



Sentencia 01573 de 2008 Consejo de Estado

ACTO ADMINISTRATIVO

PROTECCION A LA MATERNIDAD - Amparo constitucional. Normas aplicables

Por mandato Constitucional, durante el embarazo y después del parto la mujer goza de la asistencia y protección del Estado. Inherente a esta protección a la mujer en estado de gravidez se encuentran los derechos de los niños, todos de linaje constitucional fundamental. Y qué decir del perentorio mandato constitucional, según el cual, el Estado reconoce sin discriminación alguna la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad. Estos no son conceptos muertos, constituyen nada menos que los principios o dogmas, sobre los cuales se edifica el Estado Social de Derecho que nos rige. El artículo 21 del Decreto 3135 de 1968 y los artículos 39, 40 y 41 del Decreto 1848 de 1969 establecen el régimen de protección a la maternidad contemplan precisos derechos para la mujer embarazada, y la prohibición de despido de su trabajo por motivos de lactancia o embarazo, y consagran la presunción de que el acto de retiro de la mujer durante su embarazo o en el período de lactancia tiene como causa dicho estado, presunción ésta que por no ser de derecho admite prueba en contrario. Así mismo la ley protege a la mujer en estado de embarazo, aun si su nombramiento tiene el carácter de provisional, pues en tal evento su nombramiento debe ser prorrogado hasta los tres meses posteriores a la fecha del parto, pues de acuerdo con la Ley 443 de 1998, que se encontraba vigente para la fecha de expedición del acto acusado, esto es el 29 de junio de 2001, respecto del retiro de mujeres en estado de embarazo indica (.).

FUENTE FORMAL: DECRETO 3135 DE 1968 - ARTICULO 21 / DECRETO 1848 DE 1969 - ARTICULOS 39 / DECRETO 1848 DE 1969 - ARTICULO 40 - DECRETO 1848 DE 1969 - ARTICULO 41 / LEY 443 DE 1998

INSUBSISTENCIA DE EMPLEADA DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION - Improcedencia por vulneración de las normas sobre protección a la maternidad / EMBARAZO - Protección. Conocimiento de la entidad nominadora / FUERO MATERNO - Prevalencia. Prohibición de retiro del servicio / PROTECCION A LA MATERNIDAD - Vulneración de éstas normas de insubsistencia de empleada en estado de gravidez / REINTEGRO - Procedencia

La empleada en estado de embarazo que se encuentre vinculada a la administración en virtud de nombramiento en provisionalidad, no puede ser retirada sino hasta tres meses después del parto o una vez vencida la licencia remunerada. En primer lugar se tiene que la actora estaba nombrada en calidad de provisional en un cargo de carrera administrativa, pues no se observa en el plenario prueba alguna sobre su inscripción en carrera administrativa. A folios 12 y 13 del expediente obra la comunicación de fecha 10 de mayo de 2001, dirigida al Secretario de Planeación y Obras Públicas, en la cual la señora Anays Brid González le informó sobre su estado de gravidez, para lo cual adjunta copia del examen de laboratorio que le fue practicado (.). Por lo anterior no cabe duda de que la señora Anays Brid González vinculada a la administración mediante nombramiento provisional, gozaba de la protección legal y constitucional de la mujer en embarazo, es decir, gozaba de fuero materno del orden Constitucional que prevalecía sobre cualquier otro derecho. En este orden de ideas, el nominador no podía ejercer válidamente la potestad de libre nombramiento y remoción para desvincular a la demandante, ya que está demostrado que se encontraba en estado de gravidez al momento en que se expidió la decisión de retiro y que además la administración conocía previamente dicha situación, pues no se desvirtuó la presunción según la cual el retiro de la actora tuvo lugar en razón a su estado de embarazo (artículo 21 del Decreto 3135 de 1968 y artículos 39, 40 y 41 del Decreto 1848 de 1969). En consecuencia, el retiro de Anays Brid González, en los términos ya indicados, fue contrario al mandato contenido en el artículo 43 de la Constitución Política, invocado en la demanda, que ordena que la mujer no puede ser sometida a ninguna clase de discriminación, y “durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviera desempleada o desamparada”; mandato que encuentra cabal cumplimiento en las disposiciones legales que consagran una especial protección para la mujer en estado de embarazo. De igual manera, se incurrió en violación del precepto consagrado en el artículo 21 del Decreto 3135 de 1968 el cual dispone que durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto sólo podrá efectuarse el retiro por justa causa comprobada por resolución motivada. Sin tales formalidades se presume que el retiro se ha efectuado por motivo del embarazo. En consecuencia, por no encontrarse ajustada a derecho, la Sala revocará la decisión del Tribunal Administrativo que denegó las pretensiones de la demanda. En su lugar, declarará la nulidad del Decreto 0129 de 29 de junio de 2001, en cuanto suprimió el cargo que venía desempeñando la actora.

FUENTE FORMAL: DECRETO 3135 DE 1968 - ARTICULO 21 / DECRETO 1848 DE 1969 - ARTICULO 39 / DECRETO 1848 DE 1969 - ARTICULO 40 / DECRETO 1848 DE 1969 - ARTICULO 41 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 43

RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Reintegro y pago de emolumentos / DESCUENTO EN SENTENCIA DE CONDENA LABORAL - De lo percibido por concepto de salarios en otras entidades públicas. Antecedente jurisprudencial / SENTENCIA DE CONDENA LABORAL - En caso de reintegro y pago de salarios y prestaciones debe deducirse indexado el valor reconocido a título de indemnización

Sobre el restablecimiento del derecho, y en consideración a la presunción legal para el caso de la licencia de maternidad y el fuero por la misma situación, y en atención a las consideraciones de la Corte Constitucional en sentencia C-490 de 1997, la anulación del acto tiene los efectos de retrotraer la situación al estado anterior, ello implica necesariamente el reintegro al cargo que ocupaba y el pago de todos los emolumentos dejados de percibir hasta su reintegro, así como al pago de una indemnización equivalente a 60 días de salario y las 12 semanas de descanso remunerado, en los términos del artículo 21 del Decreto 3135 de 1968 (.). No pasa la Sala por inadvertido que en los asuntos en los cuales se ha declarado la nulidad de actos de retiro del servicio y al disponer el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir, se venía ordenando el descuento por lo que el afectado hubiera podido recibir por concepto de una asignación del tesoro público durante la época que hubiera permanecido retirado. Sin embargo en reciente pronunciamiento la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo rectificó tal criterio en el sentido de no ordenar los aludidos descuentos. En efecto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 29 de enero de 2008, actor Amparo Mosquera Martínez, con ponencia del Dr. Jesús María Lemos Bustamante, se refirió al tema de los descuentos (.). Por lo anterior, de las sumas que resulten a favor de la parte actora, no se descontará lo que haya percibido por el ejercicio de otro empleo público, durante el lapso que abarca la condena.

FUENTE FORMAL: DECRETO 3135 DE 1968 - ARTICULO 21

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION A

Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de junio de dos mil ocho (2008)

Rad. No: 70001-23-31-000-2001-01573-01(2455-07)

Actor: ANAYS BRID GONZALEZ

Demandado: MUNICIPIO DE SANTIAGO DE TOLU

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 9 de agosto de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre.

ANTECEDENTES

La señora ANAYS BRID GONZÁLEZ, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, solicitó que se declare la nulidad del Decreto No. 0129 de 29 de junio de 2001 por el cual se estableció la estructura orgánica de la Administración del Municipio de Santiago de Tolú, expedido por el Alcalde municipal, en cuanto suprimió el cargo que venía desempeñando como Coordinadora de Planeación y Promoción Turística, así como su respectiva comunicación.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicitó el reintegro en el cargo que ocupaba o a otro de igual o superior categoría, y el pago de los sueldos y demás emolumentos dejados de percibir hasta su reintegro. Que se dé cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

HECHOS

En síntesis se relataron los siguientes:

Anays Brid González, se vinculó al municipio el 19 de diciembre de 2000, como Jefe de Turismo Municipal.

El 10 de mayo de 2001 en escrito dirigido a su jefe inmediato, el Secretario de Planeación de Obras Públicas, la actora informó sobre su estado de embarazo, adjuntando copia del resultado del examen de sangre que le fue practicado.

Posteriormente sin que hubiera existido una resolución motivada, por oficio de 29 de junio de 2001, se le comunicó su retiro del servicio, en virtud de la supresión del cargo que venía desempeñando, dispuesto por el Decreto No. 0129 de 29 de junio de 2001, y luego de su retiro le fueron reconocidas y pagadas las sumas correspondientes a cesantías definitivas y prestaciones sociales.

Señaló que la comunicación de supresión se refiere al cargo de Coordinadora de Planeación y Promoción Turística, cuando en realidad ella había sido nombrada como Jefe de Turismo Municipal por Decreto No. 254 de 18 de diciembre de 2000.

CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Indicó la actora que el acto demandado fue expedido en forma irregular, pues al encontrarse en estado de embarazo la ley le brindaba especial protección frente al retiro, sin importar si se encontraba inscrita o no en el régimen de carrera administrativa.

Lo anterior teniendo en cuenta que en términos generales las decisiones discrecionales adoptadas por la administración no requieren de motivación adicional, pero en casos excepcionales como en aquellos en los que la ley y la Constitución prescriben una protección especial, sí deben expresarse las razones que llevaron a su expedición.

De otra parte indicó que el cargo suprimido no era el de la demandante pues ella fue nombrada como Jefe de Turismo Municipal, y que las funciones que ella venía desempeñando subsistieron en la nueva planta a cargo del Profesional Universitario Turismo.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Sucre declaró no probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa y no haber demandado el acto correspondiente y negó las pretensiones de la demanda.

Consideró que el hecho de que en la demanda no se hubieran indicado con precisión las normas violadas, como lo ordena el numeral 4° del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, solamente aduce la violación de preceptos constitucionales, argumentos que no resultan suficientes para desvirtuar la presunción de legalidad del acto acusado.

EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante (fl. 139 y s.s.), interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia por lo que insistió en los argumentos contenidos en la demanda y agregó que la ley laboral establece que una vez enterada la administración del embarazo de una trabajadora, y ella es despedida, existe una presunción legal según la cual el despido se dio en razón a su estado, presunción que en este caso no fue desvirtuada por la demanda.

Para resolver, se

CONSIDERA

El presente asunto se contrae a establecer la legalidad del Decreto No. 0129 de 29 de junio de 2001, expedido por el Alcalde del Municipio de Santiago de Tolú, por el cual se estableció la estructura orgánica de la Administración del municipio, en cuanto suprimió el cargo que venía desempeñando la actora como Coordinadora de Planeación y Promoción Turística, así como su respectiva comunicación.

El juzgador de primera instancia desestimó las pretensiones, pues a su entender, el apoderado de la actora se limitó a señalar como infringidas “... *normas constitucionales, respecto de las cuales expresó su concepto en forma deficiente...*”, y los actos acusados tuvieron su sustento jurídico en otros fundamentos que se debieron demostrar para desvirtuar la presunción de legalidad que los ampara y en la demanda ni siquiera se hace referencia alguna de ellas.

Respecto del planteamiento anterior la Sala advierte que en el razonamiento expuesto en la demanda para controvertir el acto de retiro acusado se afirma que “... *la Administración Municipal de Santiago de Tolú sabía y conocía con mucha anterioridad el estado de embarazo de ANAYS BRID GONZÁLEZ y sin embargo procedió de manera olímpica y simple a desvincularla, desconociendo y omitiendo de un tajo las normas constitucionales y legales, como también los tratados internacionales que de manera excepcional debía aplicarse a esta clase de actos administrativos.*”

Más adelante en la demanda, se expresa que la mujer en embarazo conforma una categoría especial, que por su situación, resulta acreedora de una particular protección del Estado, conclusión que se deriva de una interpretación sistemática de los artículos 13, 16, 42, 43, 44 y 53 de la Constitución según los cuales la mujer embarazada “...*ocupa un lugar preferente en la sociedad que debe ser garantizado por el Estado...*”

Para la Sala el razonamiento anterior satisface la exigencia indicada en el numeral 4° del artículo 137 del C.C.A. que echó de menos el juzgador de primera instancia y le sirvió de fundamentación para denegar las súplicas de la demanda.

En efecto, si bien en la demanda no se expuso en el orden que hubiera sido deseado el catálogo de las normas violadas, la explicación del concepto de su trasgresión, y la normatividad que gobierna la figura de la supresión de cargos, no podría el juzgador pasar por inadvertido que se le estaba sometiendo a su consideración la protección de una situación que goza de trato especialísimo, no solo por mandato legal, sino Constitucional y en tratados internacionales.

Por mandato Constitucional, durante el embarazo y después del parto la mujer goza de la asistencia y protección del Estado. Inherente a esta protección a la mujer en estado de gravidez se encuentran los derechos de los niños, todos de linaje constitucional fundamental. Y qué decir del perentorio mandato constitucional, según el cual, el Estado reconoce sin discriminación alguna la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.

Estos no son conceptos muertos, constituyen nada menos que los principios o dogmas, sobre los cuales se edifica el Estado Social de

Derecho que nos rige.

El artículo 21 del Decreto 3135 de 1968 y los artículos 39, 40 y 41 del Decreto 1848 de 1969 establecen el régimen de protección a la maternidad contemplan precisos derechos para la mujer embarazada, y la prohibición de despido de su trabajo por motivos de lactancia o embarazo, y consagran la presunción de que el acto de retiro de la mujer durante su embarazo o en el período de lactancia tiene como causa dicho estado, presunción ésta que por no ser de derecho admite prueba en contrario.

Así mismo la ley protege a la mujer en estado de embarazo, aun si su nombramiento tiene el carácter de provisional, pues en tal evento su nombramiento debe ser prorrogado hasta los tres meses posteriores a la fecha del parto, pues de acuerdo con la Ley 443 de 1998, que se encontraba vigente para la fecha de expedición del acto acusado, esto es el 29 de junio de 2001, respecto del retiro de mujeres en estado de embarazo indica:

“ARTÍCULO 62º.- Protección a la maternidad. Cuando un cargo de carrera se encuentre provisto con una empleada en estado de embarazo mediante nombramiento provisional o en período de prueba, el término de duración de éstos se prorrogará automáticamente por tres meses más después de la fecha del parto.

Cuando una empleada de carrera, en estado de embarazo obtenga calificación de servicios no satisfactoria, la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento se producirá dentro de los ocho (8) días calendario siguientes al vencimiento de la licencia de maternidad.

Cuando por razones del buen servicio deba suprimirse un cargo ocupado por una empleada de carrera, en estado de embarazo, y no fuere posible su incorporación en otro igual o equivalente, además de la indemnización a que tendría derecho, deberá pagársele, a título de indemnización por maternidad, el valor de las doce (12) semanas de descanso remunerado a que se tiene derecho como licencia de maternidad.

PARÁGRAFO. En todos los casos y para los efectos del presente artículo, la empleada deberá dar aviso oportuno, por escrito, al nominador con la presentación de la certificación médica de su estado de embarazo.”

En el mismo sentido el Decreto 1572 de 1998 establece:

“ARTICULO 5. La provisión de los empleos de carrera a través del encargo o del nombramiento provisional no podrá ser superior a cuatro (4) meses, salvo en los siguientes casos:

(...)

5. En caso de vacancia definitiva del empleo, cuando éste se encuentre provisto mediante nombramiento provisional con una empleada en estado de embarazo; en este evento, el término de duración de la provisionalidad se prorrogará automáticamente y culminará tres (3) meses después de la fecha del parto o una vez vencida la licencia remunerada, cuando en el curso del embarazo se presente aborto o parto prematuro no viable. Cuando se trate de adopción, el término del nombramiento provisional culminará tres (3) meses después de la fecha de la entrega del menor de 7 años. En estos eventos, el concurso convocado continuará su curso y el nombramiento de quien ocupe el primer puesto será efectuado una vez venza el término de la provisionalidad.

De las anteriores previsiones se concluye que la empleada en estado de embarazo que se encuentre vinculada a la administración en virtud de nombramiento en provisionalidad, no puede ser retirada sino hasta tres meses después del parto o una vez vencida la licencia remunerada.

Del caso concreto

En primer lugar se tiene que la actora estaba nombrada en calidad de provisional en un cargo de carrera administrativa, pues no se observa en el plenario prueba alguna sobre su inscripción en carrera administrativa.

A folios 12 y 13 del expediente obra la comunicación de fecha 10 de mayo de 2001, dirigida al Secretario de Planeación y Obras Públicas, en la cual la señora Anays Brid González le informó sobre su estado de gravidez, para lo cual adjunta copia del examen de laboratorio que le fue practicado.

Frente al anterior documento la entidad demandada propuso tacha de falsedad, y solicitó se escuchara en declaración juramentada a los señores Lizardo Navarro quien era el secretario de planeación y Yony Richar Torres, diligencia a la que no comparecieron (folios 94 y 95).

En el mismo sentido a folios 98 y 99, se encuentra el certificado de registro civil de nacimiento y copia del certificado de nacimiento de la hija de la actora, donde consta que el mismo tuvo lugar el 27 de diciembre de 2001, documentos que no fueron tachados por la demandada. Teniendo en cuenta esta fecha y en aplicación de la presunción de concepción de que trata el artículo 92 del Código Civil¹, se corrobora que para la fecha de retiro la demandante ya se encontraba embarazada.

Obra a folio 44 copia de de (sic) la comunicación de 29 de junio de 2001, por la cual se le informó la supresión del cargo que venía desempeñando en la entidad y su consecuente retiro del servicio.

Por lo anterior no cabe duda de que la señora Anays Brid González vinculada a la administración mediante nombramiento provisional, gozaba de la protección legal y constitucional de la mujer en embarazo, es decir, gozaba de fuero materno del orden Constitucional que prevalecía sobre cualquier otro derecho.

En este orden de ideas, el nominador no podía ejercer válidamente la potestad de libre nombramiento y remoción para desvincular a la demandante, ya que está demostrado que se encontraba en estado de gravidez al momento en que se expidió la decisión de retiro y que además la administración conocía previamente dicha situación, pues no se desvirtuó la presunción según la cual el retiro de la actora tuvo lugar en razón a su estado de embarazo (artículo 21 del Decreto 3135 de 1968 y artículos 39, 40 y 41 del Decreto 1848 de 1969).

En consecuencia, el retiro de Anays Brid González, en los términos ya indicados, fue contrario al mandato contenido en el artículo 43 de la Constitución Política, invocado en la demanda, que ordena que la mujer no puede ser sometida a ninguna clase de discriminación, y *“durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviera desempleada o desamparada”*; mandato que encuentra cabal cumplimiento en las disposiciones legales que consagran una especial protección para la mujer en estado de embarazo.

De igual manera, se incurrió en violación del precepto consagrado en el artículo 21 del Decreto 3135 de 1968 el cual dispone que durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto sólo podrá efectuarse el retiro por justa causa comprobada por resolución motivada. Sin tales formalidades se presume que el retiro se ha efectuado por motivo del embarazo.

En consecuencia, por no encontrarse ajustada a derecho, la Sala revocará la decisión del Tribunal Administrativo que denegó las pretensiones de la demanda. En su lugar, declarará la nulidad del Decreto 0129 de 29 de junio de 2001, en cuanto suprimió el cargo que venía desempeñando la actora.

Sobre el restablecimiento del derecho, y en consideración a la presunción legal para el caso de la licencia de maternidad y el fuero por la misma situación, y en atención a las consideraciones de la Corte Constitucional en sentencia C-490 de 1997², la anulación del acto tiene los efectos de retrotraer la situación al estado anterior, ello implica necesariamente el reintegro al cargo que ocupaba y el pago de todos los emolumentos dejados de percibir hasta su reintegro, así como al pago de una indemnización equivalente a 60 días de salario y las 12 semanas de descanso remunerado, en los términos del artículo 21 del Decreto 3135 de 1968.

Las sumas que resulten en favor de la actora se ajustarán en su valor, dando aplicación a la siguiente fórmula:

índice final

$R = R_h \times \text{-----}$

índice inicial

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la demandante desde la fecha en que fue desvinculada del servicio en virtud del acto acusado, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia) por el índice inicial vigente a la fecha en la que debió hacerse el pago.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada salarial y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

De los descuentos por concepto de salarios

-

No pasa la Sala por inadvertido que en los asuntos en los cuales se ha declarado la nulidad de actos de retiro del servicio y al disponer el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir, se venía ordenando el descuento por lo que el afectado hubiera podido recibir por concepto de una asignación del tesoro público durante la época que hubiera permanecido retirado. Sin embargo en reciente pronunciamiento la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo rectificó tal criterio en el sentido de no ordenar los aludidos descuentos.

En efecto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 29 de enero de 2008, actor Amparo Mosquera Martínez, con ponencia del Dr. Jesús María Lemos Bustamante, se refirió al tema de los descuentos. Así:

“(…) Empero de esta preceptiva - art. 128 C.P. - no puede deducirse la prohibición para ordenar el pago de las sumas de dinero que por concepto de salarios y prestaciones provenientes de un empleo público hubiese recibido el demandante durante el lapso transcurrido entre el retiro y el cumplimiento de la orden de reintegro impartida por el juez contencioso administrativo al decidir a su favor la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por él impetrada.

El pago ordenado como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto de retiro ostenta un carácter indemnizatorio, vale decir, en estos casos el restablecimiento del derecho se traduce en la indemnización de los perjuicios irrogados por el acto ilegal.

La remisión que se hace a los salarios dejados de percibir se utiliza sólo como mecanismo indemnizatorio, como medida o tasación de la indemnización, tal como se emplea en otras ocasiones el valor del gramo oro o el del salario mínimo. Se acude a él porque la indemnización debe corresponder al daño sufrido y este se tasa con base en los salarios y prestaciones de la relación laboral que se extinguió.

Cuando se dispone el reintegro de un trabajador con el consecuente pago de los salarios y prestaciones dejados de recibir desde la fecha del retiro hasta la del reintegro efectivo las cosas vuelven a su estado anterior, como si durante el tiempo en que estuvo cesante hubiera estado efectivamente prestando el servicio y devengando el salario correspondiente.

Si durante ese lapso el servidor público desempeñó otro cargo y recibió el salario a él asignado este valor no debe descontársele porque su causa es diferente, la efectiva prestación del servicio como empleado público.

Adoptar como política el descuento de los salarios percibidos por el servidor público en otro cargo público equivaldría a obligarlo a permanecer sin empleo si quiere obtener la reparación o a considerar que esta no corre a cargo de la administración sino del propio interesado, o a devolver el valor del salario percibido como consecuencia del trabajo por él realizado, cuando uno de los elementos básicos de la relación laboral es la remuneración.

Como el pago impuesto en la condena no tiene por causa la prestación del servicio sino el daño causado por el retiro ilegal no tiene la connotación de asignación laboral dirigida a remunerar el servicio prestado y, por ende, no debe considerarse incurso en la prohibición establecida por el artículo 128 de la Carta Política.

El pago de las acreencias dejadas de percibir, tiende, se insiste, a resarcir al empleado público por el daño causado al ser despojado de su condición por la actuación viciada de la autoridad que irregularmente interrumpió su vínculo laboral, perjuicio que se compensa con la decisión

judicial que ordena pagarle, debidamente indexados, los salarios y prestaciones de los que fue ilegalmente privado, previas las deducciones de ley.

El artículo 128 de la Constitución tiende a impedir la vinculación simultánea en dos empleos públicos, supuesto fáctico que no se tipifica en este caso porque en situaciones como la descrita el afectado sólo ha desempeñado en verdad un empleo, aquel que obtuvo después de la desvinculación ilegal, y lo que ordena el juez es que, como ficción legal, vuelvan las cosas al estado anterior, con el objeto de reparar el daño causado, considerando que no estuvo separado del cargo del cual fue retirado, para efectos salariales y prestacionales. No puede aceptarse la tesis de que existe enriquecimiento sin causa por el pago de salarios y prestaciones como consecuencia del reintegro, habida cuenta de que el empleo cuyo pago se ordena efectivamente no se desempeñó, porque la razón del reconocimiento de estos valores es el perjuicio irrogado al servidor por la administración al despedirlo ilegalmente, dado que el servicio en verdad no se prestó. Los salarios y prestaciones se deberán pagar por el tiempo en que legalmente hubiera permanecido el servidor público en el cargo, teniendo en cuenta las situaciones laborales específicas como la supresión posterior del empleo, empleos de período fijo, edad de retiro forzoso, reintegro posterior al cargo, haber alcanzado el estatus de pensionado, etc.”.

Por lo anterior, de las sumas que resulten a favor de la parte actora, no se descontará lo que haya percibido por el ejercicio de otro empleo público, durante el lapso que abarca la condena.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección “A” administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

REVÓCASE la sentencia de 9 de agosto de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

En su lugar, se dispone:

Primero.- DECLÁRASE LA NULIDAD del Decreto 0129 de 29 de junio de 2001 proferido por el Alcalde del Municipio de Santiago de Tolú.

Segundo.- Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, condenase a dicha Entidad al pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de devengar desde la fecha del retiro, y la fecha en que se produzca el reintegro al cargo, así como al pago de una indemnización equivalente a 60 días de salario y las 12 semanas de descanso remunerado.

Tercero.- Las sumas que resulten a favor de la actora se actualizarán en su valor como lo ordena el artículo 178 del C.C.A., dando aplicación a la siguiente fórmula:

índice final

$R = Rh \times \text{-----}$

índice inicial

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico, que es lo dejado de percibir por concepto de salarios y prestaciones sociales, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE, vigente a la fecha en que se debió hacer el pago por el vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada salarial y para los

demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Cuarto.- A la sentencia se dará cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

Quinto.- Niéganse las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Discutida y aprobada en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

JAIME MORENO GARCÍA

ALFONSO VARGAS RINCÓN

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 ART. 92. —De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente:

Se presume que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento.

2 “Declarar EXEQUIBLES los artículos 2º de la Ley 197 de 1938 y 21 del decreto 3135 de 1968, en el entendido de que, en los términos de esta sentencia, y debido al principio de igualdad (CP art. 13) y a la especial protección constitucional a la maternidad (CP arts. 43 y 53), carece de todo efecto el despido de una servidora pública durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, en el caso de las trabajadoras oficiales, o sin la correspondiente resolución motivada del jefe del respectivo, en donde se verifique la justa causa para el despido, en el caso de las empleadas públicas.”

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 10:01:03