

INSUBSISTENCIA DE JUEZ PENAL DE INSTRUCCIÓN MILITAR CON POSTERIORIDAD A ABORTO- Autorización del Ministerio del Trabajo / PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DE SERVIDORA INSUBSISTENTE CON POSTERIORIDAD A ABORTO – Alcance REINTEGRO AL SERVICIO / INDEMNIZACION POR RETIRO EN ESTADO DE EMBARAZO / PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES HASTA EL REINTEGRO AL SERVICIO / DESVIACIÓN DE PODER

En cuanto al reintegro de la mujer que ha sido retirada del servicio por motivo de embarazo, sobre el particular anota la Corporación que hasta fecha reciente la jurisprudencia del Consejo de Estado había sido reiterada en el sentido de no ordenarlo, teniendo en cuenta que la ley establece indemnizaciones en caso de despido injustificado durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto o al aborto, limitándose a ese período la estabilidad derivada de dicha situación. Sin embargo, tal criterio jurisprudencial fue modificado por la Sala en sentencia del 3 de noviembre de 1993 con ponencia de la Magistrada, Dra Clara Forero de Castro, dentro del proceso No. 5065 en que fue demandante la señora Doris Mercedes Prada Castillo, en virtud de la especial protección que a la maternidad le dio el constituyente de 1991 en el artículo 43 de la Nueva Constitución Política. En estos eventos, por ende, la funcionaria tiene derecho además del reintegro al servicio a que se le reconozca la indemnización, la suma de dinero correspondiente a la licencia de maternidad, siempre y cuando el despido impida el goce de la misma, y el pago del tiempo comprendido entre la desvinculación del cargo y el reintegro, descontando lo atinente al tiempo de la licencia remunerada. De conformidad con lo establecido en el artículo 87 del Decreto 2247 de 1984, para el retiro del servicio de la actora debió acreditarse justa causa comprobada y mediante autorización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, procedimiento que no aparece se hubiera realizado en este asunto para la desvinculación. Mientras la administración no desvirtúe dicha presunción, debe aceptarse que el despido prohibido no tuvo por finalidad el buen servicio, configurándose de esta forma la desviación de poder. (...) Está probado en el proceso que la demandante fue separada del cargo de Juez 75 de Instrucción Penal Militar dentro de los tres meses siguientes al aborto que sufrió el día 17 de enero de 1987, situación de la cual tenía conocimiento el Departamento de Policía del Tolima, como se desprende de las incapacidades médicas que reposan a folios 82, 83, 85, 87 y 88 del cuaderno principal, de la declaración del médico, y del oficio del 19 de enero de 1987 suscrito por el Médico Jefe Sesan - Detol (...) Por consiguiente, de conformidad con lo establecido en el artículo 87 del Decreto 2247 de 1984, para el retiro del servicio de la actora debió acreditarse justa causa comprobada y mediante autorización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, procedimiento que no aparece se hubiera realizado en este asunto para la desvinculación. Y como lo señala la agencia del Ministerio Público, la entidad demandada no probó en contrario la presunción legal del despido por embarazo aplicable en el caso de la señora Reyes de Tavera (folios 421 ibídem). Mientras la administración no desvirtúe dicha presunción, debe aceptarse que el despido prohibido no tuvo por finalidad el buen servicio, configurándose de esta forma la desviación de poder.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2247 DE 1984 - ARTÍCULO 87

JUEZ PENAL DE INSTRUCCIÓN MILITAR – Cargo de libre nombramiento y remoción / ACTO DE INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN – No requiere motivación.

En lo atinente a la situación jurídica de la demandante frente a la carrera, la Sala comparte el planteamiento hecho sobre el tópico por la Fiscalía Novena del

Consejo de Estado, de conformidad con el cual la actora era funcionaria de libre nombramiento y remoción, en los términos señalados en el Decreto No. 2247 de 1984.(...) Esta disposición legal regula la administración del personal civil vinculado al Ministerio de Defensa y la Policía Nacional (art. 1o.): que este personal lo integran las personas naturales que prestan sus servicios en el despacho del señor Ministro, en la Secretaría General, en las Fuerzas Militares o en la Policía Nacional (art. 2o.): que los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional no hacen parte de la remoción, incluyendo a quienes se encuentren inscritos en otras carreras especiales o escalafones especiales (art. 8o.): que en cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento, sin motivar la providencia de conformidad con la facultad discrecional que tienen las autoridades nominadoras para nombrar y remover libremente sus funcionarios (art. 29). El estatuto de la carrera judicial no es aplicable a los jueces de Instrucción Penal Militar, por no haber sido estos funcionarios incorporados a ella, como se infiere de los artículos 7, 42 y 43 del Decreto 52 de 1987.

FACULTAD DISCRECIONAL – Es diferente a la facultad disciplinaria / FACULTAD DISCIPLINARIA – No inhibe la facultad discrecional

La facultad discrecional de libre nombramiento y remoción es completamente independiente de la acción disciplinaria, pues el proceso disciplinario carece de la virtualidad de conferir relativa inamovilidad en su empleo a un funcionario de libre nombramiento y remoción pudiéndose continuar y culminar a pesar del retiro. Tal circunstancia no impide el ejercicio del derecho de defensa del inculcado, ni la insubsistencia sustituye a la destitución, pues esta última constituye una sanción y no lo es la insubsistencia. Por ende, siendo diferentes la facultad sancionadora y la insubsistencia, pues mientras la primera es eminentemente reglada, la segunda es discrecional, salvo que se trate de funcionario de carrera, se presume ejercida con miras a garantizar el buen servicio público, no existiendo ninguna interferencia entre las dos, hasta el punto de que puede utilizarse esta a través de la declaración de insubsistencia aún estando en curso una investigación disciplinaria.

EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD - Improcedencia

Para que haya aplicación preferencial de la norma constitucional, esta debe regular la situación en forma diferente a la señalada por el legislador, de modo que la excepción no se circunscriba a la simple inaplicación de la ley, sino que además de ello, el asunto debatido quede regulado por el precepto constitucional que se aplica de preferencia, lo que no sucede en el sub - lite, pues como ya se dijo la referencia a dicho precepto para cuestionar la declaratoria de insubsistencia, no es válida, ya que a la actora con el acto enjuiciado no se le suspendió ni se le destituyó como consecuencia de un proceso penal o disciplinario.

INSUBSISTENCIA / PROCESO DISCIPLINARIO

La facultad discrecional de libre nombramiento y remoción es completamente independiente de la acción disciplinaria, pues el proceso disciplinario carece de la virtualidad de conferir la relativa inamovilidad en su empleo a un funcionario de libre nombramiento y remoción pudiéndose continuar y culminar a pesar del retiro. Tal circunstancia no impide el ejercicio de derecho de defensa inculcado, ni la insubsistencia sustituye a la destitución, pues esta última constituye una sanción y no lo es la insubsistencia. Por ende, siendo diferentes la facultad sancionadora y la insubsistencia, pues mientras la primera es eminentemente reglada, la segunda en discrecional, salvo que se trate de funcionario de carrera, se presume ejercida

con miras a garantizar el buen servicio público, no existiendo ninguna interferencia entre las dos, hasta el punto de que puede utilizarse ésta a través de la declaración de insubsistencia aún estando en curso una investigación disciplinaria.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: DIEGO YOUNES MORENO

Santafé de Bogotá, D.C., ocho (8) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994)

Radicación número: 5569

Actor: DORIS CECILIA REYES DE TAVERA

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA

Referencia: Apelacion sentencia

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de enero 14 de 1991 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima en el proceso incoado por la señora Doris Cecilia Reyes de Tavera en orden a obtener la nulidad del decreto No. 439 del 3 de marzo de 1987 expedido por el Gobierno Nacional, mediante el cual se declaró insubsistente su nombramiento como Juez 75 de Instrucción Penal Militar, Grado 17, del Departamento de Policía del Tolima. Pidió, así mismo el correspondiente restablecimiento del derecho (folios 115, 116 y 117 cdno. ppal.).

El a - quo, en la sentencia recurrida, denegó las súplicas del libelo (folios 361 a 362 ibídem), previa consideración de que la excepción de inepta demanda propuesta por la apoderada de la Policía Nacional no está llamada a prosperar, ya que no es cierto que la parte actora en el escrito demandatorio no haya invocado las normas violadas y explicado el concepto de la violación, cumpliéndose así el requisito del numeral 4o. del artículo 137 del C.C.A.; que en el caso sub - júdice no admite discusión que la demandante fue desvinculada del cargo dentro de los tres meses siguientes al aborto como bien lo advierte ésta y se comprueba satisfactoriamente en el expediente; que en principio podría pensarse que la declaración de insubsistencia tuvo por razón el embarazo y el posterior aborto, pero que el a - quo encuentra que la presunción de retiro por estas circunstancias que inicialmente la amparaba fue desvirtuada por la institución policiva al alegar y probar que el acto acusado se inspiró en la búsqueda del buen servicio público, es decir, no se configuró en este asunto la desviación de poder para que se pueda sostener que se disfrazó una destitución con dicha insubsistencia; que la persecución o animadversión que manifiesta la actora se llevó a cabo por sus superiores no tiene respaldo probatorio en el expediente; que los conflictos entre la actora y los Comandantes del Departamento de Policía del Tolima o Jueces de Primera Instancia por el reparto de los negocios y por el manejo del juzgado no

son siquiera indicios de que en el retiro de la demandante haya habido secretas intenciones distintas al móvil del mejoramiento del buen servicio; que estos hechos más bien reafirman que no existía una buena prestación del servicio público en el juzgado 75 de Instrucción Penal Militar; que la declaración de insubsistencia obedeció a la facultad discrecional que tiene la autoridad nominadora de nombrar y remover libremente a esta clase de funcionarios, consagrada en los artículos 8 y 29 del decreto 2247 de 1984, sin que fuera obligatorio en este evento el agotamiento de procedimiento disciplinario alguno, máxime si estos servidores públicos no pertenecen a la carrera judicial ni a la administrativa; que así las cosas, al ser el citado empleo de Juez de Instrucción de libre nombramiento y remoción y estar amparado el acto de la declaración de insubsistencia de la presunción de que se profirió con el fin de mejorar el servicio, lo cual no desvirtuó la parte actora dentro del proceso, debe concluirse que la administración desvinculó a la demandante dentro de los parámetros legales.

En la sustentación del recurso de apelación (folios 391 a 403 ibídem) expresa, en síntesis, la recurrente que la parte actora persigue se perfeccione el proceso mediante el decreto y práctica de pruebas que fueron decretadas en la primera instancia pero dejadas de practicar sin culpa de la parte interesada en ellas, además de las oficiosas que bien pueden ser las que denegó el a - quo, no obstante su procedencia, o las que los Consejeros de Estado tengan a bien decretar y estimar; que la sentencia apelada debe ser revocada en todas sus partes y sustituida por un fallo estimatorio de todas las pretensiones hechas en el escrito demandatorio; que acorde con el artículo 170 del C.C.A., la sentencia tiene que ser motivada en todos sus aspectos; que en el caso sub - júdice hubo falta de aplicación del sistema juzgatorio porque nada se dijo en el fallo del artículo 160 de la Constitución Política anterior, que es claro al establecer que los Magistrados y Jueces no podrán ser suspendidos en el ejercicio de sus destinos sino en los casos y con las formalidades que señale la ley, ni depuestos por causa de infracciones penales sino en virtud de sentencia judicial dictada por el respectivo superior; que cuando la Carta se refiere a dichos funcionarios judiciales no está aludiendo únicamente a quienes forman parte de la rama judicial sino a todos los jueces en general, incluyendo a los que integran las jurisdicciones especiales, como los de la Justicia Penal Militar; que la jurisprudencia no puede patrocinar que a base de omisiones los jueces de esta rama de la justicia no estén escalafonados en la carrera judicial para que se mantenga un sospechoso régimen de libre nombramiento y remoción y de falta de autonomía frente a los Comandos de los diferentes cuerpos; que el Consejo de Estado debe ocuparse de este aspecto que el Tribunal omitió hacer referencia en perjuicio de la parte demandante; que el a - quo al aplicar los artículos 8 y 29 del decreto 2247 de 1984, no tuvo en cuenta que esta disposición contiene un ordenamiento de carácter general que no incluye necesariamente al personal de la Justicia Penal Militar, porque este ha sido excluido expresamente en materia de disciplina y honor por el correspondiente reglamento, y vigente para la época, contenido en el artículo 263 del decreto 2835 de 1979; que en este asunto ha debido aplicarse la excepción de inconstitucionalidad, pues los artículos 8 y 29 del decreto 2247 de 1984 son contrarios abiertamente a lo establecido en el artículo 160 de la Carta de 1886, en lo atinente a los Jueces de la Justicia Penal Militar; que tal excepción no es discrecional sino imperativa y está consagrada en el artículo 215 de dicha Constitución; que en el caso sub - examine se hizo caso omiso de la obligatoriedad de las normas protectoras de la maternidad señaladas en el mismo estatuto, en los artículos 85, 86 y 87; que el a - quo afirma que la presunción de despido por embarazo fue desvirtuada cuando lo cierto es que no lo fue, porque la misma parte demandada a través de su apoderada sugiere generosamente que se le paguen a la actora los derechos prestacionales respectivos, lo cual significa

reconocimiento de responsabilidad y además porque este tópico está gobernado por la causal de expedición irregular; que no se encuentra en el expediente, si es que hubo en este asunto justa causa comprobada, la autorización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, prescrita en el artículo 87 del decreto ley 2247 de 1984; que si dicha autorización no consta en el proceso, no puede sostenerse que la parte demandada desvirtuó una presunción que no es tal, sino la comprobación cierta e inequívoca de que aún en el evento que fuera preciso desvincular del servicio a la demandante, para procurar su mejoramiento, no se cumplió la ley que indica el procedimiento a seguir para retirar mujeres por maternidad o aborto; que el señor Magistrado ponente del fallo apelado, en la etapa postulatoria, dejó de decretar pruebas que eran pertinentes y conducentes por considerar que afectan a la Policía Nacional, que no es un ente jurídico autónomo, causando así perjuicio a la parte actora consistente en que se le negó el derecho de defensa, por impedirle demostrar plenamente, la violación del artículo 160 de la Carta; que este asunto no fue juzgado de manera imparcial, por el episodio descrito en el escrito del recurso de apelación, razón por la cual lo ideal hubiera sido que en el presente caso los doctores José Manuel Santana Murillo y González Murcia se hubiesen declarado impedidos.

La **Fiscalía Novena del Consejo de Estado** estima que debe revocarse la sentencia apelada y, en su lugar, se acceda a las pretensiones del escrito demandatorio, incluida la indemnización por maternidad, por los motivos expuestos por la agencia del Ministerio Público en su concepto de fondo que reposa a folios 418 a 424 del cuaderno principal del expediente.

Admitido el recurso de apelación mediante auto de marzo 15 de 1991 (folio 407 ibídem), agotado el trámite de rigor de la segunda instancia y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se proceda a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

1o). Se trata de dilucidar en el caso sub - júdece la legalidad del decreto No. 439 del 3 de marzo de 1987 dictado por el Gobierno Nacional, mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento de la señora Doris Cecilia Reyes de Tavera como Juez 75 de Instrucción Penal Militar, grado 17, del Departamento de Policía del Tolima.

2o). Ahora bien, en cuanto que en este asunto se desconoció el artículo 160 de la Constitución Política anterior, según se plantea en el escrito contentivo del recurso de apelación, acorde con el cual los Jueces y Magistrados no podrán ser suspendidos en el ejercicio de sus destinos sino en los casos y con las formalidades que determine la ley, ni depuestos por causa de infracciones penales sino en virtud de sentencia judicial dictada por el respectivo superior, es preciso señalar que la referencia a dicho precepto constitucional para atacar la declaratoria de insubsistencia no es válida por cuanto a la demandante con el decreto impugnado, no se le suspendió ni se le destituyó como consecuencia de un proceso penal o disciplinario, evento en el cual sí habría sido indispensable que el juez para concluir la viabilidad de la suspensión o de la destitución, hubiera tenido que analizar cuidadosamente el procedimiento previo, la oportunidad para adoptar la decisión y la relación de causalidad entre uno y otro acto, de acuerdo con los hechos producidos.

3o). En lo atinente a la situación jurídica de la demandante frente a la carrera, la Sala comparte el planteamiento hecho sobre el tópico por la Fiscalía Novena del

Consejo de Estado, de conformidad con el cual la actora era funcionaria de libre nombramiento y remoción, en los términos señalados en el decreto No. 2247 de 1984 (folio 423 cdno. ppal.).

En efecto, esta disposición legal establece que regula la administración de personal civil vinculado al Ministerio de Defensa y la Policía Nacional (art. 1o.); que este personal lo integran las personas naturales que prestan sus servicios en el despacho del señor Ministro, en la Secretaría General, en las Fuerzas Militares o en la Policía Nacional (art. 2); que los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional no hacen parte de la carrera administrativa y son de libre nombramiento y remoción, incluyendo a quienes se encuentren inscritos en otras carreras especiales o escalafones especiales (art. 8o.); que en cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento, sin motivar la providencia, de conformidad con la facultad discrecional que tienen las autoridades nominadoras para nombrar y remover libremente sus funcionarios (art. 29).

De otra parte, como lo manifiesta el Tribunal del conocimiento en la sentencia apelada, el estatuto de la carrera judicial no es aplicable a los Jueces de Instrucción Penal Militar, por no haber sido estos funcionarios incorporados a ella, como se infiere de los artículos 7, 42 y 43 del Decreto 52 de 1987, no obstante lo prescrito en el artículo 56 del decreto 2247 de 1984 sobre prerrogativas en materia de asignaciones y primas señaladas para los servidores de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, y a lo dispuesto en el artículo 263 del Decreto 1835 de 1979, reglamento de disciplina y honor para la Policía Nacional, que excluye por vía de excepción aquellos funcionarios de este régimen disciplinario, lo cual no significa que en los demás aspectos no se encuentren regulados por el estatuto de personal civil consagrado en el Decreto 2247 de 1984, como lo pretende la parte actora en el escrito del recurso de apelación (folio 393 ibídem).

4o). En cuanto a la excepción de inconstitucionalidad propuesta, en virtud de que los artículos 8 y 29 del Decreto 2247 de 1984 son abiertamente contrarios al mandato del artículo 160 de la Carta de 1886, en lo atinente a los Jueces de la Justicia Penal Militar, ya que tales artículos se refieren exclusivamente al personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional (folio 393 ibídem), no es del caso decretarla porque su fundamentación no muestra que exista infracción manifiesta a la Constitución. Entiende la Sala que para que haya aplicación preferencial de la norma constitucional, ésta debe regular la situación en forma diferente a la señalada por el legislador, de modo que la excepción no se circunscriba a la simple inaplicación de la ley, sino que además de ello, el asunto debatido quede regulado por el precepto constitucional que se aplica de preferencia, lo que no sucede en el sub - lite, pues como ya se dijo la referencia a dicho precepto para cuestionar la declaratoria de insubsistencia, no es válida, ya que a la actora con el acto enjuiciado no se le suspendió ni se le destituyó como consecuencia de un proceso penal o disciplinario.

5o). Como lo sostiene el a - quo en el fallo recurrido, no está demostrado dentro del proceso que la persecución que dice la demandante se produjo contra ella por animadversión de sus superiores y los conflictos presentados entre ésta con los Comandantes del Departamento de Policía del Tolima y los Jueces de Primera Instancia, hubieran sido los motivos que originaron su desvinculación del servicio a través del Decreto No. 439 del 3 de marzo de 1987, proferido por el señor Presidente de la República y el Ministro de Defensa Nacional (folio 1 ibídem); es decir, que la autoridad nominadora tuviera en cuenta esas circunstancias para declarar insubsistente el nombramiento de la demandante como Juez 75 de Instrucción Penal Militar.

Tampoco está probado en el plenario que por supuestos malos manejos por parte de la actora con ocasión de su desempeño en el citado cargo y a los que se alude en el escrito demandatorio (folio 133 ibídem) se hubiera proferido el acto de la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, constituyendo así su retiro del servicio una destitución disfrazada, sin que se garantizara el ejercicio del derecho de defensa.

Es preciso destacar, como lo ha manifestado la Corporación en varias oportunidades, que la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción es completamente independiente de la acción disciplinaria, pues el proceso disciplinario carece de la virtualidad de conferir relativa inamovilidad en su empleo a un funcionario de libre nombramiento y remoción pudiéndose continuar y culminar a pesar del retiro. Tal circunstancia no impide el ejercicio del derecho de defensa del inculpado, ni la insubsistencia sustituye a la destitución, pues esta última constituye una sanción y no lo es la insubsistencia.

Por ende, siendo diferentes la facultad sancionadora y la insubsistencia, pues mientras la primera es eminentemente reglada, la segunda es discrecional, salvo que se trate de funcionario de carrera, se presume ejercida con miras a garantizar el buen servicio público, no existiendo ninguna interferencia entre las dos, hasta el punto de que puede utilizarse esta a través de la declaración de insubsistencia aún estando en curso una investigación disciplinaria.

El principio anteriormente expuesto es aplicable al caso sub - lite, si se tiene en cuenta que la actora en la demanda alude a que está siendo investigada por presuntas irregularidades cometidas en el ejercicio de su empleo, por queja formulada contra ella por un particular (folio 134 ibídem) y a que en la adición del libelo (folio 320 ibídem) se hace referencia a que han cursado contra la demandante dos investigaciones disciplinarias, la una archivada por falta de mérito para formular cargos por la Procuraduría Delegada para la Policía Nacional, y la otra, que se encuentra en trámite en la Procuraduría Regional de Ibagué, por lo que según la actora no fue esperada por la administración la correspondiente decisión para que se procediera a destituir la con el pretexto del ejercicio de una facultad discrecional inexistente y porque los hechos que originaron la investigación en curso fueron anteriores a la desvinculación del servicio y, por consiguiente, están erigidos en un vicio oculto del acto administrativo enjuiciado.

Sobre el tópico, dirá la Sala, además de lo expresado, que en este asunto tampoco está probado que por tales investigaciones se hubiera tomado la determinación por el Gobierno Nacional de desvincular de la administración a la demandante.

Respecto a que la declaración de insubsistencia también fue una destitución disfrazada (folio 176 ibídem), porque según escrito de la apoderada de la Nación (folio 171 ibídem), desde el ingreso a la institución la actitud asumida por la actora fue polémica y la Policía Nacional debe regirse por estrictas normas de comportamiento y disciplina, que a lo largo de las pruebas aportadas, eran discutidas en forma continua e injustificada por ella y a que el "conducto regular" era violado permanentemente y, por consiguiente, obstaculizaba el buen servicio a cargo de la administración, dirá la Corporación que tampoco está demostrado dentro del proceso que por aquellas circunstancias el Gobierno Nacional produjo la desvinculación de la demandante a través del decreto impugnado.

A folios 88 y 90 del cuaderno No. 2 sólo aparece en la exposición de motivos del proyecto que dio origen al acto acusado, que el retiro de la administración de la actora se propuso por necesidades del servicio teniendo en cuenta que era una funcionaria de libre nombramiento y remoción del Gobierno Nacional.

6o). El Decreto No. 2247 de 1984, aplicable al caso sub - exámine, dispone que las empleadas del Ministerio de Defensa Nacional y de la Policía Nacional que en el curso del embarazo sufran aborto, tienen derecho a una licencia remunerada por el término de cuatro semanas (art. 85); que durante el embarazo y a los tres meses siguientes a la fecha del parto o aborto, únicamente podrá efectuarse el retiro de dichas funcionarias por justa causa comprobada y mediante autorización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; que se presume que el retiro se ha llevado a cabo por motivo del embarazo cuando ha tenido lugar dentro de los períodos allí indicados, sin las formalidades que se establecen para el efecto; que en este evento las funcionarias tienen derecho a que se le pague una indemnización equivalente al salario de sesenta días, fuera de las prestaciones a que hubiere lugar, de conformidad con su situación legal y además al pago de la licencia remunerada si el retiro impide el goce de esta (art. 87).

Como es de conocimiento, los artículos 21 del Decreto 3135 de 1968; 31, 39 a 41 del Decreto 1848 de 1969 contemplan este aspecto dentro del régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales establecido en tales disposiciones, no aplicables en este asunto, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 3193 de 1968 y 105 del Decreto 1848 de 1969, y además por existir norma especial que regula esta materia (Decreto 2247 de 1984).

7o). En cuanto al reintegro de la mujer que ha sido retirada del servicio por motivo de embarazo, sobre el particular anota la Corporación que hasta fecha reciente la jurisprudencia del Consejo del Estado había sido reiterada en el sentido de no ordenarlo, teniendo en cuenta que la ley establece indemnizaciones en caso de despido injustificado durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto o al aborto, limitándose a ese período la estabilidad derivada de dicha situación. Sin embargo, tal criterio jurisprudencial fue modificado por la Sala en sentencia del 3 de noviembre de 1993 con ponencia de la Magistrada doctora Clara Forero de Castro, dentro del Proceso No. 5065 en que fue demandante la señora Doris Mercedes Prada Castillo, en virtud de la especial protección que a la maternidad le dio el Constituyente de 1991 en el artículo 43 de la nueva Constitución Política.

En estos eventos, por ende, la funcionaria tiene derecho, además del reintegro al servicio, a que se le reconozca la indemnización, la suma de dinero correspondiente a la licencia remunerada, siempre y cuando el despido impida el goce de la misma, y al pago del tiempo comprendido entre la desvinculación del cargo y el reintegro, descontando lo atinente al tiempo de la licencia remunerada.

Como lo afirma el Tribunal Administrativo del Tolima en el fallo recurrido de enero 14 de 1991 (folio 380 ibídem) y la Fiscalía Novena del Consejo de Estado en su concepto de fondo (folios 420 y 421 ibídem), está probado en el proceso que la demandante fue separada del cargo de Juez 75 de Instrucción Penal Militar dentro de los tres meses siguientes al aborto que sufrió el día 17 de enero de 1987, situación de la cual tenía conocimiento el Departamento de Policía del Tolima, como se desprende de las incapacidades médicas que reposan a folios 82, 83, 85, 87 y 88 del cuaderno principal, de la declaración del médico ginecólogo Ramiro Lozano Neira, que obra a folios 262 y 262 vuelto ibídem, y del oficio del 19 de enero de 1987 suscrito por el Médico Jefe Sesan - Detol que aparece a folios 26 y 27 de la hoja de vida de la actora.

Por consiguiente, de conformidad con lo establecido en el artículo 87 del Decreto 2247 de 1984, para el retiro del servicio de la actora debió acreditarse justa causa comprobada y mediante autorización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, procedimiento que no aparece se hubiera realizado en este asunto para la desvinculación. Y como lo señala la agencia del Ministerio Público, la entidad demandada no probó en contrario la presunción legal del despido por embarazo aplicable en el caso de la señora Reyes de Tavera (folios 421 ibídem).

Mientras la administración no desvirtúe dicha presunción, debe aceptarse que el despido prohibido no tuvo por finalidad el buen servicio, configurándose de esta forma la desviación de poder.

Así las cosas, el acto acusado es nulo por haber sido dictado desconociendo el mandato del artículo 87 del Decreto 2247 de 1989. El restablecimiento del derecho, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del decreto impugnado, 439 de 1987, se ordenará acorde con lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

9o). La Corporación se abstiene de pronunciarse sobre el vicio de incompetencia alegado por la Fiscalía Novena del Consejo de Estado, en cuanto a que el nominador era en este asunto el Tribunal Superior Militar y no el Gobierno Nacional (folio 424 ibídem), porque siendo esta jurisdicción rogada, no es dable analizar el cargo contra el acto enjuiciado hecho por la agencia del Ministerio Público, por no haber sido invocado por la parte demandante en el libelo tal incompetencia como causal de anulación del Decreto 439 de 1987.

10o). En relación con lo expresado por la actora en el recurso de apelación de que dos de los Magistrados del Tribunal Administrativo del Tolima han debido declararse impedidos para conocer de este caso por los motivos allí señalados (folios 398 a 400 ibídem), bien pudo la parte demandante haberlos recusado en la oportunidad procesal idónea, acudiendo a lo preceptuado en el artículo 160 del C.C.A. que en esta materia remite al artículo 142 y s.s. del Código de Procedimiento Civil.

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

FALLA:

1o. Revócase la sentencia apelada de enero 14 de 1991 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima en el proceso incoado por la señora Dora Cecilia Reyes de Tavera.

En su lugar se dispone:

2o. Declárase la nulidad del Decreto No. 439 del 3 de enero de 1987 expedido por el Gobierno Nacional, mediante el cual se declaró insubsistente su nombramiento como Juez 75 de Instrucción Penal Militar, grado 17, del Departamento de Policía del Tolima.

3o. Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, la Nación (Ministerio de Defensa Nacional) reintegrará a la demandante

al cargo que venía desempeñando al momento de su remoción, o a otro de igual o superior jerarquía.

4o. Condénese a la Nación a reconocer y pagar a la señora Cecilia Reyes de Tavera todos los sueldos y prestaciones dejados de devengar desde el retiro del servicio, como consecuencia de la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, hasta cuando se produzca su reintegro, descontando de esta suma lo que hubiere recibido por concepto de entidades públicas, conforme al artículo 64 de la Carta de 1886 y 128 de la Constitución de 1991.

5o. Condénese a la Nación a pagar a la demandante el valor de 60 días de salario como indemnización, en los términos de lo dispuesto en el artículo 87 del Decreto 2047 de 1984.

6o. Declárase para todos los efectos legales, que no ha habido solución de continuidad en la prestación de los servicios a la Nación por parte de la demandante.

7o. Condénese a la Nación a pagar a la actora la remuneración correspondiente a los días trabajados durante el período de la licencia, según constancia que aparece a folio 89 del cuaderno principal.

8o. Para el cumplimiento de la sentencia, la Nación observará lo dispuesto por los artículos 176 y 177 del C.C.A.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y, UNA VEZ EJECUTORIADA ESTA PROVIDENCIA, DEVUÉLVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 17 de marzo de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas

Joaquín Barreto Ruiz

Clara Forero de Castro

Alvaro Lecompte Luna

**Carlos Arturo Orjuela Góngora
(Aclara Voto)**

Diego Younes Moreno

**Eneida Wadnipar Ramos
Secretaria**

SALVAMENTO DE VOTO

SENTENCIA CONDENATORIA / DOBLE ASIGNACION DEL TESORO - Inexistencia / DESCUENTO - Improcedencia / EMPLEADO PUBLICO - Inexistencia / INDEMNIZACION DE PERJUICIOS / ANALOGIA - Improcedencia - (Aclaracion de Voto)

Las sumas a que se condena en la sentencia confirmada, para las cuales se toma en cuenta la equivalencia de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre la fecha de la desvinculación y la del reintegro no tienen el carácter de otro "empleo público" u otra asignación que provenga del "Tesoro Público", sino que en verdad vienen a resarcir el perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le generó al respectivo demandante. No existe norma expresa que le ordene a la Jurisdicción contencioso administrativa esta clase de pronunciamientos: y como bien lo aduce la providencia transcrita, en esta materia no es procedente la aplicación analógica. El juez no puede crear normas, y al hacer este pronunciamiento en la parte resolutive de la sentencia y ordenar tales descuentos, está creando una disposición que no está prevista de esta manera en el texto constitucional, ni consignada en esos términos en la ley.

PROTECCION A LA MATERNIDAD / REINTEGRO / INDEMNIZACION POR RETIRO EN ESTADO DE EMBARAZO - Compatibilidad / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - (Aclaracion de Voto).

El rumbo jurisprudencial contenido en la sentencia respecto de la protección integral de la mujer, y en especial de la trabajadora como madre y eje central de la familia, significa un avance importante que se compagina con los lineamientos de la Constitución de 1991. Abrigo, sin embargo, dudas en cuanto a la procedencia simultánea del reintegro con sus consecuencias económicas, y la indemnización

por el retiro en estado de embarazo. Empero, la invocación del principio de favorabilidad me llevó a compartirla en este caso.

Consejero ponente: CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA

Santafé de Bogotá, D.C., doce (12) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994)

Radicación número: 5569

Actor: DORIS CECILIA REYES DE TAVERA

Referencia: Autoridades Nacionales

Con el más profundo respeto por la opinión mayoritaria de la Sala, y no obstante compartir en su esencia la providencia adoptada en este proceso, me separo de lo dispuesto en la parte resolutive en cuanto al revocar para acceder a las súplicas de la demanda se ordena el descuento de las sumas que pueda haber recibido la parte demandante de otra Entidad Oficial, para lo cual se invoca el artículo 128 de la Constitución Nacional.

En efecto, para el suscrito Consejero es claro que las sumas a que se condena en la sentencia confirmada, para las cuales se toma en cuenta la equivalencia de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre la fecha de la desvinculación y la del reintegro no tienen el carácter de otro "empleo público" u otra asignación que provenga del "Tesoro Público", sino que en verdad vienen a resarcir el perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le generó al respectivo demandante.

Bajo la vigencia del anterior estatuto constitucional, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, al debatir este punto en procesos ejecutivos laborales donde se ventilaba el cumplimiento de sentencias de la jurisdicción contencioso administrativa, formuló - de manera reiterada - algunos razonamientos de la siguiente guisa:

"Tomando apoyo en el artículo 64 de la C.N. y en la circunstancia de que el ejecutante había devengado sueldo de la Policía Nacional la Entidad demandada excepcionó compensación. cobro de lo no debido y pago respecto de los salarios y prestaciones que el demandante hace valer coercitivamente con base en sendas sentencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo que ordenaron su reintegro a la Caja de Previsión Social de Cundinamarca.

"El artículo 64 de la Constitución Nacional, dispone:

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

"La prohibición que consagra el artículo 64 transcrito se refiere a la imposibilidad jurídica de recibir más de una asignación del Erario Público; pero esa prohibición, por ser tal, no puede aplicarse a situaciones similares así ellas revistan la condición de ser análogas puesto que, tanto en materia civil y por ende la laboral en

ese punto de prohibiciones rige el principio de la tipicidad; no hay prohibición sin ley que la consagre; la analogía en las penas es inadmisibles".

"Nada impide recibir del Estado sueldo e indemnizaciones al mismo tiempo. Los casos de compatibilidad son numerosos. Piénsese por ejemplo, en el trabajador oficial favorecido con condena a cargo de entidad oficial obligada a pagarle la indemnización moratoria conforme al artículo 1o. del decreto 797 de 1949, cuando al mismo tiempo y durante la tramitación del correspondiente proceso ordinario y con posterioridad a él el mismo trabajador ha sido vinculado contractualmente o por relación legal y reglamentaria con otra Entidad oficial. La compatibilidad entre la indemnización y el sueldo nunca ha sido puesta en duda en un caso de esa naturaleza".

"La razón está en que la asignación, con su equivalente sueldo, no se asimila a la indemnización. Devengar simultáneamente sueldo o indemnización, es decir, dos prestaciones (en sentido genérico) que tienen dos causas diferentes, no puede estimarse como prohibido por la Constitución Nacional. El artículo 64 busca, ante todo, que la misma persona no desempeñe simultáneamente dos o varios empleos públicos. Pero si una erogación del Erario Público tiene su fuente en el contrato ficto de trabajo o en la situación legal reglamentaria y otra erogación del mismo Erario proviene del hecho ilegal de la administración, la prohibición del artículo 64 no puede admitirse".

"Es precisamente lo que ocurre en el evento de autos. Porque el pago de salario dejado de percibir que ordenó la justicia administrativa como consecuencia del reintegro tiene carácter indemnizatorio; busca reparar el daño o perjuicio que ocasionó al demandante el acto nulo de la administración que lo desvinculó ilegalmente del servicio. En cambio los salarios que el actor devengó por servicios prestados a la Policía Nacional tienen su fuente de esa relación de servicio..." (Providencia del 28 de agosto de 1984, con ponencia del H. Magistrado Dr. Darío Sánchez Herrera, en el proceso de Camilo Cortés B. contra la Caja de Previsión Social de Cundinamarca.) (Esta tesis se reiteró en el expediente No. 40.878, Ponente: H. Magistrado Dr. Alberto Rodríguez R., marzo 11 / 87; de igual manera, en el exp. No. 29629, Ponente: H. Magistrada Dra. Alba Luz Mossos G., junio 5 / 84; en el exp. No. 35949, Ponente: H. Magistrada Dra. Emilia Mesa S., octubre 15 / 85; y posteriormente, ha sido mantenida por la Sala mencionada del Tribunal Superior de Bogotá).

Dichos planteamientos son válidos enfrente de la redacción de la nueva norma constitucional (Art. 128).

De otro lado, es lo cierto que no existe norma expresa que le ordene a la jurisdicción contencioso administrativa esta clase de pronunciamientos; y como bien lo aduce la providencia transcrita, en esta materia no es procedente la aplicación analógica.

Por último, es ostensible que el juez no puede crear normas, y al hacer este pronunciamiento en la parte resolutive de la sentencia y ordenar tales descuentos, está creando una disposición que no está prevista de esta manera en el texto constitucional, ni consignada en esos términos en la ley.

Por estas sintéticas consideraciones, entonces no comparto la parte resolutive de la sentencia, en lo que se relaciona con esta clase de descuentos.

De otro lado, como lo señalé en asunto similar, estimo que el rumbo jurisprudencial contenido en la sentencia respecto de la protección integral de la mujer, y en especial de la trabajadora como madre y eje central de la familia, significa un avance importante que se compagina con los lineamientos de la Constitución de 1991. Abrigo, sin embargo, dudas en cuanto a la procedencia simultánea del reintegro con sus consecuencias económicas, y la indemnización por el retiro en estado de embarazo. Empero, la invocación del principio de favorabilidad me llevó a compartirla en este caso.

En estos términos, entonces, dejo expuesto mi pensamiento sobre el particular, esto es, sobre los dos aspectos que planteé en la discusión del asunto en la Sala.

Con todo acatamiento,

Carlos Arturo Orjuela Góngora