃdo a colaciÃ³n, contienen una redacciÃ³n similar y hablan de ‘indemnizaciones". O sea, que el propio legislador ha dejado sentado que estos pagos

son indemnizaciones y no una "segunda asignaciÃ³n".

g. De idÃ©ntico modo, cabe hacer Ã©nfasis en que el artÃculo 78 del C.C.A., previo la figura de la "responsabilidad conexa", lo que significa que si el funcionario responsable de la remociÃ³n legal es obligado al pago de las condenas no podrÃa hablarse tampoco de un empobrecimiento del Estado. Y de otro lado, el artÃculo 90 de la ConstituciÃ³n PolÃtica de 1991, al disponer que "el Estado responderÃ¡ patrimonialmente por los daÃ±os antijurÃdicos que le sean imputables, causados por la acciÃ³n o la omisiÃ³n de las autoridades pÃºblicas", individualmente refuerza el carÃ¡cter indemnizatorio de las condenas correspondientes, a la par que establece en su inciso segundo la opciÃ³n de repetir contra el funcionario responsable.

h. AsÃ las cosas, es ostensible que no son procedentes los descuentos por razÃ³n de cualquier relaciÃ³n 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 CasaciÃ³n Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 21 de mayo de 1991, con ponencia del Magistrado doctor *Hugo SuescÃºn 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, asÃ:

"Sin embargo, estima la Sala Plena de CasaciÃ³n laboral que conviene rectificar su anterior criterio y aceptar como correcta la lectura de los preceptos legales que en esta ocasiÃ³n propone la censura, por estimar que este entendimiento, y no el que tradicionalmente se ha hecho, es el que mejor se ajusta al espÃritu protector del derecho laboral y la verdadera intenciÃ³n que se tuvo por el constituyente de 1936 al introducir la modificaciÃ³n que consistiÃ³ en cambiar la palabra Â«sueldoÂ» que venÃa en el primigenio artÃculo 64 de la ConstituciÃ³n de 1886, por la de Â«asignaciÃ³nÂ»".

"En efecto, al mandato original de la ConstituciÃ³n que correspondÃa exactamente al artÃculo 64, era del siguiente tenor:

Â«Nadie podrÃ¡ recibir dos sueldos del tesoro pÃºblico, salvo lo que para casos especiales determinen las leyesÂ».

"La reforma constitucional verificada mediante el Acto Legislativo NÂº 1 de 1936 derogÃ³ expresamente dicho ordenamiento y el artÃculo 23 del acto reformatorio, que correspondiÃ³ al artÃculo 58 de la codificaciÃ³n constitucional de ese aÃ±o, quedÃ³ diciendo lo siguiente:

Â«Nadie podrÃ¡ recibir mÃ¡s de una asignaciÃ³n que provenga del tesoro pÃºblico o de empresas o de instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo las que para casos especiales determinen las leyes. EntiÃ©ndese por tesoro pÃºblico el de la NaciÃ³n, los departamentos y los municipiosÂ».

"Por virtud de la codificaciÃ³n que el constituyente dispuso en 1945, la norma copiada vino nuevamente a ocupar el artÃculo 64 de nuestra Carta PolÃtica, pero sin que para nada se variase su redacciÃ³n.

"Lo primero que debe hacerse, a juicio de la Sala, para determinar cual es el verdadero alcance de la modificaciÃ³n introducida por el artÃculo 23 del Acto Legislativo NÂº 1Âº de 1936 artÃculo 64 de la codificaciÃ³n constitucional entonces vigente, es ubicar contextualmente el precepto cuyo sentido se quiere desentraÃ±ar. Ello permite advertir, a primera vista, que el mismo se encuentra dentro del TÃtulo V que trata de las Â«Ramas del poder pÃºblico y del servicio pÃºblicoÂ».

"El TÃtulo V de la ConstituciÃ³n, en su orden, regula lo atinente a las Â«ramas del poder pÃºblicoÂ» consagrando la clÃ¡sica tridivisiÃ³n de ellas en legislativa, ejecutiva y jurisdiccional, contemplado en sus artÃculos 59 y 60 lo relativo a la vigilancia de la gestiÃ³n fiscal de la AdministraciÃ³n, funciÃ³n de control que le atribuye a la ContralorÃa General de la RepÃºblica y regulando igualmente lo relacionado con las Â«atribucionesÂ», Â«responsabilidad de los funcionariosÂ», y las Â«reglas generalesÂ» sobre la funciÃ³n pÃºblica.

Esta divisiÃ³n de temas que trae el TÃtulo V de la ConstituciÃ³n de sus artÃculos 55 a 67, y dentro del cual Ã©sta comprendido obviamente el 64 cuyo sentido se quiere hoy precisar, sirve para ilustrar al intÃ©rprete acerca del propÃ³sito que anima la prohibiciÃ³n, dispuesta en este Ãºltimo, de recibir mÃ¡s de una asignaciÃ³n proveniente del tesoro pÃºblico o de empresas o de instituciones en que el Estado tenga parte principal, Â«salvo lo que para esos casos especiales determinen las leyesÂ».

"El espÃritu innegable del sano precepto que impide la precepciÃ³n de dos asignaciones del tesoro pÃºblico o que provengan de empresas o de instituciones en que la participaciÃ³n 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 remuneraciÃ³n diferente o adicional a la que reciben como sueldo, sea que dicha asignaciÃ³n adicional revista el carÃ¡cter de honorario, dieta o como quiera denominarse; pero ello no significa que deba extenderse la prohibiciÃ³n constitucional a casos en los cuales no se transgrede esta norma tendiente a mantener la moral en el servicio pÃºblico.

"NÃ³tese cÃ³mo desde el artÃculo 61, precaviendo la concentraciÃ³n indebida de la autoridad a fin de preservar la separaciÃ³n de las ramas del poder pÃºblico en el clÃ¡sico trÃpode en el que descansa nuestro ordenamiento jurÃdico, se prohibe la acumulaciÃ³n, en tiempo de paz, de Â«la autoridad polÃtica o civil y la judicial o la militarÂ». Luego sigue el artÃculo 62 que difiere a la ley de determinaciÃ³n 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 ConstituciÃ³n; las condiciones de ascensos y jubilaciÃ³n y la serie o clase de servicios civiles o militares que dan derecho a pensiÃ³n del tesoro pÃºblico. ContinÃºa el artÃculo 63 ordenando que todos los empleos pÃºblicos deben tener funciones detalladas en la ley o reglamento, para posteriormente establecer la ley fundamental en su artÃculo 64 la prohibiciÃ³n de recibir

mÃ¡s de una asignaciÃ³n proveniente del tesoro pÃºblico.

"Que el objeto de la modificaciÃ³n de la palabra Â«sueldoÂ» por la expresiÃ³n Â«asignaciÃ³nÂ» —mucho mÃ¡s compresiva que la anterior, desde luego— dispuesto por el constituyente de 1936 fue el de evitar la acumulaciÃ³n de cargos remunerados en un mismo funcionario oficial con la consiguiente secuela de moralidad administrativa, resulta de la sola lectura del acta de la ComisiÃ³n Octava del Senado correspondiente a la sesiÃ³n del dÃa 14 de noviembre de 1935, en la que se lee lo siguiente:"

Â«Se dispone, como ahora, que ninguna persona devengarÃ¡ mÃ¡s de un sueldo del tesoro pÃºblico, salvo las excepciones legales. Pero se eleva a categorÃa constitucional el texto legal de que por tesoro pÃºblico se entiende de la NaciÃ³n, 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 Ã©ste el propietario o principal accionista.

Â»El objeto de esta disposiciÃ³n 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.

Â»AnÃ¡loga finalidad persigue el artÃculo nuevo que declara incompatible la investidura parlamentaria con el hecho de ser o haber sido durante cierto tiempo apoderado, agente, asesor o intermediario de compaÃ±Ãa contratista que negocien con la NaciÃ³nÂ» (Reforma Constitucional de 1936, Tomo I, pÃ¡g. 348. ColecciÃ³n Â«Pensadores PolÃticos ColombianosÂ». CÃ¡mara de Representantes)Â».

"El texto propuesto mantenÃa, a semejanza de su homolÃ³go original de la ConstituciÃ³n de 1886, la expresiÃ³n Â«sueldoÂ», y asÃ se mantuvo su redacciÃ³n hasta el 10 de marzo de 1936 cuando en el Informe de la ComisiÃ³n Especial de Reformas Constitucionales de la CÃ¡mara de Representantes para el segundo debate del proyecto de Acto Legislativo Reformatorio de la ConstituciÃ³n , se introdujo la palabra Â«asignaciÃ³nÂ», con el Ãºnico propÃ³sito de Â«hacerlo mÃ¡s comprensivoÂ» y Â«para que no pueda pensarse que excluye la retribuciÃ³n de los congresistasÂ». En lo pertinente la correspondiente acta de la sesiÃ³n de la CÃ¡mara recogiÃ³ asÃ la ameritada propuesta y las razones, segÃºn el ponente, para la variaciÃ³n en la redacciÃ³n del artÃculo. AsÃ se lee:

Â«... ArtÃculo 21. Con el simple cambio de la palabra sueldo por el tÃ©rmino asignaciÃ³n a efecto de hacerlo mÃ¡s compresivo, o para que no pueda pensarse que excluye la retribuciÃ³n de los congresistas, se acoge el artÃculo del Senado, que tuvo su origen en la comisiÃ³n de la CÃ¡mara...Â».

"Y continÃºa el informe explicando que el objeto de la modificaciÃ³n propuesta es el de evitar los Â«vicios que adulteran la democracia y lesionan el buen concepto que los gobernados deben tener de los detentadores del poder pÃºblico, indispensable apoyo moral para el concenso popular a las normas de gobiernoÂ» (ob. cit., pÃ¡g. 270).

"Como se ve, pues, fueron razones de moralizaciÃ³n de la administraciÃ³n y del poder pÃºblico las que llevaron a cambiar la palabra Â«sueldoÂ» por la palabra Â«asignaciÃ³nÂ».

Los lineamientos que siguiÃ³ la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 no sÃ³lo son semejantes a los que trae a colaciÃ³n la providencia transcrita en cuanto a la relaciÃ³n del actual artÃculo 128 de la ConstituciÃ³n PolÃtica, sino que hacen mayor claridad porque su texto reza que "*Nadie podrÃ¡ desempeÃ±ar simultÃ¡neamente mÃ¡s de un empleo pÃºblico ...*", y en este caso es diÃ¡fano que el favorecido con la sentencia no estarÃa desempeÃ±ando al mismo tiempo dos empleos, pues no podrÃa llegarse al extremo de tener la declaraciÃ³n de que no existe soluciÃ³n de continuidad, que es una mera ficciÃ³n, con el mismo alcance y contenido de la prestaciÃ³n real y efectiva del servicio en un cargo. La ficciÃ³n no es mÃ¡s que una apariencia de realidad, aunque con efectos jurÃdicos, que se utiliza como se dijo atrÃ¡s para poder aplicar una equivalencia en lo que hace con la determinaciÃ³n y tasaciÃ³n de los elementos que integran al restablecimiento del derecho.

Finalmente, se dispondrÃ¡ la aplicaciÃ³n de lo dispuesto en el artÃculo 176 del C.C.A.

En mÃ©rito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la RepÃºblica 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 ResoluciÃ³n NÂº 029 del 10 de abril de 1990, proferida por la Personera Municipal de CÃºcuta y su Secretario General por medio de la cual se declarÃ³ insubsistente a *Gloria Marina Vanegas Castro* del cargo de Abogado Auxiliar para la Vigilancia Administrativa de la PersonerÃa Municipal.

Segundo. A tÃtulo de restablecimiento del derecho, el Municipio de CÃºcuta reintegrarÃ¡ a la actora al cargo de Abogado Auxiliar para la Vigilancia Administrativa de la PersonerÃa Municipal o a otro de igual o superior categorÃa y le reconocerÃ¡ y pagarÃ¡ todos los sueldos y prestaciones dejados de devengar desde el retiro del servicio como consecuencia de la declaratoria de insubsistencia y hasta el dÃa en que se efectÃºe el reintegro, con los aumentos o reajustes que haya tenido en ese lapso.

Tercero. El Municipio de CÃºcuta reconocerÃ¡ y pagarÃ¡ a la demandante a tÃtulo de indemnizaciÃ³n especial, una suma equivalente a sesenta

(60) dÃas del Ãºltimo salario devengado.

Cuarto. Las anteriores condenas econÃ³micas serÃ¡n reajustadas y actualizadas en los tÃ©rminos del artÃculo 178 del C.C.A., para lo cual la demandada deberÃ¡ aplicar la siguiente fÃ³rmula:

Indice final

Indice inicial

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histÃ³rico de (RH), que es el dejado de percibir por la demandante por concepto de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciÃ³n especial desde la fecha de su desvinculaciÃ³n, por el guarismo que resulta de dividir el Ãndice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de desvinculaciÃ³n por el Ãndice vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, teniendo en cuenta los aumentos salariales o decretados durante dicho perÃodo como se indicÃ³ en la parte motiva de esta providencia.

Quinto. DECLARASE que no existe soluciÃ³n 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 darÃ¡ aplicar al artÃculo 176 del C.C.A., para lo relacionado con el cumplimiento de esta sentencia.

SÃ©ptimo. DENIEGANSE las demÃ¡s pretensiones de la demanda.

CÃ³piese, notifÃquese, publÃquese en los *Anales del Consejo de Estado*, cÃºmplase y devuÃ©lvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior Providencia la estudiÃ³ y aprobÃ³ la Sala en su sesiÃ³n del dÃa 28 de agosto de 1996.

Daniel SuÃ¡rez HernÃ¡ndez, Presidente;

JoaquÃn Barreto RuÃz, Salva Voto;

Mario Alario Mendez,

Ernesto Rafael Ariza,

GermÃ¡n Ayala Mantilla,

Carlos Bentancur Jaramillo,

JesÃºs M. Carrillo Ballesteros, salva Voto parcialmente;

Julio E. Correa Restrepo,

Miren de la Lombana de Magyaroff, Salva Voto;

Javier DÃaz Bueno,

Silvio Escudero de Castro,

Clara Forero de Castro, Salva Voto;

Delio GÃ³mez Leyva,

Armando GutiÃ©rrez Velasquez,

Luis Eduardo Jaramillo MejÃa,

Juan de Dios Montes HernÃ¡ndez,

Carlos Orjuela Gongora,

Dolly Pedraza de Arenas, Salva Voto;

Juan Alberto Polo Figueroa,

Libardo RodrÃguez RodrÃguez , Salva Voto;

Consuelo Sarria Olcos, Salva Voto;

Manuel. Santiago Urueta Ayola. Salva Voto.

Mercedes Tovar de HerrÃ¡n, Secretaria General.

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

Considerar que el restablecimiento constituye una indemnizaciÃ³n, se traduce en el desconocimiento del artÃculo 85 del CÃ³digo Contencioso Administrativo que regula la "acciÃ³n de nulidad y restablecimiento del derecho", y en la desconceptualizaciÃ³n de la misma. No se puede olvidar que segÃºn el artÃculo 230 de la Carta, los jueces en sus providencias estÃ¡n 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 jurÃdicamente 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 jurÃdica, impone restablecer las cosas al mismo estado que tenÃan cuando fue expedido. El resarcimiento si estÃ¡ dado por la reparaciÃ³n del daÃ±o, que es otra pretensiÃ³n que en los mismos tÃ©rminos del artÃculo 85, puede formular el accionante. Dice la sentencia que no existe disposiciÃ³n legal de ninguna clase que le ordene a la jurisdicciÃ³n contencioso administrativa disponer que se hagan los descuentos. Sin embargo, a nuestro juicio es suficiente que la ley de leyes prohiba la percepciÃ³n simultÃ¡nea de dos o mÃ¡s asignaciones provenientes del tesoro pÃºblico, para que deba ser cumplida rigurosamente por todas las personas residentes en Colombia, incluÃdos los jueces. Por manera, que no es indispensable que haya una ley que habilite a la jurisdicciÃ³n para que ordene el cumplimiento de la Carta. Consideramos que cuando los cÃ³digos del rÃ©gimen 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 "indemnizaciÃ³n" el "restablecimiento del derecho", sino establecer la procedencia de recuperar los dineros pagados por la entidad, como consecuencia de la decisiÃ³n adoptada por Ã©l funcionario emisor del acto, con manifiesta u ostencible violaciÃ³n 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 permaneciÃ³ desvinculado de la administraciÃ³n, y ademÃ¡s, que se le indexen las sumas que desde entonces se le deben, no estÃ¡ 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 percepciÃ³n conjuntamente con otras percibidas en el mismo tiempo y del mismo tesoro pÃºblico, es claramente violatoria de la ConstituciÃ³n nacional.

SALVAMENTO DE VOTO

Consejeros Ponentes: Doctore*s JoaquÃn Barreto RuÃz , Clara Forero de Castro* y *Dolly Pedraza de Arenas.*

SantafÃ© de BogotÃ¡, D.C., septiembre veintitrÃ©s (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 decisiÃ³n de no ordenar los descuentos de lo que la demandante hubiera recibido como asignaciÃ³n del tesoro pÃºblico, 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 artÃculo 64 de la ConstituciÃ³n PolÃtica anterior y el 128 de la actual, nadie podrÃ¡ recibir mÃ¡s de una asignaciÃ³n que provenga del tesoro pÃºblico, a menos que exista ley que lo autorice.

La sentencia para no incurrir en la violaciÃ³n de tal prohibiciÃ³n, dice que lo que se busca es "repara el daÃ±o o perjuicio que le irrogÃ³ el acto nulo" y que en consecuencia, lo que se ordena a pagar a la demandante no es "asignaciÃ³n" sino una "indemnizaciÃ³n", razÃ³n por la cual puede percibirla conjuntamente con las asignaciones que hubiere devengado del tesoro pÃºblico durante el tiempo que permaneciÃ³ desvinculada de la administraciÃ³n; sin embargo es tan equivocada la afirmaciÃ³n, que la sentencia cae en la contradicciÃ³n de ordenar "a tÃtulo de restablecimiento del derecho" el pago de "todos los sueldos y prestaciones dejados de devengar", y ademÃ¡s ordenar la indexaciÃ³n de las sumas teniendo en cuenta su "causaciÃ³n" 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 razÃ³n del restablecimiento del derecho, se entiende servido al Estado.

Todas las disquisiciones que se hacen en la sentencia para concluir que es una indemnizaciÃ³n, lo Ãºnico que indican es el desconocimiento de un principio que en derecho administrativo es elemental: la declaraciÃ³n de nulidad de los actos administrativos de carÃ¡cter particular, trae como consecuencias el restablecimiento de derecho y Ã©ste significa que las cosas vuelven a su estado anterior.

Como desarrollo de este principio, el CÃ³digo Contencioso Administrativo distingue claramente la acciÃ³n de nulidad y restablecimiento del derecho, de la acciÃ³n de reparaciÃ³n directa, en la cual, como no hay lugar a la anulaciÃ³n del acto, se puede demandar directamente la reparaciÃ³n del daÃ±o. Y si bien, respecto de la acciÃ³n de nulidad y el restablecimiento del derecho, previÃ³ la norma que tambiÃ©n se podrÃ¡ pedir que se repare el daÃ±o, ello, antes de significar que "restablecimiento" y "reparaciÃ³n" sean lo mismo, indica la diferencia que hace el legislador entre estas dos nociones, para permitir que cuando haya lugar a ello, ademÃ¡s del restablecimiento del derecho se pueda indemnizar el daÃ±o ocasionado con la expediciÃ³n ilegal del acto.

Considerar que el restablecimiento constituye una indemnizaciÃ³n, se traduce en el desconocimiento del artÃculo 85 del CÃ³digo Contencioso

Administrativo que regula la "acciÃ³n de nulidad y restablecimiento del derecho", y en la desconceptualizaciÃ³n de la misma. No se puede olvidar que segÃºn el artÃculo 230 de la Carta, los jueces en sus providencias estÃ¡n sometidos al imperio de la ley y, que en consecuencia, no pueden ir contra de lo dispuesto por ella.

El restablecimiento del derecho, no es jurÃdicamente 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 jurÃdica, impone restablecer las cosas al mismo estado que tenÃan cuando fue expedido. El resarcimiento si estÃ¡ dado por la reparaciÃ³n del daÃ±o, que es otra pretensiÃ³n que en los mismos tÃ©rminos del artÃculo 85, puede formular el accionante.

Dice la sentencia que no existe disposiciÃ³n legal de ninguna clase que le ordene a la jurisdicciÃ³n contencioso administrativa disponer que se hagan los descuentos. Sin embargo, a nuestro juicio es suficiente que la ley de leyes prohiba la precepciÃ³n simultÃ¡nea de dos o mÃ¡s asignaciones provenientes del tesoro pÃºblico, para que deba ser cumplida rigurosamente por todas las personas residentes en Colombia, incluÃdos los jueces. Por manera, que no es indispensable que haya una ley que habilite a la jurisdicciÃ³n para que ordene el cumplimiento de la Carta.

Consideramos que cuando los cÃ³digos del rÃ©gimen 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 "indemnizaciÃ³n" el "restablecimiento del derecho", sino establecer la procedencia de recuperar los dineros pagados por la entidad, como consecuencia de la decisiÃ³n adoptada por el funcionario emisor del acto, con manifiesta u ostencible violaciÃ³n 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 permaneciÃ³ desvinculado de la administraciÃ³n, y ademÃ¡s, que se le indexen las sumas que desde entonces se le deben, no estÃ¡ 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 percepciÃ³n conjuntamente con otras percibidas en el mismo tiempo y del mismo tesoro pÃºblico, es claramente violatoria de la ConstituciÃ³n Nacional.

Clara Forero de Castro, JoaquÃn Barreto RuÃz, 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 NÂº S 638.

Actor: Gloria Marina Vanegas Castro

Con el mayor respeto y con su venÃa, me permito adherir al salvamento de voto suscrito por los H. Consejeros Doctores *Clara Forero de Castro, Dolly Pedraza de Arenas y JoaquÃn Barreto RuÃz* por cuanto las razones que exponen son las mismas que me llevan a discrepar de la decisiÃ³n adoptada en la providencia que antecede.

De los seÃ±ores Consejeros,

Miren de la Lombana de Magyaroff.

Fecha *ut supra*.

RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DE CARÃCTER LABORAL / INDEMNIZACIÃN - Improcedencia / ACCIÃN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / TESORO PUBLICO/ TESORO PUBLICO - Asignaciones

De tal manera que la ficciÃ³n que conlleva esa decisiÃ³n judicial no es para efectos de indemnizar sino de restablecer el derecho, es decir, volver las cosas al estado anterior a la expediciÃ³n del acto declarado nulo, pues no de otra manera se entiende que se decida declarar que no ha existido soluciÃ³n de continuidad en la prestaciÃ³n del servicio. O sea, que la decisiÃ³n judicial implica, como una ficciÃ³n fÃ¡ctica pero una realidad jurÃdica, 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 ficciÃ³n 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 pensiÃ³n de jubilaciÃ³n, frente a lo cual no se entenderÃa que parte de tiempo de servicios necesario para conceder una jubilaciÃ³n estuviera representado no en tiempo propiamente dicho sino en una indemnizaciÃ³n. Lo anterior es claramente compatible, por lo demÃ¡s, nuestro sistema jurÃdicoadministrativo, que en el artÃculo 85 del C.C.A., al regular la acciÃ³n de nulidad y el restablecimiento del derecho establece que la persona que se crea lesionada en un derecho podrÃa pedir tres cosas; que se declare la nulidad del acto administrativo que lesionÃ³ su derecho; y que le repare el daÃ±o. En consecuencia, si el artÃculo 64 de la ConstituciÃ³n anterior prohibÃa y el 128 de la actual prohibe "desempeÃ±ar simultÃ¡neamente mÃ¡s de un empleo pÃºblico" y "recibir mÃ¡s de un asignaciÃ³n que provenga del tesoro pÃºblico o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley", entendiendo por tesoro pÃºblico el de la NaciÃ³n, en de las entidades territoriales, el de las descentralizadas, es claro que la persona a quien se ordena pagarle sueldos y prestaciones a tÃtulo de prestaciÃ³n de servicios por una Ã©poca

coincide total o parcialmente con el desempeÃ±o de otro cargo oficial, no puede recibir lo correspondiente a lo ya recibido en virtud de otra asignaciÃ³n oficial, so pena de violar la citada disposiciÃ³n constitucional y las demÃ¡s normas legales que la desarrollen, salvo que se encuentren en una de las excepciones que expresamente consagre la ley.

SALVAMENTO DE VOTO

Consejero Ponente: Doctor *Libardo RodrÃguez RodrÃguez* en relaciÃ³n con el fallo de fecha 28 de agosto de 1996.

Referencia: Expediente NÂº 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 rectificaciÃ³n que hace la Sala de la tesis que venÃa siendo mayoritaria en la SecciÃ³n Segunda, en cuanto a la orden de efectuar descuentos equivalentes a las sumas recibidas por concepto de salarios y prestaciones de otros cargos oficiales desempeÃ±ados entre la fecha de desvinculaciÃ³n 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 titulo de restablecimiento del derecho, el Municipio de CÃºcuta reintegrarÃ¡ a la actora al cargo* de Abogado Auxiliar para la Vigilancia Administrativa de la PersonerÃa Municipal, o a otro de igual o superior categorÃa *y le reconocerÃ¡ y pagarÃ¡ todos los sueldos y prestaciones dejados de devengar* desde el retiro del servicio como consecuencia de la declaratoria de insubsistencia y hasta el dÃa en que se efectÃºe el reintegro, *con los aumentos o reajustes que haya tenido en ese lapso* (ordinal *primero* del fallo), y se declara "que *no existe soluciÃ³n 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 allÃ se dice: sueldos y prestaciones.

2. *De tal manera que la ficciÃ³n que conlleva esa decisiÃ³n judicial no es para efectos* de indemnizar sino de restablecer el derecho, es decir, volver las cosas al estado anterior a la expediciÃ³n del acto declarado nulo, pues no de otra manera se entiende que se decida declarar que no ha existido soluciÃ³n de continuidad en la prestaciÃ³n del servicio. O sea, que la decisiÃ³n judicial implica, como una ficciÃ³n fÃ¡ctica pero una realidad jurÃdica, 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 ficciÃ³n 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 pensiÃ³n de jubilaciÃ³n, frente a lo cual no se entenderÃa que parte de tiempo de servicios necesario para conceder una jubilaciÃ³n estuviera representado no en tiempo propiamente dicho sino en una indemnizaciÃ³n.

3. En el anterior orden de ideas, la indemnizaciÃ³n propiamente dicha se refleja en el reajuste y actualizaciÃ³n de las sumas correspondientes a los sueldos y prestaciones dejados de recibir *oportunamente*, mÃ¡s las indemnizaciones especiales a que pudiere haber lugar, como la ordenada en el ordinal *tercero* del fallo, equivalente a sesenta dÃas del Ãºltimo salario devengado.

4. Lo anterior es claramente compatible, por lo demÃ¡s, nuestro sistema jurÃdico administrativo, que en el artÃculo 85 del C.C.A., al regular la acciÃ³n de nulidad y el restablecimiento del derecho, establece que la persona que se crea lesionada en un derecho podrÃa pedir tres cosas; que se declare la nulidad del acto administrativo que lesionÃ³ su derecho; que se le restablezca su derecho y que le repare el daÃ±o.

5. En consecuencia, si el artÃculo 64 de la ConstituciÃ³n anterior prohibÃa y el 128 de la actual prohibe "desempeÃ±ar simultÃ¡neamente mÃ¡s de un empleo pÃºblico" y "recibir mÃ¡s de una asignaciÃ³n que provenga del tesoro pÃºblico o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley", entendiendo por tesoro pÃºblico el de la NaciÃ³n, el de las entidades territoriales, el de las descentralizadas, es claro que la persona a quien se ordena pagarle sueldos y prestaciones a tÃtulo de prestaciÃ³n de servicios por una Ã©poca coincide total o parcialmente con el desempeÃ±o de otro cargo oficial, no puede recibir lo correspondiente a lo ya recibido en virtud de otra asignaciÃ³n oficial, so pena de violar la citada disposiciÃ³n constitucional y las demÃ¡s normas legales que la desarollen, salvo que se encuentren en una de las excepciones que expresamente consagre la ley.

Respetuosamente,

Libardo RodrÃguez RodrÃguez.

SantafÃ© de BogotÃ¡, 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 sesiÃ³n del 28 de agosto de 1996, Consejero Ponente doctor Carlos A. Orjuela Gongora.

Por cuanto lo expuesto por el doctor *Libardo RodrÃguez RodrÃguez* en su salvamento de voto que obra a folios 119 a 122, coincide plenamente con las razones que me llevaron a discrepar de la decisiÃ³n mayoritaria, me adhiero a los argumentos por Ã©l 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 CARÃCTER LABORAL / INSUBSISTENCIA / REINTEGRO / SALARIO / PRESTACIONES SOCIALES / TESORO PUBLICO - Asignaciones

La situaciÃ³n descrita conduce a concluir que los sueldos y demÃ¡s prestaciones recibidos por el interesado en calidad de servidor pÃºblico 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 artÃculo 128 de la ConstituciÃ³n PolÃtica, cuyo texto prescribe que "Nadie podrÃ¡ ... recibir mÃ¡s de una asignaciÃ³n que provenga del tesoro pÃºblico ... salvo los casos expresamente determinados en la ley" En el *sub judice*, si se considera como indemnizaciÃ³n el restablecimiento del derecho decretado, es evidente que ella estarÃa constituÃda por asignaciones o sueldos, por lo cual resultarÃa incompatible el otorgamiento de dicha indemnizaciÃ³n con la percepciÃ³n de otras asignaciones procedentes del tesoro pÃºblico. Dado que en el caso examinado, la sentencia no ordena en la parte resolutiva el eventual descuento a que se ha hecho referencia, el suscrito magistrado considera que puede presentarse la hipÃ³tesis del art 128 de la ConstituciÃ³n, en el sentido de que la actora, de una parte, reciba los sueldos que ha dejado de percibir durante el tÃ©rmino del litigio; y, de otra, los del cargo o empleo que durante ese lapso ha podido desempeÃ±ar en otra entidad pÃºblica. 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 econÃ³micos por causa de un acto ilegal de la AdministraciÃ³n. Dicho objetivo se alcanza plenamente, por lo general, con el reconocimiento que tradicionalmente se hacÃa 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 demÃ¡s prestaciones recibidos por el interesado en calidad de servidor pÃºblico en otro cargo o empleo, distinto de aquÃ©l 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 artÃculo 128 de la ConstituciÃ³n PolÃtica cuyo texto prescribe que "Nadie podrÃ¡ . . . recibir mÃ¡s de una asignaciÃ³n que provenga del tesoro pÃºblico . . . salvo los casos expresamente determinados en la ley" En el *sub judice*, si se considera como indemnizaciÃ³n el restablecimiento del derecho decretado, es evidente que ella estarÃa constituÃda por asignaciones o sueldos, por lo cual resultarÃa incompatible el otorgamiento de dicha indemnizaciÃ³n con la percepciÃ³n de otras asignaciones procedentes del tesoro pÃºblico. 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 econÃ³micos por causa de un acto ilegal de la AdministraciÃ³n. Dicho objetivo se alcanza plenamente, por lo general, con el reconocimiento que tradicionalmente se hacÃa 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.

SantafÃ© de BogotÃ¡, D.C., dieciseis (16) de septiembre de mil novecientos noventa y seis (1996).

Referencia: Expediente NÂº S638.

Actor: Gloria Marina Vanegas Castro.

Magistrado Ponente: Doctor Carlos Orjuela G.

En relaciÃ³n con el fallo de 28 de agosto de 1996, producido en el expediente de la referencia, el suscrito Magistrado expone suscintamente 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 carÃ¡cter laboral, como en el caso *sub judice*, disponen, entre otras cosas, que a la actora se "... le reconocerÃ¡ y pagarÃ¡ todos los sueldos y prestaciones dejados de devengar desde el retiro del servicio como consecuencia de la declaratoria de insubsistencia y hasta el dÃa en que se efectÃºe el reintegro, con los aumentos o reajustes que haya tenido en ese lapso", lo que indica que para efectos jurÃdicos y econÃ³micos se utiliza la ficciÃ³n de que el empleado pÃºblico nunca ha dejado de serlo. En consecuencia, ese reconocimiento judicial de naturaleza econÃ³mica en materia de sueldos, primas, vacaciones y demÃ¡s prestaciones tiene el propÃ³sito de restablecer plenamente el derecho vulnerado, como si la persona no hubiera nunca dejado de ser servidor pÃºblico.

2) La situaciÃ³n descrita conduce a concluir que los sueldos y demÃ¡s prestaciones recibidos por el interesado en calidad de servidor pÃºblico en otro cargo o empleo, distinto de aquel en el cual fue declarado insubsistente de su nombramiento, durante el perÃodo 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 artÃculo 128 de la ConstituciÃ³n PolÃtica, cuyo texto prescribe que "Nadie podrÃ¡ . . . recibir mÃ¡s de una asignaciÃ³n que provenga del tesoro pÃºblico . . . salvo los casos expresamente determinados en la ley" En el *sub judice*, si se considera como indemnizaciÃ³n el restablecimiento del derecho decretado, es evidente que ella estarÃa constituÃda por asignaciones o sueldos, por lo cual resultarÃa incompatible el otorgamiento de dicha indemnizaciÃ³n con la percepciÃ³n de otras asignaciones procedentes del tesoro pÃºblico.

3) Dado que en el caso examinado, la sentencia no ordena en la parte resolutiva el eventual descuento a que se ha hecho referencia, el suscrito magistrado considera que puede presentarse la hipÃ³tesis del art 128 de la ConstituciÃ³n, en el sentido de que la actora, de una parte, reciba los sueldos que ha dejado de percibir durante el tÃ©rmino del litigio; y, de otra, los del cargo o empleo que durante ese lapso ha podido desempeÃ±ar en otra entidad pÃºblica. 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 econÃ³micos por causa de un acto ilegal de la AdministraciÃ³n. Dicho objetivo se alcanza plenamente, por lo general, con el reconocimiento que tradicionalmente se hacÃa 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 CorporaciÃ³n, el suscrito Magistrado se aparta de la orientaciÃ³n 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 liquida de dinero a tÃtulo indemnizatorio que se actualiza y se incrementa como ya se explicÃ³, y la posibilidad de la acciÃ³n de reparaciÃ³n directa, si por ejemplo la pÃ©rdida de su empleo y la remuneraciÃ³n le ocasiona en forma directa la de su vivienda por no atender un crÃ©dito hipotecario. No serÃa equitativo y en cambio desequilibrado prohijar adicionalmente el reajuste monetario de una suma nominal, cuando por lo demÃ¡s 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 pÃºblico y por otra parte no se repare en el monto que haya podido devengar a tÃtulo de salario por sus servicios efectivamente prestados, para efectuar los descuentos pretendidos por quienes sostienen que deberÃan restarse de la condena las sumas recibidas, pues en tal caso ellas tambiÃ©n deberÃan 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 jurÃdicamente. No puede olvidarse que en toda relaciÃ³n jurÃdica subyace una relaciÃ³n econÃ³mica que es imposible concebir con tratamiento diferente pues, la equidad como mÃ¡xima expresiÃ³n de la justicia pasa del razonamiento jurÃdico abstracto y se hace realidad en las expresiones econÃ³micas de los fallos judiciales.

SALVAMENTO DE VOTO

Consejero Ponente: Doctor *JesÃºs MarÃa Carrillo Ballesteros*

SantafÃ© de BogotÃ¡, D.C., octubre diez y ocho (18) de mil novecientos noventa y seis (1996)

Referencia: Expediente NÂº S638.

Actor: Gloria Marina Vanegas Castro.

El salvamento parcial de voto que el suscrito Consejero fÃ³rmula frente a la providencia aprobada mayoritariamente, se relaciona concretamente con la modalidad del cÃ¡lculo de la retribuciÃ³n econÃ³mica 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 acciÃ³n 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 jurÃdico procedente y vigente que determina la ubicaciÃ³n en el cargo para el despedido ilegalmente, y en segundo lugar el denominado "restablecimiento" indica que al actor se le deba en Ã©ste caso a tÃtulo de indemnizaciÃ³n una suma que no determinada pero determinable teniendo en cuenta dos factores variables, uno la duraciÃ³n de la desvinculaciÃ³n arbitraria y dos el monto del salario que como se sabe se reajusta anualmente.

Dicho de otra manera, para el caso se estableciÃ³ normativamente un rÃ©gimen legislativo y tarifario de responsabilidad a tÃtulo sancionatorio para indemnizar al despedido injustamente. La suma sanciÃ³n asÃ fijada se equipara en sus efectos a los que corresponden a la clÃ¡usula penal indemnizatoria cuando se pacta con una cuantificacion previa aplicable en caso de incumplimiento a una relaciÃ³n contractual, la cual no sabrÃa 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 acciÃ³n de nulidad y restablecimiento pura y simple, tiene Ã©xito, obtendrÃ¡ la restituciÃ³n en sus funciones y el beneficio de la sanciÃ³n 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 histÃ³rico y traerse a valor presente.

En equidad, el actor tiene el derecho a recuperar su cargo, percibir una suma liquida de dinero a tÃtulo indemnizatorio que se actualiza y se

incrementa como ya se explicÃ³, y la posibilidad de la acciÃ³n de reparaciÃ³n directa, si por ejemplo la pÃ©rdida de su empleo y con Ã©l el de la remuneraciÃ³n le ocasiona en forma directa la de su vivienda por no atender un crÃ©dito hipotecario. No serÃa equitativo y en cambio desequilibrado prohijar adicionalmente el reajuste monetario de una suma nominal, cuando por lo demÃ¡s 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 pÃºblico y por otra parte no se repare en el monto que haya podido devengar a tÃtulo de salario por sus servicios efectivamente prestados, para efectuar los descuentos pretendidos por quienes sostienen que deberÃan restarse de la condena las sumas recibidas, pues en tal caso ellas tambiÃ©n deberÃan 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 jurÃdicamente. No puede olvidarse que en toda relaciÃ³n jurÃdica subyace una relaciÃ³n econÃ³mica que es imposible concebir con tratamiento diferente pues, la equidad como mÃ¡xima expresiÃ³n de la justicia pasa del razonamiento jurÃdico abstracto y se hace realidad en las expresiones econÃ³micas de los fallos judiciales.

Atentamente,

JesÃºs MarÃa Carrillo Ballesteros.

Fecha y hora de creación: 2024-05-14 14:49:11