

**SUPRESION DE CARGO EN EL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES - No incorporación a nueva planta de personal / ACTO DE COMUNICACION DE SUPRESION - En este caso constituyó acto de retiro / DIRECTOR DE TALENTO HUMANO - Competencia en casos de supresión de cargo / ACTO DE RETIRO POR SUPRESION DE CARGO - Expedición por funcionario incompetente**

Mediante comunicación de 23 de enero de 2004, el Director de Talento Humano informó a la demandante su retiro de la entidad por supresión del cargo que venía desempeñando, manifestándole las opciones que le asistían de optar entre la reincorporación o la indemnización en virtud del artículo 39 de la Ley 443 de 1998. Posteriormente mediante Resolución 0275 de 30 de enero de 2004, el Viceministro de Relaciones Exteriores encargado de las Funciones del Despacho de la Ministra de Relaciones Exteriores, en ejercicio de las facultades conferidas por el Decreto 1679 de 1991, el Decreto 274 de 2000 y el Decreto 111 de 2004, hizo las incorporaciones a la nueva planta de personal sin incluir el nombre de la actora para ninguno de los 8 cargos de Auxiliar Administrativo Código 5120 Grado 16 que subsistieron. En este orden de ideas el acto que determinó el retiro de la actora fue el expedido por el Director de Talento Humano, quien antes de que el nominador hiciera las incorporaciones y determinara quiénes serían reincorporados a la nueva planta, ya había retirado a la actora a través del oficio demandado arrogándose una facultad que no le correspondía. En consecuencia se presenta una de las causales de nulidad de los actos administrativos, cual es el ser expedido por funcionario sin competencia, pues la potestad nominadora, en el presente caso, radica en cabeza del Ministro.

**DESCUENTO EN LA CONDENA - Salarios y prestaciones dejados de percibir por retiro del servicio en un cargo público. Improcedencia**

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. Teniendo en cuenta este pronunciamiento, 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. De las sumas que resulten a favor de la demandante se descontará el valor de lo que le fue pagado por concepto de indemnización, como consecuencia de la supresión de su cargo, pues desapareciendo la causa, desaparece la justificación del pago realizado.

**NOTA DE RELATORIA:** Cita sentencia de 29 de enero de 2008, Exp. IJ-02046, Ponente: JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A"**

**Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON**

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de julio de dos mil ocho (2008).

**Radicación número: 25000-23-25-000-2004-03720-01(2181-07)**

**Actor: ELVIA CORTES**

**Demandado: MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 2 de agosto de 2007 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

### **ANTECEDENTES**

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A. y por conducto de apoderado judicial, la señora Elvia Cortés, solicitó del Tribunal de Cundinamarca la nulidad del acto contenido en el Oficio de 23 de enero de 2004, expedido por el Director del Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores por medio del cual le comunicó el retiro por supresión del cargo.

Como consecuencia de la nulidad anterior, y a título de restablecimiento del derecho pretende se condene a la entidad demandada a reintegrarla al mismo cargo o a otro de igual o superior categoría, y al pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, sin solución de continuidad. Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y s.s. del C.C.A.

Los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones de la demanda se resumen así:

La actora se desempeñaba en el Ministerio de Relaciones Exteriores desde el 10 de febrero de 1987.

Mediante Decreto No. 0111 de 21 de enero de 2004 expedido por el Presidente de la República se modificó la planta de personal del Ministerio de Relaciones Exteriores. En el artículo 1° se suprimieron, entre otros, 5 cargos de Auxiliar

Administrativo Código 5120 Grado 16. Sin embargo el mismo acto en su artículo 2° estableció 8 cargos de igual denominación, código y grado, subsistiendo así en la nueva planta los mismos cargos sin que se hubiera presentado supresión del mismo.

El acto demandado es de contenido objetivo, general e impersonal, sin que en él se determinara el retiro de algún empleado en particular.

En los artículos 7° y 8° se indicó que la Ministra Nominadora, dentro de los 30 días siguientes a su publicación procedería a la incorporación del personal a la nueva planta. No obstante el Director de Talento Humano de la entidad mediante oficio de 23 de enero de 2004, es decir antes del término señalado por el Decreto No. 0111 de 2004, le comunicó su retiro a la actora, sin competencia, con falsa motivación e infringiendo el acto de modificación de la planta de personal.

Posteriormente y en cumplimiento del Decreto 0111 de 2004, la Ministra expidió la Resolución No. 0273 de 30 de enero de 2004, por la cual se hicieron las incorporaciones a la planta.

### **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

Invocó como transgredidos los siguientes: Artículo 1° de la Ley 443 de 1998; artículo 61 lit. g) de la Ley 489 de 1998; artículo 48 del Decreto 2400 de 1968; artículo 81-1 del Decreto 1042 de 1978; artículos 2, 7 y 8 del Decreto 0111 de 2004; artículo 2 – 4 del Decreto 861 de 2000 y artículo 1-5 de la Resolución 0182 de 2004 (Manual Específico de Funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores).

Al explicar el concepto de violación de la normatividad invocada expresa que los actos acusados están viciados por falta de competencia, puesto que la autoridad nominadora en este caso era la Ministra de Relaciones Exteriores. Ella era quien tenía a su cargo determinar el retiro de la actora, sin embargo el Director de Talento Humano ordenó su retiro sin que previamente existiera un acto del funcionario competente que hubiera tomado tal decisión, usurpando así la facultad nominadora.

Así mismo existió falsa motivación en consideración a que el argumento utilizado para retirarla fue la supresión de su cargo, cuando en realidad el mismo permaneció en la entidad en número superior al que existía antes de la modificación de la planta de personal dispuesta por el Decreto 0111 de 21 de enero de 2004.

Que hubo infracción de las normas en que debió fundarse, pues el Decreto expedido por el Presidente de la República constituye un acto regla, que obligaba a la administración a cumplir no solo con lo dispuesto en el artículo 1°, sino también con los artículos 7 y 8, es decir, a llevar a cabo la incorporación dentro de los 30 días siguientes a la publicación del Decreto 111 de 2004, y que los empleados públicos continuaran percibiendo su remuneración hasta tanto se llevara a cabo la incorporación a la nueva planta, mandatos que se desconocieron pues quien suscribió el acto demandado en forma anticipada y abusiva ordenó el retiro de la actora sin que existiera el acto de incorporación.

### **LA SENTENCIA APELADA**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca tras declarar no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada denegó las suplicas de la demanda, con fundamento en la argumentación que a continuación se resume:

Consideró que aunque bien la facultad nominadora es discrecional para elegir quienes serán incorporados a la nueva organización, tal decisión debe obedecer al interés general y el buen servicio, y teniendo en cuenta que la demandante no demostró que le asistiera un mejor derecho que quienes fueron incorporados, no demostró la falta de competencia en la expedición del acto.

Así mismo estimó que no se violó el derecho preferencial de la demandante pues del material probatorio aducido, no se deduce que existieran cargos iguales al que ocupaba antes de la modificación de la planta de personal.

### **LA APELACIÓN**

Inconforme con la decisión del Tribunal el demandante apeló, para lo cual insistió en los argumentos relacionados en la demanda.

Para resolver, se

### **CONSIDERA**

El problema jurídico se contrae a establecer si se ajusta o no a derecho el Oficio de 23 de enero de 2004, por el cual el Director de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores le comunicó a la actora sobre su retiro por supresión del cargo.

Como causales de nulidad del oficio acusado se invocaron las siguientes:

- Falta de competencia, por cuanto el funcionario que suscribió el acto Director de Talento Humano no tenía el poder nominador, ni existió acto de delegación que lo facultara, pues era la Ministra de Relaciones Exteriores la encargada de determinar quién sería incorporado y quién retirado.
- Falsa motivación en consideración a que el argumento utilizado para retirarla fue la supresión de su cargo, cuando en realidad el mismo permaneció en la entidad en número de 8.
- Infracción de las normas en que debió fundarse, pues el Decreto 111 de 2004, indicó que la incorporación debía ser adelantada dentro de los 30 días siguientes a su publicación y que los empleados públicos continuaran percibiendo su remuneración hasta tanto se llevara a cabo la incorporación a la nueva planta, mandatos que se desconocieron pues quien suscribió el acto demandado en forma anticipada y abusiva ordenó el retiro de la actora sin que existiera el acto de incorporación.

Para efectos de decidir se tiene lo siguiente:

Mediante Decreto 110 de 21 de enero de 2004 el Gobierno Nacional modificó la estructura del Ministerio de Relaciones Exteriores. (FI. 53 a 80)

Luego el Decreto 111 de 21 de enero de 2001 dispuso la modificación de la planta de personal de la misma entidad, suprimiendo 5 cargos de Auxiliar Administrativo Código 5120 Grado 16 entre otros, y en su artículo 3° indicó:

*“Artículo 3°. El Ministro de Relaciones Exteriores mediante Resolución, distribuirá los cargos de la planta global y ubicará el personal teniendo en cuenta la estructura, los planes, programas y las necesidades de la entidad.”*

Posteriormente la demandante recibió el Oficio de 23 de enero de 2004, en el que el Director del Talento Humano le informaba su retiro del servicio en virtud de la supresión de su cargo.

Por Resolución 0273 de 30 de enero de 2004 se hicieron las incorporaciones a la planta de personal, sin que se incluyera el nombre de la actora.

En estas condiciones el Oficio de 23 de enero de 2004, no es una simple comunicación de una decisión adoptada por la administración, sino que fue el acto que determinó su retiro de la entidad, pues el Decreto 111 de 2004 suprimió 5 cargos de Auxiliar Administrativo Código 5120 Grado 16, conservando un total de 8 de los mismos, y además el acto de incorporación a la nueva estructura fue expedido con posterioridad al acto de retiro.

Así pues es el Oficio de comunicación el acto a demandar, por ser el que afectó la situación particular de la demandante y definió su situación frente al servicio.

### **De la falta de competencia**

Indicó la parte demandante que el Oficio de 23 de enero de 2004 fue expedido con falta de competencia por parte del funcionario que lo suscribió, pues no tenía la potestad nominadora por lo tanto no podía determinar su retiro sin que le antecediera la voluntad del titular de dicha facultad.

Sobre este aspecto, puso de presente el Tribunal que, mediante Resolución No. 0273 de 30 de enero de 2004 se habían realizado las incorporaciones a la planta interna de personal del Ministerio, la cual es posterior al Oficio de comunicación

del retiro realizada a la actora, de tal suerte que la incorporación de los empleados fue inmediata y la decisión de la Ministra del ramo era la de no incorporarla, y a quien efectivamente dicho acto administrativo no contempló, “...*determinándose de esta forma que la decisión fue tomada por el funcionario competente y en cumplimiento a lo establecido en el acto de supresión de cargos.*”(Fl. 320)

Con el anterior razonamiento la Sala no está de acuerdo por lo siguiente:

El artículo 189 numeral 16 de la Constitución Política establece:

**Art. 189.-** *Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:*

...

*16) Modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismo administrativos nacionales, con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley.*

...”

Por su parte el Decreto 1679 de 3 de julio de 1991 “por el cual se delega en los Ministros y Jefes de Departamento Administrativo la función nominadora y algunas facultades relacionadas con situaciones administrativas del Ministerio Público y de las ramas ejecutiva y jurisdiccional”, determina:

**“ARTICULO 1º. Delégase en los Ministros y Jefes de Departamento Administrativo, las funciones de declarar y proveer las vacancias definitivas de los empleos nacionales que se produzcan en sus Ministerios y Departamentos Administrativos, con excepción de los cargos de Viceministro, Subjefe de Departamento Administrativo, Consejero y Secretario Privado del Presidente de la República, Secretario y Subsecretario de la Presidencia de la República; Secretario General de Ministerios y Departamentos Administrativos; Superintendente, Superintendente delegado; Gerente, Director o Presidente de Establecimiento Público y Empresas Industriales y Comerciales del Estado; agentes, representantes y suplentes del Presidente y de la Nación en entidades descentralizadas y en juntas o consejos directivos de dichas entidades; Agentes Diplomáticos y Consulares; jefes y oficiales del Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Policía Nacional.**

**ARTICULO 2º.** *Delégase en los Ministros y Jefes de Departamento Administrativo, las funciones de declarar y proveer las vacancias temporales que se presenten en sus Ministerios y Departamentos Administrativos, cualquiera que sea la causa que las produzca, salvo los empleos de Viceministro, Subjefe de Departamento Administrativo, Consejero y Secretario Privado del Presidente de la República, Secretario y Subsecretario General de la Presidencia de la República y Secretario General.*”

Las normas transcritas otorgan la facultad nominadora respecto del personal de cada ministerio, al Ministro respectivo.

En cuanto a la función del Director de Talento Humano en caso de supresión de cargos en una entidad, el artículo 44 del Decreto 1568 de 1998 indica:

**“ARTICULO 44.** *Suprimido un empleo de carrera administrativa, el Jefe de la Unidad de Personal o de la dependencia que haga sus veces **deberá comunicar** tal circunstancia a su titular, poniéndolo, además, en conocimiento del derecho que le asiste de optar entre percibir la indemnización que para el efecto señale el Gobierno Nacional o de tener tratamiento preferencial para ser incorporado a un empleo equivalente conforme con las reglas establecidas en el artículo 39 de la Ley 443 de 1998.*”

Asimismo el Decreto Ley 274 de 2000 “Por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular”, estableció las funciones específicas del mismo funcionario, así:

**ARTICULO 78. DIRECCION DEL TALENTO HUMANO.** *Sin perjuicio de las funciones generales que le correspondieren de acuerdo con las normas reguladoras de la estructura orgánica del Ministerio, son funciones especiales de la Dirección del Talento Humano o de la dependencia que hiciere sus veces, como órgano de apoyo de la Carrera Diplomática y Consular, las siguientes:*

- a. *Orientar y coordinar la política de desplazamientos de los funcionarios, especialmente los que se derivan de la alternación.*
- b. *Adelantar las actividades necesarias para permitir el cumplimiento de lo previsto en el párrafo primero del artículo 39 de este Estatuto.*
- c. *Elaborar y mantener un registro con la frecuencia de los lapsos de alternación de cada funcionario.*
- d. *Atender y coordinar lo relacionado con las situaciones de disponibilidad consagradas en los artículos 41 a 45 del presente Decreto.*
- e. *Elaborar la propuesta de decreto relacionada con las condiciones reguladoras de las comisiones, a las que se refiere el artículo 55 y adelantar las actividades necesarias para propiciar su puntual cumplimiento.*
- f. *Enviar a los funcionarios que tienen personal a su cargo, los instrumentos para la evaluación del desempeño de que trata el artículo 32 de este Decreto, con las instrucciones básicas para su eficiente aplicación.*
- g. *Adelantar las actividades necesarias para la ejecución puntual de las condiciones laborales especiales de que tratan los artículos 62 a 69 de este Estatuto.*
- h. *Rediseñar el Registro del Escalafón de la Carrera Diplomática y Consular con todos los datos relativos a los funcionarios escalafonados y mantenerlo actualizado.*
- i. *Expedir el Reglamento para llevar a cabo la elección de los representantes de los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular en la Comisión de Personal y en el Consejo Académico de la Academia Diplomática, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 72 y 75 de este Decreto.*
- j. *Someter a consideración de la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular, las solicitudes de ascenso que se presenten, suministrando a dicha comisión la información relacionada con los requisitos a que se refiere el artículo 26 de este Decreto.*
- k. *Adelantar las actividades necesarias para articular de manera eficiente y eficaz la normatividad contenida en el presente Decreto.*
- l. *Diseñar y ejecutar los programas de inducción y reinducción de que trata el artículo 89 de este Decreto con la colaboración del Consejo Académico de la Academia Diplomática.*
- m. *Colaborar con el Consejo Académico de la Academia Diplomática en los programas de capacitación para los funcionarios del Ministerio, pertenezcan o no a la Carrera Diplomática.*
- n. *Conceder el permiso para ejercer actividades docentes, al cual se refiere el Artículo 81, literal c. de este Decreto.*  
*Ponderar las calificaciones parciales para obtener la definitiva a que se refiere el lit. c. del artículo 32.*
- o. *Las demás que se derivaren de lo previsto en este Decreto, relacionadas con su naturaleza.”*

Nótese que la función del Director de Talento Humano es meramente **informativa** en los procesos de reestructuración, lo que quiere decir que suprimidos los cargos, una vez el funcionario que tiene la potestad nominadora establece quiénes serán vinculados a la nueva planta de personal y quiénes no, el Director de Talento Humano o quien haga sus veces, es el encargado de informar tal determinación, sin que le haya sido asignada la función de tomar tal decisión.

Ahora bien, en el plenario consta que la señora Elvia Cortés fue inscrita en el escalafón de carrera administrativa mediante Resolución 3274 de 28 de junio de 1989 (Fl. 119), y fue incorporada a la planta del Ministerio de Relaciones Exteriores por Resolución 5357 de 29 de noviembre de 2001 (Fl. 160).

El Decreto 111 de 2004, modificó la planta de personal de la entidad suprimiendo, entre otros, 5 cargos de Auxiliar Administrativo Código 5120 Grado 16, y conservando 8 de los mismos; además determinó que las incorporaciones se adelantarían dentro de los 30 días siguientes a su publicación (art. 7°) y que los empleados que se desempeñaban en ese momento en la entidad continuarían percibiendo su remuneración mensual hasta que se efectuaran las incorporaciones y se tomara posesión de los cargos.

Mediante comunicación de 23 de enero de 2004, el Director de Talento Humano informó a la demandante su retiro de la entidad por supresión del cargo que venía desempeñando, manifestándole las opciones que le asistían de optar entre la reincorporación o la indemnización en virtud del artículo 39 de la Ley 443 de 1998.

Posteriormente mediante Resolución 0275 de 30 de enero de 2004, el Viceministro de Relaciones Exteriores encargado de las Funciones del Despacho de la Ministra de Relaciones Exteriores, en ejercicio de las facultades conferidas por el Decreto 1679 de 1991, el Decreto 274 de 2000 y el Decreto 111 de 2004, hizo las incorporaciones a la nueva planta de personal sin incluir el nombre de la actora

para ninguno de los 8 cargos de Auxiliar Administrativo Código 5120 Grado 16 que subsistieron.

En este orden de ideas el acto que determinó el retiro de la señora Elvia Cortés fue el expedido por el Director de Talento Humano, quien antes de que el nominador hiciera las incorporaciones y determinara quiénes serían reincorporados a la nueva planta, ya había retirado a la actora a través del oficio demandado arrogándose una facultad que no le correspondía.

En consecuencia se presenta una de las causales de nulidad de los actos administrativos, cual es el ser expedido por funcionario sin competencia, pues la potestad nominadora, en el presente caso, radica en cabeza del Ministro.

En estas condiciones la Sala se releva del estudio de los demás cargos formulados en la demanda.

Por las razones que anteceden la Sala declarará la nulidad del acto acusado y como consecuencia accederá al reintegro al cargo de Auxiliar Administrativo Código 5120 Grado 16 o a otro del mismo nivel y grado superior, ordenará el pago de las acreencias laborales debidas y declarará que no ha habido solución de continuidad en la prestación del servicio.

Al liquidar la indemnización en favor de la demandante, los valores serán ajustados en los términos del artículo 178 del C.C.A., utilizando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde al emolumento dejado de pagar por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente

para la fecha en que debería efectuarse el pago). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el último inciso del artículo 177 del C.C.A., adicionado por el artículo 60 de la Ley 446 de 1998.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes.

### **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.

De las sumas que resulten a favor de la demandante se descontará el valor de lo que le fue pagado por concepto de indemnización, como consecuencia de la supresión de su cargo, pues desapareciendo la causa, desaparece la justificación del pago realizado.

Por 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 2 de agosto de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones de la demanda promovida por Elvia Cortés.

En su lugar, se dispone:

**DECLÁRASE** la nulidad del Oficio de 23 de enero de 2004, expedido por el Director de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores, por el cual se retiró del cargo a la demandante.

Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, condénase a dicha Entidad a reintegrar a ELVIA CORTÉS, al cargo de Auxiliar Administrativo Código 5120 Grado 16 en el cual se venía desempeñando o a otro del mismo nivel con grado superior, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia y al pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de devengar en el cargo del cual fue retirada, desde la fecha de la desvinculación y hasta que se produzca el reintegro efectivo.

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:

$$R = Rh. \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

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.

**DECLÁRASE** para todos los efectos legales que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios por parte de la actora, entre la fecha del retiro, y la fecha en que se produzca el reintegro al cargo.

De las sumas que resulten a favor de la demandante se descontará el valor de lo que le fue pagado por concepto de indemnización, como consecuencia de la supresión de su cargo.

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

**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**

**ALFONSO VARGAS RINCÓN**