



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALVAMENTO DE VOTO

CONSEJEROS DE ESTADO: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO
RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D. C., treinta (30) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA
Radicación: 11001 03 25 000 2017 00151 00 (0892-2017)
Demandante: Sonia Yamile Rondón Tasco
Demandado: Municipio de San Gil (Santander)

Con nuestro acostumbrado respeto, nos permitimos exponer las razones por las cuales salvamos nuestro voto frente a la sentencia proferida el 9 de agosto de 2022 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, dentro del asunto de la referencia, en los siguientes términos:

El jurisconsulto romano Domicio Ulpiano sostuvo que los principios del derecho son vivir honestamente, no hacer daño a otro y dar a cada cual lo suyo (*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*).¹ A partir de esa comprensión, definió la justicia como la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo.²

El preámbulo y el artículo 2 de la Constitución Política de 1991 previeron la justicia como un valor fundante del Estado social de derecho colombiano, es decir, como un precepto de naturaleza axiológica del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico, cuya aplicación, aunque de carácter programático, no implica una enunciación meramente simbólica, sino «[...] un conjunto de propósitos a través de los cuales se deben mirar las relaciones entre los gobernantes y los gobernados, para que, dentro de las limitaciones propias de una sociedad en proceso de consolidación, irradien todo el tramado institucional».³

El cumplimiento programático del valor de la justicia supone la concertación y el emprendimiento organizado y conjunto de actividades y medidas tendientes a la

¹ Ulpiano: *Digesto* 1, 1, 10, 1. Referencia tomada de <https://dpej.rae.es/lema/iuris-praecepta-sunt-haec-honeste-vivere-alterum-non-laedere-suum-cuique-tribuere>.

² MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Introducción al derecho*, decimoquinta edición, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2010, p. 59.

³ Corte Constitucional, Sentencia T-406 del 5 de junio de 1992, M.P., Ciro Angarita Varón.



satisfacción del mandato constitucional, el cual demanda un comportamiento proactivo, coordinado y ponderado de las distintas ramas del poder público, desde la órbita de sus competencias.

En virtud de los artículos 6⁴ y 7⁵ del «Protocolo de San Salvador»,⁶ y 6⁷ y 7⁸ del Pacto Internacional Sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales,⁹ el Estado

⁴ **«Artículo 6. Derecho al trabajo»**

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.
2. Los Estados parte se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados parte se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo».

⁵ **«Artículo 7. Condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo»**

Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

- a. Una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción;
- b. El derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva;
- c. El derecho del trabajador a la promoción o ascenso dentro de su trabajo para lo cual se tendrán en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio;
- d. La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional;
- e. La seguridad e higiene en el trabajo;
- f. La prohibición de trabajo nocturno o en labores insalubres o peligrosas a los menores de 18 años y, en general, de todo trabajo que pueda poner en peligro su salud, seguridad o moral. Cuando se trate de menores de 16 años, la jornada de trabajo deberá subordinarse a las disposiciones sobre educación obligatoria y en ningún caso podrá constituir un impedimento para la asistencia escolar o ser una limitación para beneficiarse de la instrucción recibida;
- g. La limitación razonable de las horas de trabajo, tanto diarias como semanales. Las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos;
- h. El descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días feriados nacionales».

⁶ Aprobado en virtud de la Ley 319 del 20 de septiembre de 1996.

⁷ **«Artículo 6»**

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.
2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana».

⁸ **«Artículo 7»**

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

- a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:
 - i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;
 - ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto;
- b) La seguridad y la higiene en el trabajo;
- c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad;
- d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos».

⁹ Aprobado en Colombia en virtud de la Ley 74 del 26 de diciembre de 1968.



colombiano se comprometió a adoptar las medidas internas necesarias para efectivizar el derecho al trabajo en condiciones de dignidad, justicia, equidad, decoro, etc.

A su turno, el preámbulo y el artículo 1 de la Constitución Política determinan que el trabajo constituye un valor y un principio, respecto del cual se predicen unos mínimos fundamentales señalados en el artículo 53 *ibidem*, a saber: **i)** igualdad de oportunidades; **ii)** remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y a la calidad de trabajo; **iii)** estabilidad; **iv)** irrenunciabilidad a los beneficios mínimos; **v)** posibilidad de transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; **vi)** principio de favorabilidad; **vii)** primacía de la realidad sobre las formalidades; **viii)** garantía de la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso; y **ix)** protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.¹⁰

En materia laboral, la justicia tiene múltiples manifestaciones, entre ellas el respeto del principio de progresividad y de la prohibición de regresividad, los cuales encuentran fundamento en la interpretación del artículo 4¹¹ del Pacto Internacional Sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y apuntan hacia la ampliación gradual de los niveles de satisfacción de los componentes prestacionales de los derechos. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha precisado que el núcleo esencial de las citadas garantías lo constituyen **i)** la satisfacción actual de niveles mínimos de protección; **ii)** la no discriminación en las medidas y políticas que amplían el grado de eficacia de los derechos; **iii)** el deber de adoptar medidas positivas en un plazo razonable, a fin de lograr una mayor realización de cada derecho; y **iv)** la prohibición de retroceder por el camino que se ha seguido para asegurar la vigencia de todos los derechos.¹²

Ahora bien, en sentencia del 28 de julio de 1996,¹³ la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado rectificó la tesis que venía aplicando la Sección Segunda de esta corporación, a fin de precisar que cuando se declara la

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia SUJ-025-CE-S2-2021 del 9 de septiembre de 2021, expediente 05001 23 33 000 2013 01143 01 (1317-2016).

¹¹ «Artículo 4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, este podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática».

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-486 del 7 de septiembre de 2016, M.P., María Victoria Calle Correa.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de julio de 1996, expediente S-638, M.P., Carlos Arturo Orjuela Góngora.



nulidad de un acto que determinó la insubsistencia de un empleado público, no es procedente descontar de la condena los valores que la persona haya percibido por concepto de salarios y prestaciones sociales por haber desempeñado otro cargo público, durante el tiempo que transcurrió entre la desvinculación y la anulación del acto que la produjo. Lo anterior, entre otras razones, por las siguientes:

- i) La condena que se impone a raíz de la declaratoria de nulidad del acto de insubsistencia corresponde a una indemnización que se cuantifica tomando como referencia las prestaciones sociales y los salarios dejados de percibir.
- ii) Los salarios y las prestaciones sociales provienen del servicio personal brindado, mientras que la indemnización tiene como fuente el «hecho ilegal» de la administración. Por lo tanto, una persona puede devengar ambos conceptos al mismo tiempo, pues se trata de pagos con causas distintas, lo cual hace que no se incurra en la prohibición de que trata el artículo 128 de la Constitución Política.
- iii) La declaración de que no existió solución de continuidad es una mera ficción, es decir, una apariencia de realidad a la cual se le otorgan efectos jurídicos, pero no puede equipararse a la prestación material y efectiva del servicio

Posteriormente, la Sección Segunda de esta corporación, al momento de decidir una controversia en la cual se había declarado la insubsistencia de un servidor del Estado, ordenó el reintegro del empleado y el descuento de lo que percibió por concepto de salarios en otras entidades públicas.¹⁴ Esta circunstancia llevó a que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante sentencia del 29 de enero de 2008,¹⁵ rectificara el entendimiento de la Sección Segunda y volviera a la tesis desarrollada en el fallo del 28 de julio de 1996, en el sentido de destacar la improcedencia de descontar lo que devengó el empleado en otra entidad pública, por concepto de salarios y prestaciones sociales, durante el interregno comprendido entre la desvinculación y la declaratoria de nulidad del acto ilegal.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 16 de mayo de 2022, expediente 19001 23 31 000 1998 0397 01 (1659-01), M.P., Ana Margarita Olaya Forero.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 29 de enero de 2008, expediente 76001 23 31 000 2000 02046 02 (IJ), M.P., Jesús María Lemos Bustamante.



El anterior recuento demuestra que el Consejo de Estado, en calidad de tribunal supremo de lo contencioso administrativo,¹⁶ trazó una línea de interpretación propia, clara y aplicable a la jurisdicción, con el propósito de unificar la jurisprudencia y brindar mayor seguridad jurídica a la ciudadanía. Y en aras de mantener la coherencia, esta corporación ratificó su tesis inicial en una ocasión posterior, lo cual refleja el cuidado y la intención de definir un criterio sólido y vinculante como sello de identidad, en ejercicio de las funciones que la Constitución Política de 1991 le asignó como alta corte.

Ahora bien, la tesis que prohió la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado al momento de decidir el presente asunto refleja, de alguna manera, la pretensión de valorar la posición que acogió la Corte Constitucional varios años después sobre la materia,¹⁷ cuando resolvió casos concretos de vulneración de derechos fundamentales. Esta situación refleja la intención respetable de lograr un entendimiento más acoplado entre las altas cortes, pero, al tiempo, pone en riesgo los derroteros que ha propuesto esta corporación con suficiente acierto y fundamento, de manera reiterada, en su doble condición de juez natural y tribunal supremo de lo contencioso administrativo.

En relación con la controversia que fue decidida a través de la sentencia del 9 de agosto de 2022, en efecto, el artículo 128 de la Constitución Política, reglamentado por el artículo 19 de la Ley 4.^a de 1992 y reproducido por el artículo 35, numeral 14, de la Ley 734 de 2002, establece que nadie puede desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación del tesoro público. Ahora bien, en el supuesto de hecho de la señora Sonia Yamile Rondón Tasco, a nuestro juicio no se configura dicha prohibición por lo siguiente:

- i) La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado ha precisado que la referida norma constitucional proscribe la percepción de «[...] dos o más emolumentos que tengan como fuente u origen el ejercicio de empleos o cargos públicos, en este sentido, la norma comprende dos prohibiciones: i)

¹⁶ Constitución Política, artículo 237, numeral 1.

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencias SU-691 del 21 de septiembre de 2011, M.P. Humberto Sierra Porto; ii) SU-556 del 24 de julio de 2014, M.P., Luis Guillermo Guerrero Pérez; y iii) SU-354 del 25 de mayo de 2017, M.P., Iván Humberto Escruera Mayolo.



desempeñar dos empleos de forma simultánea y ii) recibir más de una asignación del tesoro público».¹⁸

Dentro de ese contexto, resulta claro, en primer lugar, que la señora Sonia Yamile Rondón Tasco no desempeñó dos cargos públicos de manera simultánea, pues fue desvinculada de uno de ellos, razón que motivó el ejercicio del derecho de acción.

En segundo lugar, la condena impuesta como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto de insubsistencia no tiene origen en el ejercicio de un empleo público, sino en el daño causado por el comportamiento irregular de la administración, evidenciado en el acto administrativo que se anula. Por consiguiente, uno y otro concepto tienen fuentes distintas, por lo cual no se incurre en la prohibición que prevé el artículo 128 de la Constitución Política.

- ii) El valor que se reconoce a favor de la parte demandante es una verdadera indemnización, ya que su objeto es resarcir los perjuicios que le fueron causados a la señora Sonia Yamile Rondón Tasco con la decisión ilegal de retiro. Sobre el particular, para efectos de calcular el monto de la condena, se toman como referencia las sumas que la empleada dejó de percibir por concepto de salarios y prestaciones sociales.

No se trata de un restablecimiento del derecho, figura que implica hacer que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la desvinculación, pues en ese escenario habría que considerar que debió haberse prestado un servicio personal a favor del Estado para que se causaran los salarios y las prestaciones sociales. Y si el monto de la condena se reconoce por esos conceptos y no como una indemnización, sí podría generarse un enriquecimiento sin justa causa, en perjuicio del erario, pues el Estado estaría pagando la remuneración a un empleado que no ejerció el cargo materialmente.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 17 de octubre de 2018, expediente 25000 23 42 000 2014 00898 01 (2034-16), M.P., William Hernández Gómez.



- iii) El artículo 85 del Decreto 01 de 1984,¹⁹ vigente para el momento en que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado profirió las sentencias del 28 de julio de 1996 y del 29 de enero de 2008, establecía, al igual que la Ley 1437 de 2011, que el actual medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho procedía para solicitar la nulidad de un acto, el restablecimiento del derecho y la reparación del daño.

Sobre esa base, la distinción entre los conceptos de indemnización y restablecimiento del derecho sí fue objeto de análisis por parte de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, y ello se observa expresamente en los fallos del 28 de julio de 1996 y del 29 de enero de 2008, en los cuales se concluyó que la condena que se desprende de la anulación del acto de desvinculación de un servidor público se dispone a título de indemnización. Es decir, no se trató de una novedad introducida por la Ley 1437 de 2011 que justificara el cambio de entendimiento que ocurrió con la sentencia de unificación del 9 de agosto de 2022.

Por otra parte, la declaración de que no hubo solución de continuidad es una ficción, es decir, una apariencia a la cual se le otorgan efectos jurídicos, pero no es un impedimento para considerar la condena como una indemnización. La aceptación de esa apariencia no puede extenderse hasta el punto de concluir que el empleado sí ejerció las funciones del cargo o prestó el servicio materialmente. Al respecto, en la citada sentencia del 28 de julio de 1996, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado indicó lo siguiente:

Los lineamientos que siguió la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 no sólo son semejantes a los que trae a colación la providencia transcrita en cuanto a la relación del actual artículo 128 de la Constitución Política, sino que hacen mayor claridad porque su texto reza que "Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ...", y en este caso es diáfano que el favorecido con la sentencia no estaría desempeñando al mismo tiempo dos empleos, pues no podría llegarse al extremo de tener la declaración de que no existe solución de continuidad, que es una mera ficción, con el mismo alcance y contenido de la prestación real y efectiva del servicio en un cargo. La ficción no es más que una apariencia de realidad, aunque con efectos jurídicos, que se utiliza como se dijo atrás para poder aplicar una

¹⁹ «ARTÍCULO 85. ACCIÓN DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Toda persona que se crea lesionada en un derecho suyo, amparado por una norma jurídica, podrá pedir que, además de la anulación del acto administrativo, se le restablezca en su derecho, o se le repare el daño. La misma acción tendrá quien, además, pretenda que se le modifique una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente».



equivalencia en lo que hace con la determinación y tasación de los elementos que integran al restablecimiento del derecho.²⁰

De igual manera, con el pago de una condena a título de indemnización no se hubiera generado un enriquecimiento sin justa causa a favor de la señora Sonia Yamile Rondón Tasco y en contra del Estado, puesto que el valor recibido habría tenido como fuente el daño originado por el despido ilegal. Así pues, el fundamento normativo del pago de la indemnización se encuentra en el artículo 90 de la Constitución Política, el cual dispone que «[e]l Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas».

En este punto, vale la pena reflexionar sobre el hecho de que la ciudadanía acude a la jurisdicción en ejercicio del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia²¹ y con el propósito de obtener la solución oportuna de una controversia. Sin embargo, además de las afectaciones que ocasiona la mora judicial, representada en la tardanza de las decisiones, el descuento de los valores percibidos por el desempeño de otro cargo público podría hacer que la decisión final no tenga vocación de generar efectos reales, en sacrificio de la tutela judicial efectiva.

Finalmente, sobre la base del deber de autosostenimiento, todas las personas están impelidas, por naturaleza, a esforzarse para la consecución de los insumos básicos que le permitan su subsistencia. No obstante, la sentencia de unificación del 9 de agosto de 2022 invita, de alguna manera, a que el trabajador que considere que fue desvinculado del servicio por un acto ilegal afronte el proceso judicial sin animarse a acceder a un nuevo empleo en el sector público, pues, de hacerlo, las autoridades judiciales limitarían la indemnización a la que tendría derecho por la actuación ilegal de la administración. Esta circunstancia podría comprometer sensiblemente los derechos al trabajo y a acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad, y favorecer la migración laboral hacia el sector privado.

Asimismo, no resulta comprensible el aprovechamiento del deber de autosostenimiento de las personas como vía para limitar la obligación del Estado de

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de julio de 1996, expediente S-638, M.P., Carlos Arturo Orjuela Góngora.

²¹ Constitución Política, artículo 229.



resarcir los perjuicios que ocasionó su actuación irregular. El comportamiento diligente y proactivo de los ciudadanos dentro del mercado laboral no tendría que ser interpretado en desmedro del derecho a obtener una indemnización justa y proporcional por el daño causado, en beneficio de quien se desenvolvió de manera reprochable y originó un perjuicio: el Estado.

La anterior exposición nos permite concluir, con el mayor respeto y sentimiento de consideración, que el fallo de unificación del 9 de agosto de 2022, que adoptó la tesis desarrollada por la Corte Constitucional, genera la sensación de que hubo un retroceso en las conquistas laborales que había logrado la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante las sentencias del 28 de julio de 1996 y del 29 de enero de 2008, principalmente. Con ello se ven menguadas instituciones tan importantes como el valor de la justicia, el principio de progresividad y la prohibición de regresividad en materia laboral, la condición de tribunal supremo de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado y el principio de responsabilidad del Estado, como garantía del estado de derecho.

En los anteriores términos dejamos expuestos los motivos por los cuales no compartimos la decisión aprobada por la mayoría de los integrantes de la Sala.

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO
Firmado electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
Firmado electrónicamente

CONSTANCIA: El presente salvamento de voto fue firmado electrónicamente en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.

JMMC