

Consecuencias pecuniarias de la declaratoria de nulidad del acto de retiro de los servidores públicos*

Fernando Antonio Moreno González**

Lina Stefania Arévalo Sanabria****

Laura María Monroy Ochoa****

Resumen

Este artículo pretende esclarecer las tres posturas jurisprudenciales en torno al pago de las sumas de dinero que se reconocen como consecuencia a la declaratoria de nulidad del acto de retiro de los servidores públicos que han sido adoptadas por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, las cuales se han considerado como garantista, intermedia y proporcional.

Así mismo, de conformidad con los principios del derecho laboral de progresividad, protector y favorabilidad la postura que debería aplicarse en aras de pagar por un acto ilegal consecuente con el actuar de la administración debe ser aquella que garantice la efectiva protección de los derechos pecuniarios del servidor, siendo esta, la que determina la prohibición de realizar cualquier tipo de descuentos a la hora de restablecer el derecho menoscabado.

Si bien la jurisprudencia ha pretendido garantizar la protección del erario público con las restricciones al pago, la misma no puede desconocer los principios del derecho laboral al cual los servidores tienen derecho.

Palabras claves: Nulidad y restablecimiento del derecho, indemnización, acto de retiro.

* Artículo producto del proyecto de investigación: "La condena al pago de sumas dejadas de percibir durante el retiro de los miembros de la Fuerza Pública, carácter indemnizatorio o de restablecimiento del derecho", realizado como tesis de Maestría en Derecho Administrativo en la Universidad Libre, Bogotá D.C.

** Abogado. Especialista en Docencia Universitaria, Derecho Administrativo y Derecho Tributario. Magíster en Derecho Penal y Criminología. Magíster en Derecho Administrativo. Actualmente, docente de la Universidad Libre, Colegio Mayor de Cundinamarca y La Gran Colombia. Doctorando de la Universidad de Buenos Aires. Asesor jurídico de la Secretaria General del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. ORCID ID 0000-0003-2785-0171. Correo electrónico: fernandomorenogonzalez@yahoo.es

*** Abogada. Especialista en Derecho Administrativo. Estudiante de Maestría en Derecho Administrativo. Abogada de la Secretaria General del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. ORCID ID 0000-0002-6748-1553. Correo electrónico: arevalosanabria.l@hotmail.com

**** Abogada. Especialista en Derecho Probatorio. Magister en Derecho Administrativo. Funcionaria de la Sección Segunda del Consejo de Estado. Correo electrónico: lauramm8a@gmail.com

Abstract

This article aims to clarify the three jurisprudential positions regarding the payment of sums of money that are recognized as a consequence of the declaration of nullity of the act of retirement of public servants that have been adopted by the Council of State and the Constitutional Court, which have been considered as guarantee, intermediate and proportional.

Likewise, in accordance with the principles of the labor law of progressivity, protector and favorability, the position that should be applied in order to pay an illegal act consistent with the action of the administration must be that which guarantees the effective protection of the pecuniary rights of the server, being this, the one that determines the prohibition to realize any type of discounts at the time of reestablishing the impaired right.

Although the jurisprudence has tried to guarantee the protection of the public treasury with the payment restrictions, it can't disregard the principles of labor law to which the servants are entitled.

Keywords: Nullity and reinstatement of the right, compensation, act of withdrawal.

1. Introducción

La vinculación a la administración pública goza de unas garantías legales, constitucionales y jurisprudenciales que permite que los servidores de la misma se encuentren en un estado de seguridad y estabilidad laboral que les garantiza el goce efectivo de sus derechos.

Sin embargo, al producirse un acto de desvinculación por parte de la administración, el funcionario encuentra amenazada la protección real a sus derechos, es allí cuando el mismo opta por acudir a la vía contenciosa administrativa con el propósito de que el juez de conocimiento declare la nulidad del acto de retiro y restablezca el derecho vulnerado.

Bajo la premisa anterior no se establece problemática alguna dado que, de efectivamente al probarse la existencia de una causal de nulidad se restablecerá aquello que ha dejado de ser percibido, ahora bien, con relación a la condena impuesta por el órgano judicial no se ha establecido un criterio único para su pago, lo cual, ha generado distintas interpretaciones que derivan a una inseguridad jurídica y una vulneración de principios fundantes laborales.

Por lo anterior, es importante analizar desde la óptica de los derechos laborales las decisiones efectivamente adoptadas por el Consejo de Estado en concordancia con aquellas proferidas

por la Corte Constitucional, lo cual, lleva a formular la siguiente pregunta *¿Qué postura adoptada por las Altas Cortes con relación a las sumas que la jurisdicción de lo contencioso administrativo ordena pagar como consecuencia de la anulación del acto de desvinculación garantiza la protección de los derechos laborales de un servidor público?*

El anterior cuestionamiento se resuelve a partir de la identificación de las tres posturas adoptadas por las Altas Cortes y el análisis de las mismas frente a los derechos laborales de progresividad, protector y favorabilidad que gozan los funcionarios públicos.

El señalamiento anotado se desarrolla a partir del siguiente objetivo general: *Determinar la postura que garantice la protección de los derechos laborales de progresividad, protector y favorabilidad del servidor público cuando se profieren condenas que ordenan el pago de sumas de dinero como consecuencia de la nulidad del acto de desvinculación.* El cual, se desglosa en los siguientes objetivos específicos:

- Identificar las posturas jurisprudenciales adoptadas por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional frente a los criterios que se deben tener en cuenta para la condena.
- Determinar la importancia de los principios de progresividad,

protector y favorabilidad que se encuentran inmersos en los derechos laborales del funcionario.

- Definir el criterio que debe aplicar el juez de lo contencioso administrativo en observancia de los derechos laborales cuando se trate de la nulidad de un acto de desvinculación.

Lo señalado hasta ahora se aborda a partir de la siguiente hipótesis de trabajo: Las sumas que la jurisdicción de lo contencioso administrativo ordena pagar como consecuencia de la anulación del acto de retiro deben preferirse en concordancia con los derechos laborales bajo el criterio establecido en la postura garantista del Consejo de Estado.

Así las cosas, el tema propuesto reviste de toda actualidad, y permite un análisis de la dinámica que el Estado, como ente administrador, debe asumir frente a las demandas interpuestas en situaciones de retiro que vulneran los derechos de quienes prestan sus servicios a la misma. En este orden, el artículo se encuentra desarrollado bajo una *metodología judicial*, relacionada con el ejercicio práctico del derecho a través de la revisión jurisprudencial de la nulidad y restablecimiento del derecho del acto de desvinculación de servidores públicos.

2. Posición jurisprudencial adoptada por el Consejo de Estado

Con relación a la condena relacionada con el pago de sumas de dinero ordenadas a reconocer como consecuencia de la nulidad del acto de retiro de los servidores públicos, el Consejo de Estado ha optado a través del tiempo por una postura más restrictiva, por medio de la cual, todo emolumento percibido desde la desvinculación del servidor debe ser descontado de la indemnización que resulte de la sentencia a su favor. Ahora bien, esta postura ha oscilado a lo largo de las decisiones del Consejo de Estado, vislumbrándose en tres posiciones.

En primer lugar, se encuentra una postura garantista, la cual, considera que la condena proviene de la actuación ilegal de la administración y no se encuentra relacionada con una relación legal o reglamentaria de la cual pueda ser objeto el funcionario durante el tiempo de su desvinculación, este carácter indemnizatorio independiente es evidente a partir de la sentencia de la Sala Plena del 28 de agosto de 1996 (S-638), la cual determinó:

“Nada impide recibir el sueldo e indemnizaciones al mismo tiempo. En efecto, es lícito devengar ambos conceptos

porque tienen causas diferentes y ello no está prohibido por la Constitución Política. En efecto, lo que la Carta prohíbe es que una misma persona desempeñe simultáneamente dos o varios empleos públicos, y como consecuencia de ello, perciba dos o más salarios; pero si una erogación proviene de la prestación personal del servicio a través de una relación legal y reglamentaria, y otra del hecho ilegal de la administración, no cabe dentro de esa hipótesis la previsión de los artículos 64 de la Carta de 1886 y 128 de la de 1991” (Consejo de Estado, 1996).

La sentencia también destacó que el origen de los recursos difiere en ambos casos, pues cuando se trata del ejercicio de un empleo los emolumentos deben estar previstos en el presupuesto correspondiente, según el artículo 22 de la Constitución Política, mientras que las condenas impuestas por sentencias judiciales se incluyen en el rubro de créditos judiciales por mandato del artículo 346 ibídem, de manera que, en criterio de la Corporación, ello es suficiente para afirmar que su naturaleza es distinta.

Bajo este lineamiento, el Consejo de Estado fundamentó su postura igualmente en la Sentencia de la Sala Plena del 29 de enero de 2008 (Radicación 2000-02046-02 (IJ)), la cual se re-

fiere a los salarios percibidos con ocasión del ejercicio de un empleo público, así:

“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” (Consejo de Estado, 2008).

La misma agregó que no puede admitirse que el perjuicio que se indemniza debe tener en cuenta situaciones laborales específicas como pueden ser la supresión del empleo, si la plaza es periodo fijo, si el servidor su reintegro al cargo o si alcanzó el estatus de pensionado, entre otras situaciones que se pueden presentar, puesto que no se puede cubrir el daño más allá

de lo que pudo haber devengado en el empleo.

Esta posición fue adoptada en la resolución de múltiples casos en los que se ordenó el reintegro de servidores públicos, aunque se encontraran en supuestos fácticos distintos, pues se aplicó en casos de retiro por:

- Insubsistencia de provisionales. Revisar sentencias del Consejo de Estado de la sección Segunda, Subsección B, del 03 de septiembre de 2009, Radicación: 68001-23-15-000-2001-03173-01(1936-07); Subsección B, del 30 de junio de 2011, radicación: 25000-23-25-000-2003-04222-01(0270-09); y de la Subsección A, sentencia del 11 de julio de 2013, Radicación: 05001-23-31-000-2000-00045-01(1088-12).
- Supresión del cargo: Consejo de Estado Subsección B, sentencia del 07 de febrero de 2008, Radicación 50001-23-31-000-2001-04104-01(4104-05) (supresión del cargo empleada embarazada); Subsección A, sentencia del 07 de mayo de 2009, Radicación: 08001-23-31-000-1998-01399-01(1134-08); Subsección A, sentencia del 26-06-2008, Radicación número: 70001-23-31-000-2001-01573-01(2455-07); Subsección B, sentencia del 24-03-2011, Radicación Número:

05001-23-31-000-2002-02389-01(1691-10),

- Retiro de pre pensionados: Consejo de Estado subsección B, sentencia del 30-06-2011, Radicación número: 25000-23-25-000-2003-04222-01(0270-09).
- Vacancia por abandono del cargo: Consejo de Estado subsección B, sentencia del 8 de mayo de 2008, Radicación 500012331000200100551 01 (2520-2005).

El Consejo de Estado ocasionalmente fue adoptando restricciones a la postura garantista, generando así, en segunda medida, una postura intermedia, la cual, determinó que las sumas que el Consejo de Estado debía ordenar pagar en virtud de la anulación del acto de retiro eran a título de restablecimiento del derecho, con lo cual devenía el descuento de las sumas de lo que hubiere devengado por otros conceptos, tales como mesadas pensionales, el ejercicio de empleos en el sector público y la indemnización con ocasión a la supresión del cargo.

A pesar de las limitaciones impuestas por el Consejo de Estado, se estableció que las sumas percibidas con ocasión del ejercicio de un empleo en el sector privado de orden laboral, comercial o civil no afectaría los emolumentos a recibir con ocasión a restablecimiento de derecho.

Así pues, la postura intermedia a los ojos de la Alta Corte creó una balanza entre el tesoro público y la condena del órgano judicial, en virtud de la aplicabilidad del artículo 128 superior, así:

Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley (Constitución, 1991).

Al exceptuarse las determinaciones de la Ley 4 de 1999¹ y las remuneraciones obtenidas con ocasión del

¹ La cual, en su artículo 19 consagra:
Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado Exceptúense las siguientes asignaciones:
a) *Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;*
b) *Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;*
c) *Las percibidas por concepto de sustitución pensional;*
d) *Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;*
e) *Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;*
f) *Los honorarios percibidos por los miembros de las Juntas Directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas;*

desempeño de funciones en el sector privado se pretendió garantizar la inexistencia de una doble asignación proveniente de recursos del Estado, sin afectar de forma radical la suma a percibir por el funcionario afectado.

Dicha tendencia resulta evidente en las sentencias Consejo de Estado sección segunda, sentencia del 06 de mayo de 2002, Radicación 19001-23-31-000-1998-0397-01(1659-01); Subsección A, sentencia del 16 de febrero de 2006, Radicación 76001-23-31-000-2000-01331-01(1011-05); Subsección B, sentencia del 13 de marzo de 2008), Radicación 76001-23-31-000-2000-01235-01(4943-03); Subsección A, sentencia del 22 de mayo de 2008, Radicación 250002325000200107810 02 (1348-06).

Sin embargo, en atención a que la Corte Constitucional se ocupó de este tema en sus sentencias de unificación, esta tendencia a tratar de manera aislada el restablecimiento económico como una indemnización, evoluciono a una postura proporcional, la cual, efectúa descuentos de todas las acreencias obtenidas por el ejercicio de cargos en el sector público y privado durante el tiempo

existente entre la desvinculación y el pago de la condena.

Esta postura sufre su variación con lo relacionado a los nombramientos provisionales, los cuales, en virtud de los estudios sobre mercado laboral elaborados el 21 de enero de 2014 por la OIT, titulado “Global Employment Trends 2014: Risk of a jobless recovery?”, los estudios económicos creados por la Dirección de Estudios Económicos del Departamento Nacional de Planeación, titulada “Duración del desempleo y canales de búsqueda de empleo en Colombia, 2006” y la sentencia SU -556 de 2014 el descuento no solo versa frente a las “sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente” (Consejo de Estado, 2015) que llegase a percibir si no también esta se limitara al pago de seis (6) meses hasta veinticuatro (24) meses.

Con relación a esta tercera postura el Consejo de Estado ha dado su aval bajo las sentencias de la Sección Segunda, Subsección A del 01 de junio de 2004, Radicación 25000-23-25-000-2000-3959-01(1583-03); Subsección B del 21 de octubre de 2010, Radicación 250002325000200406653 01. (0433-2009); Subsección B del 21 de octubre de 2010, Radicación 250002325000200407379 01 (1468-2007); Subsección B del

g) *Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados.*

25 de noviembre de 2010, Radicación 410012331000200101472 01 (2581-07); Subsección B del 06 de septiembre de 2012, Radicación 050012331000200406871 01. (2389-2011); Subsección B del 18 de marzo de 2015, Radicación 250002325000200602680-02 (2698-2011); Subsección B del 10 de septiembre de 2015, Radicación 050012331000199800554 01 (0917-2012); Subsección B del 27 de abril de 2016, Radicación 11001-03-15-000-2016-00779-00; Subsección B del 09 de marzo de 2017, Radicación 110010325000201301217 00 (3065-2013).

La última postura adoptada por el Consejo de Estado es la que se mantiene actualmente bajo aplicabilidad en los despachos judiciales, la cual, restringe todo concepto percibido por el funcionario, sin perjuicio de que el mismo hubiese sido percibido por conceptos públicos o privados.

3. Posición jurisprudencial adoptada por la corte constitucional

La jurisprudencia constitucional en esta materia puede analizarse a partir de la SU- 917 de 2010, en la cual, al conocer asuntos relacionados con la separación del servicio de empleados públicos en provisionalidad, ordenó

el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir durante el retiro hasta el reintegro condicionando a que el cargo no hubiere sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos. En esta oportunidad el carácter de dicho pago no fue objeto de consideración especial por lo cual, bien podría entenderse que correspondía a salarios y prestaciones o bien a una indemnización, no obstante, no se refirió a descuentos de dichas sumas.

Más adelante, con la sentencia SU 691 de 2011, acogió la posición imperante por esa época en el Consejo de Estado, según la cual debía ordenarse el descuento de lo percibido por concepto de desempeño en otros cargos públicos durante su desvinculación, ellos por cuanto, en su criterio, resulta ajustado a derecho, puesto que de lo contrario se genera un enriquecimiento sin causa y la vulneración del artículo 128 Constitucional. Para la Alta Corporación tal indemnización corresponde a parámetros objetivos que responden a la justicia material “De tal suerte que, mal puede tasarse la indemnización con base en salarios y prestaciones dejados de percibir cuanto éstos y éstas se percibieron en total o relativamente medida del Tesoro Público” (Consejo de Estado, 2002), así acogió la posición de la Sección Segunda contenida en la providencia del 16 de mayo de 2002, antes anotada.

En la sentencia SU 556 de 2014, se fijaron dos reglas en relación con el restablecimiento del derecho de los provisionales retirados a través de un acto administrativo sin motivación en cuanto al reintegro, aspecto que condicionó a que el empleo no hubiera sido suprimido o provisto mediante concurso y a que el servidor no hubiere cumplido la edad de retiro forzoso, y en relación con los pagos a que hubiere lugar ultimó que estos serían a título indemnizatorio, en suma que no podría ser inferior a 6 meses de haberes, que según la Ley 909 de 2004 es el término máximo de duración de la provisionalidad, ni superar los veinticuatro (24) meses, en atención a la ruptura del nexo causal entre la ausencia de ingresos o el nivel de los mismos y la desvinculación del servicio, descontando todo monto proveniente por cualquier concepto laboral que hubiera devengado el servidor.

En aquella oportunidad la Corte razonó que el daño en esos asuntos corresponde a los emolumentos dejados de percibir durante el tiempo que la persona permanece cesante por causa del retiro del servicio, y que la indemnización que se genere debe atender aspectos tales como: la reparación integral del daño, evitar el pago de una indemnización excesiva, la expectativa de permanencia en el cargo, con especial énfasis en la estabilidad relativa propia de una

vinculación en provisionalidad; y la carga que tienen las personas de asumir su auto-sostenimiento.

Este criterio fue adoptado y reiterado en la sentencia SU 053 de 2015, que además de referirse a personas vinculadas en provisionalidad también lo hizo sobre miembros de la Policía Nacional retirados con fundamento en el ejercicio de la facultad discrecional; en la SU-054 de 2015 también sobre provisionales y más recientemente, en la SU 354 de 2017 se dejó claro que la subregla indemnizatoria aplica de igual forma a servidores de carrera administrativa, aunque para ellos no es viable la aplicación de los topes mínimos y máximos, de 6 y 24 meses, habida cuenta de que en ese caso no existe la relación de temporalidad o expectativa de permanencia en el empleo.

3.1 Nulidad y restablecimiento del derecho: naturaleza y efectos

De conformidad con el tenor literal del artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 se estipula con relación al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, lo siguiente:

Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica podrá pedir que se declare la nulidad del acto

administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel (Congreso de la República, 2011).

De esta forma, la finalidad de la demanda de nulidad del acto administrativo es la tutela del ordenamiento jurídico, con el fin que este quede sin efecto por contrariar las normas superiores del derecho, así pues, cuando la misma vulnere derechos particulares y concretos el sujeto afectado podrá solicitar la restitución a un estado original del derecho menoscabado, ello mediante acciones integrales, como el reintegro al cargo desempeñado o pecuniarias, como el reintegro de las sumas salariales y prestacionales dejadas de percibir.

Con relación, a los efectos derivados de la sentencia, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, fue claro en su artículo 189, así:

“(…) La sentencia proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en ellos y obtenido esta declaración a su favor.

Las sentencias ejecutoriadas serán obligatorias y quedan sometidas a la formalidad del registro de acuerdo con la ley.

En los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, la entidad demandada, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la notificación de la sentencia que resuelva definitivamente el proceso, cuando resulte imposible cumplir la orden de reintegro del demandante al cargo del cual fue desvinculado porque la entidad desapareció o porque el cargo fue suprimido y no existe en la entidad un cargo de la misma naturaleza y categoría del que desempeñaba en el momento de la desvinculación, podrá solicitar al juez de primera instancia la fijación de una indemnización compensatoria.

De la solicitud se correrá traslado al demandante por el término de diez (10) días, término durante el cual podrá oponerse y pedir pruebas o aceptar la

suma estimada por la parte demandada al presentar la solicitud. En todo caso, la suma se fijará teniendo en cuenta los parámetros de la legislación laboral para el despido injusto y el auto que la señale solo será susceptible de recurso de reposición” (Congreso de la Republica, 2011).

Por regla general, se establece que las sentencias de nulidad tienen efectos *ex tunc*, sin embargo, existen casos en los cuales la ley de forma expresa establece efecto diferente, ello evidenciado en el artículo 24 de la Ley 35 de 1993, artículo 38 de la Ley 142 de 1994, artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 189 de la Ley 1437 de 2011.

Del análisis efectuado, surge que las sumas que se ordena pagar como consecuencia de la anulación de los actos de retiro de servidores públicos son a título restitutorio de manera general, y solo indemnizatorio por excepción legal. Tal entendimiento es coherente con la orden de reintegro sin solución de continuidad para todos los efectos laborales, lo cual supone, del mismo modo, que ello tiene implicaciones prestacionales, tales como el pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social, cuya naturaleza excede el concepto de una simple indemnización que se causa los daños generados por un acto ilegal.

De lo ya descrito, es evidente que en los pronunciamientos judiciales tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional no han siquiera considerado que, en materia laboral, se deben atender unos principios superiores que orientan la exégesis de las fuentes del derecho en esta materia. En efecto, y solo para señalar algún aspecto, en el debate de si la condena económica se trata de una indemnización o de un verdadero restablecimiento del derecho, no se advierte que en la interpretación sobre el carácter de la condena económica alguno se haya ocupado de atender el contenido del artículo 53 de la Constitución Política cuando ordena que se debe tener en cuenta la “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991), aún en el nuevo contexto normativo que anteriormente se expuso, en el que las providencias de los Altos Tribunales ya forman parte del sistema colombiano de fuentes del derecho.

4. Principios orientadores del derecho laboral

Si bien, las sentencias proferidas versan al interior de la competencia de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, la misma, no puede desconocer

los principios fundantes del Derecho Laboral, estableciendo como criterios básicos de aplicabilidad judicial los principios de progresividad, protectores y favorabilidad.

En primer lugar, el principio de progresividad según la sentencia C-228 de 2011 es aquel que restringe el retroceso de niveles de protección alcanzados, limitando así la libertad de configuración del legislador y el órgano judicial, una vez claro ello, la Constitución Política en su artículo 334 establece la sostenibilidad fiscal como un instrumento que contribuya a alcanzar los objetivos del Estado Social de Derecho, siendo deber de las Ramas y Órganos del Estado su aplicación garante, ello haciendo énfasis en que la sostenibilidad fiscal es esencial para garantizar la prestación de los derechos económicos, sociales y culturales.

Por lo anterior, la seguridad social se considera como un servicio público esencial, que busca responder a los principios y fines del Estado Social de Derecho que para su materialización es requerida la acción de las entidades estatales y, que de “encontrarse en conexión directa con un derecho fundamental, es probable, previo requisitos de procedibilidad, ser amparado por vía de tutela tanto en obligaciones positivas como negativas” (Duque, 2011, pág. 66).

De conformidad con los preceptos normativos de carácter internacional, se determinó en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) que la progresividad debía entenderse como el compromiso que los Estados parte adoptarían en aras de proferir providencias que garanticen la efectividad de los derechos derivados de normas económicas, sociales, científicas y educativas, ello en virtud de los recursos disponibles por cada Estado.

Por su parte, el artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) estableció que:

(...) Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos (...) (Organización de las Naciones Unidas, 1966).

Así pues, bajo el ordenamiento constitucional se determinó en el artículo 48 concerniente a la seguridad social, lo siguiente:

“La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella. La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Una vez analizados los preceptos internos y supranacionales, se determina que, en cumplimiento del principio de progresividad y sin perjuicio de los distintos regímenes laborales, estos deben tener una cobertura que permitan garantizar la protección de derechos ya adquiridos por los servidores públicos.

En segundo lugar, con relación al principio protectorio de conformidad con la sentencia SUJ-SII-010-2018

del Consejo de Estado se establece la existencia de una discriminación positiva a favor del servidor, por medio de la cual, al ser este el extremo más vulnerable de la relación legal o reglamentaria debe gozar de una protección mayor de sus derechos.

Es por ello por lo que el principio protectorio se convierte en fundante y en la misma razón de ser del derecho laboral, manifestándose en otros principios como lo son, el de favorabilidad, el *in dubio pro operario*, la condición más beneficiosa y la primacía de la realidad sobre las formas (Consejo de Estado, 2018), entre otros.

Finalmente, respecto al principio de favorabilidad la Constitución Política en el tenor literal de su artículo 53, estableció:

El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y

discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

De la norma transcrita, se infiere que la duda en la aplicación de las normas, cuando se trate de asuntos relacionados con la materia laboral, deberá optarse por la que resulte más beneficiosa para el trabajador, pero ello en cuanto lógicamente posible y razonablemente aplicable al caso (Corte Constitucional, 2000).

5. Aplicación de los derechos laborales a la condena del contencioso administrativo

Como bien se anotó de forma precedente, el Consejo de Estado en compañía de la Corte Constitucional no ha determinado un criterio unificado con relación a las sumas por pagar como consecuencia de la condena, pues bien, se han tenido distintos enfoques a lo largo de las decisiones proferidas, ello en virtud de las diferentes interpretaciones que versan sobre si el pago de las sumas se realiza como una indemnización o como el restablecimiento del derecho.

Inicialmente, cuando las Altas Cortes establecieron una postura garantista, por medio de la cual, no procedía descuentos con relación al pago se determinó que el mismo debía considerarse como la indemnización que el funcionario tenía derecho con ocasión al erróneo proceder de la Administración, tesis que atiende el principio de progresividad de los derechos de los trabajadores.

Ahora, de conformidad con la evolución de la jurisprudencia poco a poco se hizo evidente la restricción a dichas condenas con el fundamento de proteger los recursos del Estado, pues de continuar con una postura garantista las condenas a pagar re-

sultarían realmente cuantiosas, pues bien, a pesar de que el tiempo de caducidad de la acción es de cuatro (4) meses la congestión a la cual está sometido el órgano judicial hace que se genere un incremento importante en los valores a cancelar.

En cuanto al concepto bajo el cual debe entenderse el pago que se genera como consecuencia de la anulación de actos de retiro, analizado el contexto histórico normativo del medio de control de nulidad con restablecimiento del derecho, se infiere que se trata de un verdadero restablecimiento del derecho, lo cual se armoniza con la orden de reintegro “sin solución de continuidad” que se desprende de aquella declaración, situación que no obsta para que también sea posible la reparación de otros daños causados por la decisión controvertida que resulten demostrados en el plenario. No admitirlo así, comporta el desconocimiento injustificado de la no solución de continuidad para todos los efectos laborales, lo cual se acompasa con los efectos restitutorios de las sentencias de nulidad.

Así pues, es importante determinar que la naturaleza del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho resulta ser precisamente una figura ficticia por medio de la cual el sujeto afectado pueda restablecer aquello que le fue sustraído por un

acto ilegal, sin embargo, al observar las oscilaciones las Altas Cortes se observa una clara inobservancia de los principios del derecho laboral explicados de forma precedente.

La aplicación de los principios laborales propende por garantizar las mejores condiciones posibles para los trabajadores, así, el principio de progresividad y no regresividad busca que los logros de los trabajadores no puedan ser desconocidos ni desmejorados en sus condiciones. Por ello, no puede admitirse que la jurisprudencia esté exenta de su aplicación, por lo que desatenderlo implica el desconocimiento de valores superiores que orientan la aplicación de las fuentes formales del derecho laboral. De esta manera, al avanzar del restablecimiento del derecho a la indemnización, para permitir en un principio no ordenar descuentos, y después, retroceder nuevamente a limitar la indemnización con criterios temporales y materiales, es una clara omisión de este postulado.

Ahora bien, dado que la situación fáctica relacionada consiste en la efectiva vulneración de un derecho con ocasión a un acto ilegal de la administración, el test de proporcionalidad deberá versar en los siguientes principios constitucionales, así:

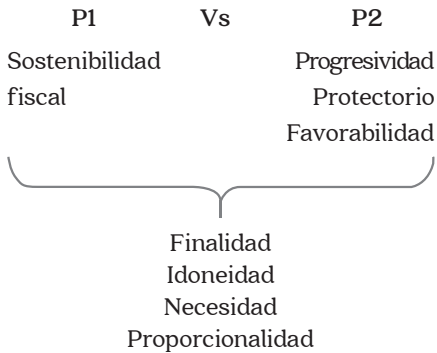


Imagen 1. Realizada por los autores con base en los criterios propuestos para el test de proporcionalidad expuestos en la sentencia C-470 de 2011

Una vez analizados los principios contrapuestos se puede establecer que la protección a los derechos laborales pretende cobijar también los derechos fundamentales del funcionario, es por ello, que una postura proporcional protectora de los recursos de la administración sobre los derechos laborales del funcionario iría en contravía del derecho laboral, constitucional e internacional, pues debe recordarse que la afectación sufrida fue ocasionada por el Estado y no por la personal.

Así pues, considerar que al servidor debe realizársele todo descuento de emolumentos percibidos por relaciones laborales legales o reglamentarias en el sector público y privado se encuentra en contravía de principios laborales básicos, pues, sería obligar al servidor a no encontrar sustento

económico durante el termino de duración de la controversia judicial.

6. Conclusiones

- a) La postura garantista es la idónea para cobijar la protección de los derechos laborales del funcionario, dado que la misma reconoce que el restablecimiento del derecho se produce con ocasión del actuar ilegal de la administración, la cual, el funcionario no está en la obligación de soportar.
- b) La existencia de posturas distintas por parte del Consejo de Estado y la Corte Constitucional originan inseguridad jurídica, dado que al no encontrarse debidamente determinado por el legislador la postura asumible, recae en la interpretación del órgano judicial cual será la aplicable durante un periodo de tiempo determinado por el mismo juez.
- c) Si bien se determina que la postura garantista es la ideal para proteger los derechos laborales del servidor se debe analizar si las sumas a pagar tienen el carácter indemnizatorio o de restablecimiento, para poder en conjunto analizar si la postura aplicable continúa siendo la garantista o bajo este estudio la misma sufrirá una variación conceptual.

d) De la jurisprudencia analizada, se puede extraer que los aspectos tenidos en cuenta para determinar que la condena económica derivada de los actos de retiro de servidores públicos son los siguientes:

- Incompatibilidad derivada del artículo 128 de la Constitución Política.
- La posibilidad del juez de señalar los efectos de la sentencia de nulidad.
- Si el carácter de la condena es de indemnización o de restablecimiento del derecho.
- El carácter temporal de las vinculaciones de los provisionales, aspecto que demuestra la ausencia de un precedente jurisprudencial sobre el tema concreto objeto de estudio.
- Enriquecimiento sin causa y la carga que tienen las personas de asumir su auto-sostenimiento.
- La reparación integral del daño.
- Evitar el pago de una indemnización excesiva.

Congreso de la Republica. (18 de mayo de 1992). Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política. [Ley 4 de 1992]. DO: 40.451.

Congreso de la Republica. (18 de enero de 2011). Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. [Ley 1437 de 2011]. DO: 47956.

Consejo de Estado, Sala plena de lo Contencioso Administrativo. (28 de agosto de 1996). Radicación número S-638. [Magistrado ponente: Carlos Arturo Orjuela Gongora].

Consejo de Estado, Sala plena de lo Contencioso Administrativo. (28 de enero de 2008). Radicación número 2000-02046-02 (IJ). [Magistrado ponente: Jesús María Lemos Bustamante].

Consejo de Estado, Sección segunda, Subsección B. (10 de septiembre de 2015). Radicación número 0917-2012. [Magistrado ponente: Gerardo Arenas Monsalve].

Bibliografía

Asamblea Nacional Constituyente. (7 de julio de 1991). Constitución Política de Colombia.

- Consejo de Estado, Sección segunda. (01 de marzo de 2018). Sentencia CE-SUJ-SII-009-2018. [Magistrado ponente: Sección Segunda].
- Consejo de Estado, Sección segunda. (12 de abril de 2018). Sentencia CE-SUJ-SII-010-2018. [Magistrado ponente: Sección Segunda].
- Corte Constitucional. (15 de mayo de 2000). Sentencia T-555. [Magistrado ponente: Fabio Moron Diaz].
- Corte Constitucional. (16 de noviembre de 2010). Sentencia SU-917. [Magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palacio].
- Corte Constitucional. (30 de marzo de 2011). Sentencia C-228. [Magistrado ponente: Juan Carlos Henao Perez].
- Corte Constitucional. Sentencia SU-691. (21 de septiembre de 2011). Sentencia SU-691. [Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto].
- Corte Constitucional. (24 de julio de 2014). Sentencia SU-556. [Magistrado ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez].
- Corte Constitucional. (12 de febrero de 2015). Sentencia SU-053. [Magistrado ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado].
- Corte Constitucional. (12 de febrero de 2015). Sentencia SU-054. [Magistrado ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez].
- Corte Constitucional. (25 de mayo de 2017). Sentencia SU-354. [Magistrado ponente: Ivan Humberto Escruceria Mayolo].
- Duque, G. (2011). *El derecho fundamental a una pensión y el principio de sostenibilidad financiera: un análisis desde el régimen solidario de prima media con prestación definida*. (Tesis de grado). Bogotá, D.C: Universidad de Antioquia-Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (16 de diciembre de 1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Obtenido de https://www.humanium.org/es/pacto-internacional-de-derechos-economicos-sociales-y-culturales-4/?gclid=EAIaIQobChMI-ycWEqbm03AIVyFmGChIbxwL-nEAAAYASAAEgIzufeD_BwE
- Organización de los Estados Americanos [OEA]. (22 de noviembre de 1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. Obtenido de <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos2.htm>