

RENUNCIA PROTOCOLARIA - Improcedente. Estado de embarazo. Hecho notoria / MUJER EN ESTADO DE EMBARAZO - Improcedente renuncia protocolaria / PROTECCION A LA MATERNIDAD - Estabilidad laboral reforzada / ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA - Protección de origen constitución / PRESUNCION DE LA DISCRIMINACION - Despido de mujer embarazada e indemnización / REINTEGRO DE MUJER EMBARAZADA - Renuncia protocolaria; Restablecimiento integral / RESTABLECIMIENTO INTEGRAL EN REINTEGRO - Evolución jurisprudencial

Encuentra la Sala que el 19 de enero de 2000 el Alcalde de Santiago de Cali, en reunión del Consejo de Gobierno, pidió la renuncia protocolaria a todo su gabinete. La demandante para esa época se encontraba en estado de embarazo y, en su condición de Secretaria de Vivienda, asistió a dicha reunión y firmó como los demás la renuncia protocolaria solicitada. Ahora bien, para el 19 de enero de 2000, fecha en que se llevó a cabo la reunión del Consejo de Gobierno y se pidió la renuncia protocolaria, el estado de embarazo de la demandante era un hecho notorio, porque tenía más de 8 meses de gestación. Por la protección especial que goza la mujer en estado de embarazo, argumentos como los esbozados en este caso, consistentes en que el Alcalde de la época podía pedir la renuncia protocolaria, atendiendo la naturaleza del cargo que ocupaba la demandante, no constituyen razones suficientes para justificar la decisión controvertida. Así las cosas, como no hay duda del estado de embarazo de la demandante y que su renuncia fue provocada, se presume que fue objeto de discriminación y, por tal razón, surge la obligación de un trato especial favorable (artículo 13 de la C. P.).

Estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo: El derecho a la estabilidad laboral reforzada en cabeza de la mujer embarazada se encuentra reconocido tanto en la Constitución como en las leyes laborales y ha sido garantizado, en reiterada jurisprudencia, por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. En estos términos es importante recordar que el reconocimiento de este derecho no es una reciente innovación constitucional. Por el contrario, incluso antes de expedida la Carta de 1991, con el fin de combatir la discriminación laboral contra la mujer embarazada y la consecuente vulneración de sus derechos a la libre determinación, a la maternidad, al trabajo y a la igualdad, el legislador preconstitucional consagró el derecho de la mujer gestante a no ser despedida de su empleo sin que previamente la autoridad laboral competente hubiere producido, con todas las garantías del debido proceso, la respectiva autorización. Para garantizar este derecho el legislador estableció dos salvaguardas: la presunción de la discriminación cuando la trabajadora en estado de embarazo era despedida sin que existiera la respectiva autorización y la obligación de indemnizar a la trabajadora despedida en estas circunstancias. En efecto, en casos como el mencionado existe una presunción de discriminación que opera en contra de la administración y, por consiguiente, el acto administrativo correspondiente – con independencia de la facultad que se ejerza para expedirlo y de la autoridad administrativa que lo expida - tiene la carga de desvirtuar tal presunción. En este sentido se ha afirmado que la mujer en Estado de embarazo no tiene un derecho absoluto a permanecer en su lugar de trabajo, lo que ocurre es que la administración debe demostrar que el retiro no se produce por el hecho del embarazo de la servidora pública sino por la ocurrencia de una justa causa debidamente demostrada. La Sala considera que verificada la ilegalidad del acto administrativo acusado en razón de la especial presunción que dispuso la ley para el caso de la licencia de maternidad y el fuero por la misma contingencia, su declaratoria de nulidad tiene los efectos, como la de cualquier acto, de retrotraer la situación al estado anterior. Por ello el restablecimiento implica necesariamente el reintegro al cargo que ocupaba la servidora y el pago de todos los emolumentos

dejados de percibir desde el retiro hasta el momento del reintegro. No procede, en cambio, el pago adicional de los 11 días que le faltaban para el parto y las 12 semanas subsiguientes que dispuso el a quo, porque como el restablecimiento es integral, por el tiempo que la servidora permaneció desvinculada, tal suma deviene en un doble pago que resultaría ilegal.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA-SUBSECCION "A"

Consejero ponente: JAIME MORENO GARCIA

Bogotá D.C., dieciocho (18) de octubre de dos mil siete (2007)

Radicación número: 76001-23-31-000-2000-01772-01(1495-06)

Actor: MARIA CRISTINA PALAU SALAZAR

Demandado: MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 3 de febrero de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

ANTECEDENTES

María Cristina Palau Salazar, a través de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicita que se declare la nulidad del decreto No. 0074 de 2 de febrero de 2000, proferido por el Alcalde de Santiago de Cali, por medio del cual se aceptó su renuncia.

A título de restablecimiento del derecho pide el reintegro al cargo que ocupaba de Secretaria de Vivienda Social o a otro de superior categoría, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la fecha del retiro hasta cuando se haga efectiva la sentencia; también solicita el pago de la licencia de maternidad a que tiene derecho y que para todos los efectos se declare que no hubo solución de continuidad. Por último, reclama que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

La demandante, como hechos en los cuales fundamenta sus pretensiones, manifiesta que se desempeñó como Secretaria de Vivienda Social en el Municipio de Santiago de Cali hasta el 2 de febrero de 2000.

Que el Alcalde de la época solicitó a todos los jefes de despacho la renuncia protocolaria, grupo en el que se encontraba su cargo. Afirma que él era consciente de su estado de embarazo y aún así la presionó para que dimitiera.

Señala que desde *“su ingreso en 1998, hasta la fecha en que fue retirada del cargo en el año 2000, .. ha servido con tal idoneidad, como corresponde a un excelente servidor público, ejerciendo sus funciones con eficiencia, dedicación y responsabilidad sin que hubiere sido sancionada por falta alguna”* (fl. 17).

Reitera que fue presionada para dimitir, pues *“sería ilógico imaginar, que por motivos personales en esa situación especial de embarazo ella vaya voluntariamente a renunciar, a sabiendas de que tenía beneficios por su licencia de maternidad remunerada”* (fl. 18)

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda (fls. 158, 159).

Señaló, en síntesis, que el estado de embarazo de la demandante era un hecho notorio, por las diversas incapacidades y licencias que pidió, así como por su cercanía al Alcalde, ya que hizo parte de su gabinete y del Consejo de Gobierno. Que en esas circunstancias, el Alcalde de Santiago de Cali citó el 19 de enero de 2000 a su gabinete (reunión a la cual concurrió la actora) *“y con el pretexto de quedar en libertad para hacer un replanteamiento para su último año de gobierno les solicitó renuncia protocolaria a todos los integrantes para lo cual hizo rotar una carta previamente elaborada para todo el grupo”* (fl. 155).

Comentó que la renuncia de la actora fue aceptada cuando se encontraba en incapacidad por el embarazo. Precisó que 11 días después de su retiro se produjo el nacimiento de su hijo, es decir, 14 días después de haberse reunido el nominador con su gabinete para solicitarles la renuncia.

Concluyó que en este caso por no haberse motivado el retiro y atendiendo el avanzado estado de embarazo de la demandante, se presume que esta fue la causa de la desvinculación, *“no obstante la categoría de la funcionaria, circunstancia que para este evento no tiene distingos en la Ley ni en la jurisprudencia. La renuncia así plasmada no era el querer de la señora MARIA CRISTINA PALAU, consciente de su situación de maternidad y de los beneficios que la amparaban por su vinculación laboral”* (fl. 156).

Consideró que debe prosperar parcialmente la nulidad del acto de aceptación de la renuncia, en cuanto la misma debió complementarse con el reconocimiento del derecho de devengar como licencia el tiempo que le restaba para dar a luz once (11) días, más el valor del descanso que por doce semanas establecen los artículos 2 de la ley 197/38, 21 del decreto 3135/68, 34 de la ley 50/90 y 39 del decreto 1848/69.

FUNDAMENTO DEL RECURSO

La parte actora solicita que se revoquen los numerales 3º y 4º de la sentencia apelada y, en su lugar, se acceda a las demás pretensiones de la demanda (fl. 162).

Señala que deben ser revocados los numerales 3º y 4º de la sentencia apelada, por cuanto desconocieron los antecedentes jurisprudenciales sobre la materia, pues se *“ha considerado que el reconocimiento del derecho en estos casos no consiste únicamente en el pago de las sumas que le resarzan e indemnizen los perjuicios sufridos como consecuencia de la arbitrariedad de la administración pública, sino que apareja el reintegro al empleo del cual fue ilegalmente separada, a otro de igual o superior jerarquía y remuneración, y desde luego, la declaración de que no hay solución de continuidad por virtud del lapso que medie entre el retiro y el reintegro”* (fls. 165, 166).

Afirma que el a-quo en su decisión hace creer que el cargo ocupado por la demandante es de periodo fijo al igual que el del Alcalde, *“lo cual es salido de todo margen legal”*, pues el Secretario de Vivienda Social es de libre nombramiento y remoción.

Agotado el trámite de rigor de la segunda instancia y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

En este caso se controvierte la legalidad del **decreto No. 0074 de 2 de febrero de 2000**, proferido por el Alcalde de Santiago de Cali, por medio del cual fue aceptada la renuncia de la actora.

Sostiene la parte demandante que la renuncia de María Cristina Palau Salazar fue el resultado de presiones del Alcalde de la época; que sería ilógico para ella dimitir por su estado de embarazo difícil y avanzado. Pide que por el fuero especial de maternidad que la ampara, el restablecimiento del derecho sea integral.

1. En cuanto a que la renuncia fue provocada:

Encuentra la Sala que el 19 de enero de 2000 el Alcalde de Santiago de Cali, en reunión del Consejo de Gobierno, pidió la renuncia protocolaria a todo su gabinete:

“Yo necesito reacomodar mi equipo de gobierno y saber quienes tienen aspiraciones políticas, yo no puedo gobernar con gente que en abril me diga alcalde me voy. Necesito saber hoy, mañana y la otra semana, quienes están aspirando al Consejo de la ciudad, a la asamblea, a la gobernación y a reemplazarme a mí. Quiero ponderar el trabajo de todos ustedes. No quiere decir que mañana yo voy hacer los cambios, ni siquiera la próxima semana, pueden seguir tranquilos haciendo su gestión hasta que yo tenga claridad desde el punto de vista político y gerencial.

Tengo que ser justo con mi ciudad y con mi gobierno, yo necesito tener en las próximas semanas mucha claridad para integrar el equipo definitivo de gobierno; los que van conmigo hasta el 31 de diciembre dándole el empujón final a esta administración resaltando nuevamente que este año es el que queda en la retina de la gente” (Resaltado fuera del texto - fl. 142 cdno ppal)

La demandante para esa época se encontraba en estado de embarazo y, en su condición de Secretaria de Vivienda, asistió a dicha reunión y firmó como los demás la renuncia protocolaria solicitada.

La prueba testimonial, corrobora las anteriores afirmaciones:

- Eliana María Mera Quimbaya, Ex-secretaria de despacho del Municipio de Santiago de Cali, señaló:

“La doctora María Cristina se encontraba en estado de embarazo, el día que le llegó la notificación donde le decían que a ella le habían aceptado la renuncia, no se encontraba en el Despacho, pues estaba donde el médico porque se encontraba indispueta y le estaban tomando unos exámenes y fue incapacitada ese mismo día.....el 19 de enero, hubo consejo de gobierno donde les pidieron la renuncia protocolaria a los Secretarios de Despacho. Quedaron interinos ellos a partir de esa fecha, y ella fue notificada de la aceptación de dicha renuncia el día 2 de febrero” (Resaltado fuera del texto - fl. 7 cdno 2).

- Luz Mercedes Quintana de Ramírez, Ex-asesora del Alcalde de Santiago de Cali, precisó:

“María Cristina fue retirada del servicio a partir del mes de febrero del 2.000 posterior a lo que fue una renuncia protocolaria que se llevó a cabo en el Consejo de Gobierno celebrado el 19 de enero del mismo año del cual hice parte. El señor Alcalde en esa reunión y como punto especial del orden del día, hizo un informe sobre lo que habían sido los dos años de labores, la importancia que para él tenía su último año de Gobierno y el fortalecimiento que debía dársele a la organización, convocándonos a que trabajáramos en equipo para bien de nosotros y de la ciudad.....Igualmente nos manifestó que quienes tenían interés de retirarse de la Administración para participar en concejos, asambleas, gobernación o a quien debía sucederle lo debíamos manifestar en forma oportuna para él hacer su replanteamiento tanto de organización como de políticos. Una vez se terminó la sección procedimos a la firma de la renuncia protocolaria de todos los que en ella participamos y que hacíamos parte del gabinete.....La Doctora María Cristina se encontraba en estado de embarazo, venía trabajando pero siempre con interrupción por incapacidades que frecuentemente le hacían, recuerdo que el día que le comunicaron a ella, que no continuaba en la Administración, ella me informó temprano que estaba indispueta y que por lo tanto había asistido al médico en donde se le había dictaminado una incapacidad como también formulado algunos medicamentos para contrarrestar el malestarTodos los que asistimos a la reunión firmamos la carta de renuncia protocolaria, tengo entendido que la renuncia se la aceptaron a la Dra. María Cristina fue en febrero y el consejo de gobierno fue en Enero 19 del 2.000..... Concretamente puedo manifestar sobre un caso y creo que se deriva del mismo Consejo de Gobierno en donde se dijo que si se tenía aspiraciones políticas se debía renunciar con tiempo, el caso es el de Carlos José Holguín..... ” (Resaltado fuera del texto - fls. 11, 12 cdno 2).

- Gonzago de Jesús Becerra Hernández, Ex-motorista de la Secretaría de Vivienda del Municipio de Santiago de Cali, aseveró:

“En un consejo de Gobierno como es lógico el Alcalde Ricardo Cobo, convocó a un consejo de gobierno para ratificar los cargos y por comentarios de los demás motoristas me di cuenta que a la Dra. María Cristina Palau no la habían ratificado en su cargo. En ese momento nosotros nos encontrábamos en la Clínica, y ella muy angustiada me comentaba que a ella no la habían ratificado en el cargo a pesar de que ella se encontraba incapacitada. Ella se encontraba en embarazo a pesar de ese estado, yo la recogía todos los días a las 7 de la mañana y la llevaba a su Despacho” (Resaltado fuera del texto - fl. 15 cdno 2).

De dicha prueba también se establece que el Alcalde de Santiago de Cali a los únicos que les aceptó la renuncia fue a la demandante y a Carlos José Holguín, quien efectivamente tenía aspiraciones políticas.

Ahora bien, para el 19 de enero de 2000, fecha en que se llevó a cabo la reunión del Consejo de Gobierno y se pidió la renuncia protocolaria, el estado de embarazo de la demandante **era un hecho notorio**, porque tenía más de 8 meses de gestación.

Sobre el particular se ha definido:

“Para determinar el significado de esta figura, se debe recurrir a la definición de “hecho” en términos jurídicos, lo cual indica una modificación del mundo exterior que produce la creación, modificación o extinción de derechos u obligaciones¹. Por su parte “notorio” significa, según la real academia de la lengua, “Público y sabido por todos – Claro, evidente”². Así, este concepto se traduce, en virtud de la prescripción dada por la legislación colombiana en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, en que este tipo de hechos no requieren prueba dada la claridad con la que se presentan. En el caso concreto de la mujer embarazada, son evidentes los cambios que sufre ésta con el transcurso del tiempo, lo que se traduce en el ámbito jurídico en una condición que afianza, entre más pasa el tiempo de embarazo, la posibilidad que tienen las otras personas de percibirlo”

Asimismo, se observa del expediente que el embarazo de la actora fue difícil, marcado por constantes incapacidades y permisos, circunstancia que corrobora aún más que el nominador tenía conocimiento de su estado (fls. 5, 6, 45, 46, 47 cdno ppal).

¹ Esta definición comprende “hecho” como elemento creador de efectos jurídicos.

² <http://buscon.rae.es/draeI/>

Por la protección especial que goza la mujer en estado de embarazo, argumentos como los esbozados en este caso, consistentes en que el Alcalde de la época podía pedir la renuncia protocolaria, atendiendo la naturaleza del cargo que ocupaba la demandante, no constituyen razones suficientes para justificar la decisión controvertida.

Así las cosas, como no hay duda del estado de embarazo de la demandante y que su renuncia fue provocada, **se presume que fue objeto de discriminación** y, por tal razón, surge la obligación de un trato especial favorable (artículo 13 de la C. P.).

Estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo:

El derecho a la estabilidad laboral reforzada en cabeza de la mujer embarazada se encuentra reconocido tanto en la Constitución como en las leyes laborales y ha sido garantizado, en reiterada jurisprudencia, por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. En estos términos es importante recordar que el reconocimiento de este derecho no es una reciente innovación constitucional. Por el contrario, incluso antes de expedida la Carta de 1991, con el fin de combatir la discriminación laboral contra la mujer embarazada y la consecuente vulneración de sus derechos a la libre determinación, a la maternidad, al trabajo y a la igualdad, el legislador preconstitucional consagró el derecho de la mujer gestante a no ser despedida de su empleo sin que previamente la autoridad laboral competente hubiere producido, con todas las garantías del debido proceso, la respectiva autorización. Para garantizar este derecho el legislador estableció dos salvaguardas: **la presunción de la discriminación** cuando la trabajadora en estado de embarazo era despedida sin que existiera la respectiva autorización y **la obligación de indemnizar a la trabajadora despedida en estas circunstancias**.

Las normas legales que establecían las garantías antes mencionadas fueron demandadas ante la Corte Constitucional. Esa Corporación, a través de la sentencia C-470/97 resolvió declarar exequibles las disposiciones objeto de control constitucional (el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo y los artículos 2º de la Ley 197 de 1938 y 21 del decreto 3135 de 1968). No obstante, tal declaratoria se produjo bajo el entendido de que *“carece de todo efecto”* el

despido de una trabajadora durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo para las trabajadoras oficiales o privadas, o, para el caso de las servidoras públicas, sin la correspondiente resolución motivada del jefe respectivo, a través de la cual se verifique la justa causa para la desvinculación.

En efecto, en casos como el mencionado existe una presunción de discriminación que opera en contra de la administración y, por consiguiente, el acto administrativo correspondiente – con independencia de la facultad que se ejerza para expedirlo y de la autoridad administrativa que lo expida - tiene la carga de desvirtuar tal presunción. En este sentido se ha afirmado que la mujer en Estado de embarazo no tiene un derecho absoluto a permanecer en su lugar de trabajo, lo que ocurre es que la administración debe demostrar que el retiro no se produce por el hecho del embarazo de la servidora pública sino por la ocurrencia de una justa causa debidamente demostrada.

En el sub-lite, la administración no probó que la dimisión de la demandante fue libre y espontánea, motivada efectivamente por aspiraciones políticas, tal como lo planteó el Alcalde de Santiago de Cali al pedir la renuncia protocolaria. Por el contrario, se evidencia de la prueba testimonial que fue angustioso para ella enterarse que no la habían ratificado en el cargo.

2. Respecto del restablecimiento del derecho integral:

En este caso, se observa que el a-quo no ordenó el reintegro y limitó el restablecimiento del derecho de la demandante a los 11 días que le faltaban para el parto y las doce semanas siguientes, a título de licencia y descanso remunerado por maternidad.

La Sala considera que verificada la ilegalidad del acto administrativo acusado en razón de la especial presunción que dispuso la ley para el caso de la licencia de maternidad y el fuero por la misma contingencia, su declaratoria de nulidad tiene los efectos, como la de cualquier acto, de retrotraer la situación al estado anterior. **Por ello el restablecimiento implica necesariamente el reintegro al cargo que ocupaba la servidora y el pago de todos los emolumentos dejados de percibir desde el retiro hasta el momento del reintegro.** No procede, en cambio, el pago adicional de los 11 días que le faltaban

para el parto y las 12 semanas subsiguientes que dispuso el a quo, porque como el restablecimiento es integral, por el tiempo que la servidora permaneció desvinculada, tal suma deviene en un doble pago que resultaría ilegal.

El anterior planteamiento esta vigente desde 1993, cuando la Sección Segunda de esta Corporación recogió su jurisprudencia así:

“La Jurisprudencia del Consejo de Estado en cuanto a reintegro al cargo de la mujer retirada del servicio en estado de embarazo ha sido reiterada en el sentido de no ordenarlo, teniendo en cuenta que la misma ley prevé indemnizaciones en caso de despido injustificado durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto o al aborto, y considerando solo este período como de estabilidad.

Sin embargo, habida consideración de que el legislador ha querido brindar una protección especialísima a la maternidad, protección que la Constitución de 1991 ordena en su artículo 53, la Sala cree necesario hacer un replanteamiento de la jurisprudencia en esta materia.

En verdad, la prohibición de despido durante un tiempo determinado no puede resultar a la postre un impedimento para el reintegro al cargo de la empleada ni una limitante para el restablecimiento pleno de sus derechos, restablecimiento que sí obtendría por ejemplo si alegara desviación de poder

Es preciso no olvidar que las normas que contemplan esta especial protección consagran con tal fin una presunción legal, que como tal admite prueba en contrario, de que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo cuando ha tenido lugar en los períodos en ellas señalados. Se deduce entonces que mientras la administración no desvirtúe tal presunción, debe aceptarse que el despido prohibido no tuvo por finalidad el buen servicio, configurándose así la desviación de poder que conlleva la nulidad del acto de remoción y el reintegro de la empleada, sin perjuicio de la indemnización que por infringir la prohibición contempla la ley.

Concluye la Sala entonces, que en estos casos, sí procede el reintegro al cargo, salvo cuando la autoridad nominadora demuestre dentro del proceso, que tuvo razones de buen servicio para despedir sin expresar la justa causa de que habla la ley, a la empleada embarazada dentro de los plazos en que le estaba prohibido” (Sentencia de 3 de noviembre de 1993, expediente No. 5065, actor: Doris Mercedes Prada Castillo, M.P. Clara Foreto de Castro - Resaltado fuera del texto).

En pronunciamientos recientes la Sala reafirmó:

- “Entiende la Sala que el Tribunal pretendió garantizar la facultad discrecional del nominador, en este caso del Alcalde del

Municipio de San Cayetano, pero en manera alguna podía restringir el restablecimiento económico a unos pocos días ni omitir la consecuencia obligada de reintegro que surgió de la nulidad del acto, dándole el carácter de empleada de período, como sí lo es el del Alcalde. Era imperioso hacer el restablecimiento del derecho en la forma integral en que surgió para la actora, pero ha de señalarse que, dado el carácter de empleada de libre nombramiento y remoción de la servidora, bien puede el nominador a quien compete cumplir el fallo que ordena el reintegro, ejercer con posterioridad a ello su facultad discrecional que no puede ser postrada en manera alguna por el cumplimiento de la decisión judicial, como quiera que es una actuación subsiguiente e independiente de la primera” (Resaltado fuera del texto - sentencia de 19 de enero de 2006, expediente 3762-04, actor Brenda Isabel Villamizar Hernández, M.P. Ana Margarita Olaya Forero - resaltado fuera del texto).

- “En consecuencia, por no encontrarse ajustada a derecho, la Sala confirmará parcialmente la decisión del Tribunal Administrativo. **Lo anterior, porque verificada la ilegalidad del acto administrativo de insubsistencia en razón de la especial presunción que dispuso la ley para el caso de la maternidad y el fuero por la misma contingencia, su declaratoria de nulidad tiene los efectos, como la de cualquier acto, de retrotraer la situación al estado anterior. Por ello el restablecimiento implica necesariamente el reintegro al cargo que ocupaba la servidora y el pago de todos los emolumentos dejados de percibir desde el retiro hasta el momento del reintegro, y no sólo por el término durante el cual estuvo amparada por el fuero de maternidad, como lo dispuso el a quo.**

Entiende la Sala que el Tribunal pretendió garantizar la facultad discrecional del nominador, en este caso el Congreso de la República, pero en manera alguna podía restringir el restablecimiento económico a ese lapso, ni omitir la consecuencia obligada de reintegro que surgió de la nulidad del acto, dándole el carácter de empleada de período, como sí lo era el del Representante por el cual se le había nombrado.

Y es que no es posible declarar la nulidad parcial del acto, tal como lo hizo el Tribunal cuando dispuso el reconocimiento de las sumas adeudadas a la actora sólo hasta el vencimiento del fuero materno, pues ello significaría conferir tan sólo una estabilidad relativa a su favor, y partir de la falsa premisa de que en ese momento fue declarada insubsistente en forma tácita, cuando esta Jurisdicción carece de competencia para emitir una declaración de esa naturaleza.

En otras palabras, no puede el funcionario que expidió el acto acusado recobrar su facultad discrecional estando en trámite la decisión sobre el fuero maternal, y suponer la Sala que terminado dicho fuero, la servidora ipso facto quedó declarada

insubsistente, pues ello equivale a decir que esta Corporación la separó del cargo, cuando no tiene facultad para ello. Efectuar declaraciones y condenas relacionadas con la posible desvinculación de la demandante luego del fuero materno, estando en discusión única y exclusivamente la configuración del mismo, implicaría fallar extra-petita, es decir, sobre cuestiones que se encuentran por fuera de lo pedido y discutido en el expediente” (Resaltado fuera del texto - sentencia de 1º de junio de 2006, expediente 8064-2005, actor: Johana Daza Vanegas, M.P. Jaime Moreno García).

En este orden, la Sala habrá de revocar los numerales tercero y cuarto de la parte resolutive del fallo apelado y, en su lugar, ordenará el reintegro de la actora al cargo que ocupaba o a uno equivalente y el pago a su favor de los salarios, prestaciones y demás emolumentos dejados de percibir desde el momento del retiro del servicio hasta que sea efectivamente reintegrada, incluyendo los incrementos de ley. Se confirmará la sentencia en lo demás.

El valor de la condena será ajustado en los términos del artículo 178 del C.C.A., dando aplicación a la siguiente fórmula:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la correspondiente mesada salarial, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes para cada mesada salarial comenzando por la que devengaba la actora en el momento del retiro 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.

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

FALLA

REVÓCANSE LOS NUMERALES TERCERO Y CUARTO de la sentencia de tres (3) de febrero de dos mil seis (2006), proferida por el Tribunal Administrativo de Valle del Cauca, dentro del proceso promovido por María Cristina Palau Salazar contra el Municipio de Santiago de Cali.

En su lugar se **DISPONE**:

1. ORDENASE AL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI reintegrar a la María Cristina Palau Salazar al cargo que ocupaba o a uno equivalente, así como pagarle todos los salarios, prestaciones y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha en que fue retirada del servicio hasta que se produzca el reintegro efectivo, incluyendo los incrementos de ley.

2. INDÉXESE LA CONDENA conforme a la parte motiva de esta sentencia.

3. DECLÁRASE QUE NO HA EXISTIDO SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD en la prestación del servicio.

4. CONFÍRMASE LA SENTENCIA en lo demás.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO GOMEZ ARANGUREN

JAIME MORENO GARCIA

ALFONSO VARGAS RINCON