

NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO – No conlleva necesariamente el restablecimiento del derecho / REINTEGRO DE EMPLEADA RETIRADA DEL SERVICIO EN PERIODO DE LACTANCIA – No procede cuando ha sido sancionada con destitución. Inhabilidad

En el presente asunto la Sala entra a definir el recurso de apelación de la parte demandante el que se concreta en dos aspectos centrales: 1. Que la demandante fue incorporada en otro cargo de inferior categoría al que ostentaba al momento en que se la retiró del servicio; y 2. Que al prosperar las pretensiones anulatorias, porque a la demandante se le vulneró su derecho a la estabilidad reforzada por estar en estado de gravidez, debe restablecerse plenamente el derecho, y el acto administrativo que la sancionó con destitución por ser posterior “no puede involucrar la nulidad de los actos administrativos objeto de impugnación [sic], ni restarles eficacia”. El hecho de que se anule el acto administrativo no necesariamente implica que se deba restablecer el derecho, pues es posible que el pretense derecho ya aparezca resarcido por otro acto o hecho o, que de suyo, no contenga actualmente una lesión. En otras palabras, estas no son unidades irrevocables y, el restablecimiento del derecho debe valorarse en cada caso concreto. En el mismo sentido el artículo 170 del C.C.A., prevé que la sentencia tiene que ser motivada, debe analizar los hechos, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones, para resolver todas las peticiones, pero además, da un amplio margen en lo que se refiere al restablecimiento del derecho particular, tanto así que se puede “establecer disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas”. En cuanto al primer punto, es decir, el hecho de que la demandante, al momento del retiro, 7 de febrero de 2003, ocupaba el cargo de Auxiliar Administrativo 5120, grado 15 (folios 291 a 294) y cuando fue nombrada por la administración, mediante la Resolución No. 0298 del 13 de marzo de 2003, la vincularon al cargo de Auxiliar Administrativo 5120, grado 13, es decir, con una menor asignación salarial en otro cargo de inferior categoría al que ostentaba al momento en que se le retiró del servicio. Para la Sala, es evidente que la anulación del acto administrativo que la retiró del servicio, de suyo, implica el restablecimiento del derecho que en este caso consistía en el reintegro al cargo que venía ocupando o a otro de igual o superior categoría como se solicitó en la demanda, y esto fue lo que ordenó el a quo. También el restablecimiento del derecho implica el pago de los salarios y prestaciones dejadas de percibir desde el momento en que fue retirada hasta cuando sea revinculada, que en este caso, se hizo por decisión de la administración contenida en la Resolución No. 0298 del 13 de marzo de 2003, cuando, motu proprio, la vinculó al cargo de Auxiliar Administrativo 5120, grado 13, lo que daría lugar a la existencia de una sustracción de materia, pues no existiría ningún derecho que restablecer ya que este ya fue resarcido. Pero resulta que no puede hablarse de la existencia de este fenómeno en el presente asunto, porque, como lo alega la recurrente, no hay congruencia entre el cargo al que fue revinculada con respecto al puesto en el que se ordena el reintegro en la providencia recurrida, por ello, debe reconocerse la diferencia entre lo devengado y lo que debería devengar con ocasión de la orden de reintegro. En efecto, el recurso de apelación prospera parcialmente, en tanto la administración revinculó a la demandante al poco tiempo (un mes y cinco días) y esta actuación debe tenerse en cuenta a efectos de restablecimiento del derecho, conforme a los principios de equidad y reparación integral previstos en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, porque, es lo cierto, que con la revinculación de la demandante se mitigaron los perjuicios que ocasionó su retiro calificado por el a quo como ilegal, pero, de todas maneras, al no haber sido completo debe restablecerse plenamente, como ya se indicó. Respecto al segundo aspecto, como también lo precisó el a quo, no se debe dejar de lado que la demandante fue

sancionada disciplinariamente, en Audiencia de Proceso Verbal con destitución del cargo e inhabilidad para ejercer cargos por diez (10) años, mediante la Resolución No. 0244 del 4 de febrero de 2005, emitida por el Ministro de Protección Social, y esta circunstancia, aunque no fuese traída al proceso, implica que el empleado no puede acceder al cargo o ejercer funciones, y, esto conlleva no sólo la incompatibilidad respecto del cargo que desempeñaba al momento en que se profirió la sanción sino cualquiera otro en el que se le designe o en el que se le reintegre. En consecuencia, el segundo aspecto del recurso de apelación no puede prosperar.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 85 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 170

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “B”

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá D.C., diez (10) de febrero de dos mil once (2011).-

Radicación número: 25000-23-25-000-2003-05234-01(0257-08)

Actor: YANETH MARCELA GARCIA SILVA

Demandado: MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 16 de agosto de 2007, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada, declaró la nulidad parcial de los actos acusados y negó las demás pretensiones de la demanda formulada por YANETH MARCELA GARCÍA SILVA contra La Nación, Ministerio de la Protección Social.

La demanda

YANETH MARCELA GARCÍA SILVA, actuando mediante apoderado judicial, presentó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Ministerio de la Protección Social, con el fin

de obtener la nulidad del Oficio de 7 de febrero de 2003 por medio del cual se retiró y no incorporó a la actora en el cargo de Auxiliar Administrativo 5120, grado 15; y, las Resoluciones Nos. 008, 010, 011 y 123 las tres (3) primeras del 6 y la última del 25 de Febrero de 2003 expedidas todas por el Ministerio de la Protección Social, por las cuales se hicieron unos nombramientos ordinarios, provisionales e incorporaciones en la nueva planta de personal del Ministerio de la Protección Social, sin incluir a la demandante. (folios 5-31)

Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, pidió que se ordene su reintegro al cargo que venía desempeñando o a otro igual o de superior jerarquía; el pago de todos los salarios, bonificaciones, primas, vacaciones, aumentos salariales, subsidios familiares y de demás emolumentos dejados de percibir desde su desvinculación, hasta la fecha en que se de cumplimiento al fallo, sin solución de continuidad; y que se de cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177, 178 y ss. del C.C.A.

Basó su petitum en los siguientes hechos.

La actora, fue nombrada provisionalmente como Auxiliar Administrativo 5120, grado 15 en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social el 10 de abril de 2000.

El 30 de julio de 2002, informó al Director del Grupo de Talento Humano de su estado de gravidez.

El Gobierno Nacional, el 27 de diciembre de 2002, decidió, por medio de la Ley 790, fusionar los Ministerios de Trabajo y Seguridad Social y de Salud en el denominado Ministerio de la Protección Social.

En tal virtud, mediante Decreto 207 de 3 de febrero de 2003 se suprimieron los empleos de los antiguos Ministerios y se estableció la nueva planta de personal; igualmente se estableció en el Decreto que las incorporaciones se efectuarían dentro de los treinta días siguientes a la fecha de su publicación por lo que, a través de las Resoluciones Nos. 008, 010, 011 y 123 de 6 y 25 de febrero de 2003 se hicieron las incorporaciones a través de nombramientos ordinarios y provisionales.

Encontrándose en período de lactancia, la actora fue informada el 7 de febrero de 2003 que no había sido incorporada en la nueva planta de personal por lo que quedaba en situación de retiro. Esta comunicación, en este caso, era un acto administrativo independiente del acto que adopta la planta de personal, pues, este último no suprimió las plantas de personal de los Ministerios anteriores, sino que decidió el retiro del servicio de la actora por parte del Secretario General.

La motivación de la separación del cargo fue su falta de nombramiento por la supresión del cargo de Auxiliar Administrativo 5120-15, de modo que esta aseveración debía coincidir exactamente con la realidad fáctica y jurídica del proceso, es decir, existió una desconexión entre los motivos del funcionario que expidió el acto que no justifica la decisión tomada pues, el Decreto 207 de 2003 no suprimió el cargo de la actora sino que lo incrementó de 29 a 31 cargos; por lo tanto, la decisión no tiene fundamento alguno y se encuentra viciada de nulidad por falsa motivación.

Igualmente, la actora se encontraba en licencia de maternidad por lo que, de acuerdo con el Decreto 1848 de 1969 no podía ser despedida sino por justa causa comprobada y previa autorización del Ministerio de la Protección Social.

La actora se caracterizó por su honestidad, rectitud, estricto cumplimiento del deber, superación permanente y, además, no le figuran sanciones en su hoja de vida.

A folio 109, la actora reformó la demanda en cuanto a solicitar se declararan nulas, en forma subsidiaria, las Resoluciones Nos. 010 y 011 de 6 de febrero de 2003, expedidas por el Ministerio de la Protección Social, por medio de las cuales, en la primera, se hicieron las incorporaciones de los funcionarios de los anteriores Ministerios de Trabajo y Seguridad Social y de Salud a la nueva planta de personal del nuevo Ministerio de la Protección Social y, en la segunda, se hicieron nombramientos provisionales de los funcionarios de los anteriores Ministerios a la nueva planta de personal.

Las normas violadas

Fundamentó como disposiciones violadas las siguientes:

De la Constitución Nacional, artículos 2, 4, 13, 25, 42 a 45, 48, 53, 58 y 125; 25 y 28 del Decreto 2400 de 1968; 105, 107 y 117 del Decreto 1950 de 1973; 21 del Decreto 3135 de 1968; 39, 40 y 41 del Decreto 1848 de 1969; 81 del Decreto 1042 de 1978; 35 del Decreto 1569 de 1998; 46 del Decreto 1572 de 1998; 84 del C.C.A.

La contestación de la demanda

La entidad demandada, a través de apoderada, se opuso a las pretensiones de la demanda (fls. 75-98) indicando que cuando la demandante ingresó al Ministerio de Salud, esto es, el 21 de marzo de 2000, lo hizo en un cargo de libre nombramiento y remoción, es decir, sin que mediara concurso de mérito, lo cual permitía a la administración por razones del servicio dentro del proceso de fusión de los Ministerios de Trabajo y Seguridad Social y de Salud y creación del nuevo Ministerio de la Protección Social, dar por terminada su vinculación laboral, mediante la supresión del empleo, independiente de la licencia por maternidad de que estaba gozando.

El artículo 62 de la Ley 443 de 1998, dispuso dentro de los procesos de reestructuración de la administración, una protección a la mujer en estado de embarazo o que estando en licencia de maternidad es retirada del servicio por supresión del cargo, advirtiendo que a éstas se les ha de reconocer a título de indemnización el valor de los salarios que dejaría de recibir así como se le seguirían pagando los aportes en salud para disfrutar de los mismos, hasta las 12 semanas siguientes al parto.

Igualmente la Corte Constitucional en sentencia C-199 de 1999 se refirió a esta protección especial indicando que, las funcionarias en estado de embarazo o licencia de maternidad gozarán de un fuero especial que permite se efectúe en su favor el reconocimiento de una indemnización más no la estabilidad en el empleo,

máxime, cuando era una funcionaria que presta sus servicios de una forma precaria, en provisionalidad.

Propuso las excepciones de ineptitud sustantiva de la demanda e inexistencia de la obligación demandada.

La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia de 16 de agosto de 2007, declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada, anuló parcialmente los actos acusados y negó las demás pretensiones de la demanda con los siguientes argumentos (Fls. 359 a 385):

Consideró que las excepciones propuestas por la demandada no estaban llamadas a prosperar por cuanto, demandar oficios y resoluciones no provocaba indebida acumulación de pretensiones ni tampoco ineptitud sustantiva de la demanda pues, estos actos habían afectado la situación particular de la actora al no tenerla en cuenta para su vinculación y que, además, el oficio había cerrado toda posibilidad de vinculación para ella.

La excepción de inexistencia de la obligación demandada consistente en que por ser una materna, debió ser objeto de indemnización y que esto no se había solicitado en la demanda, tampoco prospera pues, lo alegado no comporta “una excepción de mérito” que impida resolver el fondo del asunto (sic), sino que corresponde a un medio de defensa que se definirá mediante sentencia.

Luego de relacionar las pruebas obrantes en el proceso, consideró que el cargo propuesto por la actora de su no incorporación en la nueva planta de personal a pesar que existían cargos de Auxiliar Administrativo 5020-15 (sic) y que se encontraba en licencia de maternidad, tenían vocación de prosperidad por cuanto tanto la Ley 790 de 2002, el artículo 43 de la C.P., la Corte Constitucional en sentencia T-999 de 2003 y el Consejo de Estado en sentencia de 14 de junio de 2001, M.P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, protegían las madres cabeza de hogar y

el fuero de maternidad que ostenten las funcionarias. En suma, el Tribunal anuló los actos acusados porque la administración retiró del servicio a la demandante sin tener en cuenta que estaba en licencia de maternidad y que era madre cabeza de familia.

Sin embargo, como se probó que el Ministro de la Protección Social, nombró provisionalmente a la actora en la planta global, en el cargo de Auxiliar Administrativo 5120-13 a través de la Resolución No. 298 de 13 de marzo de 2003, no la reintegro y sólo ordenó cancelar todos los emolumentos dejados de percibir desde el 7 de febrero de 2003 hasta el 12 de marzo del mismo año, fecha en que ingresó nuevamente a la administración. También señaló que la demandante fue sancionada con destitución del cargo, circunstancia que impedía su reintegro.

El recurso de apelación

- Mediante escrito, la parte demandante sustentó el recurso de alzada con los siguientes argumentos (FIs. 395 a 410):

Indicó que el fallo del a quo era incongruente por cuanto eran contradictorias las motivaciones que contemplaba la decisión, pues, advirtió que no se debió retirar del servicio a la actora por estar amparada por el fuero de maternidad, sin embargo, los efectos que conlleva el restablecimiento del derecho como consecuencia de la nulidad de los actos demandados, no fueron reconocidos, pues, el cargo que desempeñaba la demandante cuando fue retirada era de Auxiliar Administrativo 5120-15 y posteriormente fue nombrado en un cargo de inferior categoría, el de Auxiliar Administrativo 5120-13, lesionando sus derechos.

La decisión del a quo desmejoró su situación laboral pues la justicia rogada, que es la administrativa, tiene como objeto poner fin a la contienda entre las partes porque se ha reconocido el derecho a una de ellas, situación que no ocurrió.

Si los actos acusados, por infringir la ley, no crearon efectos jurídicos a favor de la administración y, por ser contrarios a la ley, se anularon, debieron surtir beneficios en favor de quien propuso la demanda y máxime, cuando las pretensiones prosperaron; en este caso, el restablecimiento del derecho se frustró por un acto

administrativo posterior a la destitución de la actora, y este no podía “involucrar la nulidad de los actos demandados” (sic) ni restarles eficacia.

Siendo la nulidad la máxima sanción para las irregularidades de los actos que violan los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y la Ley 443 de 1998, esto implica que el restablecimiento debe ordenarse desde cuando se expidió y así reconocerle los derechos lesionados de la demandante.

La violación de la estabilidad derivada del fuero de maternidad es uno de los perjuicios causados a la demandante y es uno de los elementos que integran la causal de nulidad pues, la administración la privó del derecho al trabajo en forma unilateral.

Al lograr la nulidad de los actos demandados hizo que se rompiera la presunción de legalidad que amparaba los actos administrativos y la pretensión de reintegro siguiera vigente. El nombramiento en un cargo de inferior categoría no puede ser obstáculo para que se ordene su reintegro.

La jurisprudencia es clara en que, una vez declarada la nulidad de los actos administrativos, las cosas vuelven a su estado anterior, situación que no se dio en este caso pues, la demandante fue nombrada en un cargo inferior al que tenía, por lo tanto debería ser reintegrada y se le debía pagar lo dejado de devengar precisamente por el reestablecimiento del derecho.

El reintegro al servicio debe ser producto de los efectos de la nulidad que ha sido declarada y la sanción que precisamente debe sufrir la administración por su conducta irregular. Si esta situación es frustrada por el fallador, se violan normas que dan origen a una nueva situación de nulidad.

- La entidad demandada apeló la anterior decisión, pero como no sustentó el recurso, este fue declarado desierto (folios 386, 411 a 413).

El Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado ante esta Corporación, presentó concepto en el que solicitó confirmar la sentencia del a quo con los siguientes argumentos: (Fls. 417-421)

Consideró que pese al error cometido por la administración al retirar a la actora, al momento de surtirse la reestructuración de la entidad se subsanó dicho error al reintegrarla al cargo de Auxiliar Administrativa 5120-13, cargo que desempeñó por más de dos años sin discutir su desmejora en cuanto al grado al cual fue vinculada.

Indicó que el fallo del a quo se ajustó a derecho pues la actora había sido inhabilitada por 10 años para ejercer cargos públicos por lo cual el restablecimiento del derecho no podía ser otro que el señalado; además de que el reintegro al cargo ya se había surtido por la administración y la demandante, en su momento, no discutió el que se le hubiera reintegrado a un cargo inferior.

Consideraciones de la Sala

El problema jurídico a resolver por esta Sala se contrae a establecer si, conforme al recurso de apelación impetrado por la demandante, se le debe reconocer la totalidad de los salarios y prestaciones dejadas de percibir y no aplicar la limitante, aplicada por el a quo, relacionada con los hechos de que la administración la reintegró y que, además, fue sancionada disciplinariamente con destitución e inhabilidad para ejercer cargos públicos.

Lo probado en el proceso:

Copia del Oficio de 7 de febrero de 2003, expedido por el Secretario del Ministerio de la Protección Social en la que se retiró del servicio a la actora por no incorporación en la nueva planta de personal, obra a folio 4.

A folio 3, la actora informó al Coordinador del Grupo de Talento Humano su estado de gravidez; a folio 258 se le concede licencia de maternidad por un término de 84 días a partir del 25 de enero hasta el 17 de abril de 2003.

Según acta de posesión obrante a folio 154 del cuaderno 4, la actora ingresó al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el 10 de abril de 2000 en el cargo de Auxiliar Administrativo 5120-15 en el Despacho del Ministro.

Copia de las Resoluciones Nos. 008 por el cual se hicieron nombramientos ordinarios en la planta de personal del Ministerio de la Protección Social, entre ellos 7 nombramientos del cargo de Auxiliar Administrativo 5120-15, obra a folio 36; 0010 con 12 nombramientos (fl. 42); 0011 todas de 6 de febrero de 2003 y expedidas por el Ministerio de la Protección Social, con 19 cargos (fl. 57); y, 123 de 25 de febrero del mismo año (fl. 67).

Por Resolución No. 298 de 13 de marzo de 2003 (fl. 260) la actora fue nombrada nuevamente en el cargo de Auxiliar Administrativo 5120-13 en la planta del Ministerio de la Protección Social.

A folio 266, obra copia del fallo disciplinaria proferido en contra de la actora donde se la sanciona con destitución e inhabilidad general por un término de 10 años por encontrarla responsable de las faltas disciplinarias de no reintegrarse el día siguiente al vencimiento de la licencia no remunerada, pasar tres días sin presentarse a laborar y soportar su inasistencia a laborar con incapacidades falsas.

Análisis de la Sala:

En el presente asunto la Sala entra a definir el recurso de apelación de la parte demandante el que se concreta en dos aspectos centrales: 1. Que la demandante fue incorporada en otro cargo de inferior categoría al que ostentaba al momento en que se la retiró del servicio; y 2. Que al prosperar las pretensiones anulatorias, porque a la demandante se le vulneró su derecho a la estabilidad reforzada por estar en estado de gravidez, debe restablecerse plenamente el derecho, y el acto administrativo que la sancionó con destitución por ser posterior “no puede involucrar la nulidad de los actos administrativos objeto de impugnación [sic], ni restarles eficacia”.

El artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, prevé la acción de Nulidad y Restablecimiento del derecho, con el fin de que la persona que se crea lesionada

en un derecho amparado en una norma jurídica, pida ante el Juez la declaración de nulidad del acto administrativo y que "se le restablezca en su derecho".

El hecho de que se anule el acto administrativo no necesariamente implica que se deba restablecer el derecho, pues es posible que el pretense derecho ya aparezca resarcido por otro acto o hecho o, que de suyo, no contenga actualmente una lesión. En otras palabras, estas no son unidades irrevocables y, el restablecimiento del derecho debe valorarse en cada caso concreto.

Sobre el punto anterior, esta Corporación, en reiteradas oportunidades, ha señalado esta característica que reviste el restablecimiento del derecho. Al respecto, en providencia del 15 de noviembre de 1990 (Exp. 2339) citado por la Corte Constitucional en sentencia C-199 del 17 de abril de 1997, que declaró exequible el artículo 85 del C.C.A. señaló:

"Quepa recordar que la acción de restablecimiento del derecho envuelve dos pretensiones. La primera, la de anulación del acto administrativo, es semejante a la única que integra la acción llamada "de nulidad", es decir, la nulidad de los actos (art. 84), procediendo ésta cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o falsamente motivados, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiera"; **la única diferencia que señala la ley en cuanto hace a esta pretensión común de ambas "acciones" es que la de "restablecimiento del derecho", además de lo anterior, exige que la persona que la incoa "se crea lesionada en un derecho suyo, amparado por una norma jurídica"**.

[...]De allí que **una de las pretensiones que contempla la acción de restablecimiento del derecho sea la anulación del acto administrativo y que otra, consecuencia de los resultados favorables de ésta, el restablecimiento en su derecho**. Más, lógicamente, que **ese restablecimiento está supeditado a que el derecho subjetivo del interesado exista**, por que si no existe, mal puede restablecerse en algo que nunca ha estado en el patrimonio jurídico de esa persona.

Esto último fue lo que observó el tribunal en el caso particular del actor, y vió cómo las simples irregularidades de los actos que declaró nulos no lesionaron ningún derecho suyo, por lo cual denegó esa pretensión (...). Que **la acción necesariamente debe ser planteada contemplando el demandante las dos solicitudes inseparables, la de la nulidad del acto y la del restablecimiento del derecho, no significa que el juez administrativo debe acceder indubitablemente a ésta última, dado que en un juicio concreto es posible que el pretendido derecho que se requiere restablecer, no exista**" (negritas y subrayas corresponden a la Corte Constitucional).

En el mismo sentido el artículo 170 del C.C.A., prevé que la sentencia tiene que ser motivada, debe analizar los hechos, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones, para resolver todas las peticiones, pero además, da un amplio margen en lo que se refiere al restablecimiento del derecho particular, tanto así que se puede “estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas”.

Conforme a lo antes señalado, encuentra la Sala que, como primer aspecto, en lo que se refiere a la anulación de los actos administrativos acusados, esta Corporación no tiene competencia para entrar a calificar la decisión del Juez pues, en este caso, como se trata de un apelante único, la decisión no puede serle más gravosa de acuerdo con el artículo 31 de la Carta Política, y, por ende, el análisis de esta Corporación debe ser limitado a los dos (2) aspectos arriba precisados.

1. En cuanto al primer punto, es decir, el hecho de que la demandante, al momento del retiro, 7 de febrero de 2003, ocupaba el cargo de Auxiliar Administrativo 5120, grado 15 (folios 291 a 294) y cuando fue nombrada por la administración, mediante la Resolución No. 0298 del 13 de marzo de 2003, la vincularon al cargo de Auxiliar Administrativo 5120, grado 13, es decir, con una menor asignación salarial en otro cargo de inferior categoría al que ostentaba al momento en que se le retiró del servicio.

Para la Sala, es evidente que la anulación del acto administrativo que la retiró del servicio, de suyo, implica el restablecimiento del derecho que en este caso consistía en el reintegro al cargo que venía ocupando o a otro de igual o superior categoría como se solicitó en la demanda (folio 6), y esto fue lo que ordenó el a quo (folios 381 y 384).

También el restablecimiento del derecho implica el pago de los salarios y prestaciones dejadas de percibir desde el momento en que fue retirada hasta cuando sea revinculada, que en este caso, se hizo por decisión de la administración contenida en la Resolución No. 0298 del 13 de marzo de 2003, cuando, motu proprio, la vinculó al cargo de Auxiliar Administrativo 5120, grado 13,

lo que daría lugar a la existencia de una sustracción de materia, pues no existiría ningún derecho que restablecer ya que este ya fue resarcido.

Pero resulta que no puede hablarse de la existencia de este fenómeno en el presente asunto, porque, como lo alega la recurrente, no hay congruencia entre el cargo al que fue revinculada con respecto al puesto en el que se ordena el reintegro en la providencia recurrida, por ello, debe reconocerse la diferencia entre lo devengado y lo que debería devengar con ocasión de la orden de reintegro.

En efecto, el recurso de apelación prospera parcialmente, en tanto la administración revinculó a la demandante al poco tiempo (un mes y cinco días) y esta actuación debe tenerse en cuenta a efectos de restablecimiento del derecho, conforme a los principios de equidad y reparación integral previstos en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, porque, es lo cierto, que con la revinculación de la demandante se mitigaron los perjuicios que ocasionó su retiro calificado por el a quo como ilegal, pero, de todas maneras, al no haber sido completo debe restablecerse plenamente, como ya se indicó.

2. Respecto al segundo aspecto, como también lo precisó el a quo, no se debe dejar de lado que la demandante fue sancionada disciplinariamente, en Audiencia de Proceso Verbal con destitución del cargo e inhabilidad para ejercer cargos por diez (10) años, mediante la Resolución No. 0244 del 4 de febrero de 2005, emitida por el Ministro de Protección Social, y esta circunstancia, aunque no fuese traída al proceso, implica que el empleado no puede acceder al cargo o ejercer funciones, y, esto conlleva no sólo la incompatibilidad respecto del cargo que desempeñaba al momento en que se profirió la sanción sino cualquiera otro en el que se le designe o en el que se le reintegre. En consecuencia, el segundo aspecto del recurso de apelación no puede prosperar.

Así las cosas, la Sala modificará la sentencia en el aspecto antes puntualizado y confirmará la sentencia recurrida en todos los demás aspectos.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

CONFIRMASE la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, del 16 de agosto de 2007, que declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada, declaró la nulidad parcial de los actos acusados y negó las demás pretensiones de la demanda formulada por YANETH MARCELA GARCÍA SILVA contra La Nación, Ministerio de la Protección Social, salvo el numeral 3º que se modifica y queda en los siguientes términos: Tercero: Condénese a la Nación – Ministerio de la Protección Social, a título de restablecimiento del derecho, a pagarle a la demandante señora Yaneth Marcela García Silva todos los emolumentos dejados de percibir desde la fecha de retiro del servicio, 7 de febrero de 2003, hasta el día anterior en que el Ministerio de la Protección Social la volvió a vincular a la planta de personal, el 12 de marzo de 2003, en el cargo de Auxiliar Administrativo 5120-15; y desde ese momento y hasta el 4 de febrero de 2005, cuando se le ejecutó la sanción disciplinaria de destitución e inhabilidad por diez (10) años, el pago de las diferencias dejadas de percibir entre el cargo de Auxiliar Administrativo 5120-15 y el de Auxiliar Administrativo 5120-13, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de ésta providencia. Valores que deben ser indexados, de acuerdo con la fórmula, que elaboró el a quo, en la parte motiva de su providencia.

Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PAEZ GERARDO ARENAS MONSALVE

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

