

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA
SUBSECCION A

Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON

Bogotá, D.C., doce (12) de febrero de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 76001-23-31-000-1997-23060-02(2313-98)

Actor: JORGE HORACIO VASQUEZ MOTTA

Demandado: FISCALIA GENERAL DE LA NACION

Referencia: AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 8 de mayo de 1998 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

ANTECEDENTES

JORGE HORACIO VASQUEZ MOTTA, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A. demandó del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca la nulidad de la Resolución No. 0-1130 de 31 de mayo de 1996, expedida por el Fiscal General de la Nación, mediante la cual se le declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos de la Dirección Seccional de Fiscalías de Buga.

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto acusado, impetró el correspondiente restablecimiento del derecho.

Los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones de la demanda, se resumen en los siguientes:

En enero de 1994 la Fiscalía General de la Nación convocó a concurso de méritos para los aspirantes a proveer los cargos en las Unidades Locales de Fiscalía Delegadas antes los Jueces Penales y Promiscuos Municipales de todo el país.

La Dirección Nacional de Fiscalías por intermedio de la dependencia denominada “ADMINISTRACIÓN DE CARRERA” de la Fiscalía General de la Nación, expidió la Convocatoria 1994.

Surtido el trámite de inscripción, revisión de la hoja de vida, examen de conocimientos, entrevista personal y psicológica, estudio de seguridad realizado por el CTI - Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía General de la Nación, el actor fue nombrado en provisionalidad, pero como titular del cargo de Fiscal Local, cargo que aceptó y fue posesionado, adscrito a la Dirección Seccional de Fiscalías de Guadalajara de Buga.

En el examen de conocimientos que se realizó en el mes de marzo de 1994, entre los 4700 aspirantes a ocupar los cargos de Fiscal Local, fue uno de los 320 concursantes que “calificó” en el primer examen clasificatorio.

Para el Valle del Cauca, en el Distrito Judicial de la Dirección Seccional de Buga, entre 320 aspirantes fue uno de los seis (6) que “calificó” en el mencionado primer examen, no necesitó del segundo examen de “oportunidad o repechaje” que se efectuó para algunos de los aspirantes que no había calificado en igualdad de condiciones.

Habiendo superado satisfactoriamente las etapas de selección y demostrado tener los méritos exigidos por la Fiscalía General de la Nación para ocupar el cargo de Fiscal Local Delegado, el Fiscal General de la Nación mediante Resolución 0-0852 de 23 de mayo de 1994 lo nombró en provisionalidad, cargo que aceptó y tomó posesión el 3 de junio de 1994, asumiendo las funciones de Fiscal Local en forma inmediata.

Como Fiscal Local 18 Delegado ante los Jueces Penales y Promiscuos Municipales, adscrito a la Dirección Seccional de Fiscalías de Buga, para el cumplimiento de sus funciones se le asignó el Municipio de Alcalá (Valle del Cauca).

Por sus méritos y logros, se le promovió en encargo, en calidad de Fiscal Seccional, así:

- En la Unidad de Reacción Inmediata URI de Cartago (Valle del Cauca), por vacaciones del titular entre el 26 de octubre y el 19 de noviembre de 1995.
- Fiscal 15 Seccional, en la URI de Cartago Valle, desde el 1º de diciembre de 1995 hasta el 15 de abril de 1996.

La Corte Constitucional mediante sentencia C-037 de 7 de marzo de 1996 homologó el concurso de méritos en el que participó para ingresar a la Fiscalía General de la Nación, quedando, a juicio del actor automáticamente amparado por el sistema de carrera judicial.

El 15 de abril de 1996 se le notificó la Resolución 1301, por medio de la cual la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de Cali solicitó la suspensión del encargo en el cargo de Fiscal 15 Seccional que venía desempeñando y regresaba como Fiscal Local en Alcalá (Valle).

El 11 de junio de 1996, mediante oficio 4525 de 31 de mayo de 1996 se le comunicó el contenido de la Resolución 0-001130 expedida por el Fiscal General de la Nación, por medio de la cual declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos de la Dirección Seccional de Fiscalías de Buga.

Estima que hallándose amparado por el sistema de carrera y con una hoja de vida impecable, el acto de insubsistencia de su nombramiento se constituye en una actuación arbitraria, contraria al ordenamiento jurídico que le causa perjuicios de todo orden.

Como disposiciones violadas con el acto acusado se citaron las siguientes:

- Constitución Política: artículos 1, 2, 4, 13, 15, 29, 83 87, 125, 241, 243 y 251
- Ley 270 de 1996: artículos 1, 3, 46, 48, 130, 156 y 159
- Ley 200 de 1995: artículos 4 y 13
- Decreto 2699 de 1991: artículos 5, 65, 66, 67, 68 y 73
- C.C.A.: artículos 84, 85 y 136

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal declaró no probada la excepción de indebida representación de la parte demandada, propuesta por la Nación - Ministerio de Justicia y del Derecho y negó las pretensiones de la demanda.

Expresó que no se presentaba falta de legitimación en la causa respecto de la Nación - Ministerio de Justicia y del Derecho puesto que a la fecha de presentación de la demanda (7 de octubre de 1996) aún no se había designado al Director Nacional de Administración a quien correspondería la representación legal de la rama judicial.

En concepto del Tribunal, el demandante no se encontraba inscrito en carrera de las fiscalías; la Corte Constitucional no homologó la carrera judicial y de las fiscalías y, por el contrario, para ingresar a ellas era necesario que el empleado cumpliera todos los requisitos exigidos en la ley; que aunque el actor hubiera desempeñado eficientemente su cargo, ello no enervaba la facultad discrecional y tampoco constituía desviación de poder; y que, la insubsistencia no es una sanción disciplinaria de donde pueda inferirse vulneración del debido proceso.

EL RECURSO DE APELACIÓN

En memorial visible a folios 238 y siguientes del cuaderno principal del expediente, obra la sustentación del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, del cual se destacan las siguientes razones de inconformidad:

La sentencia C-037 de 1996 de la Corte Constitucional homologó el concurso en el cual participó y desde ese momento se encontraba amparado por la carrera de la fiscalía, lo que no implica su inscripción, mas sí el amparo que se confiere a los empleados escalafonados.

Agrega que la sentencia impugnada incurrió en un error de hecho al no valorar las pruebas aportadas y desestimarlas sin argumento alguno; que conforme a las pruebas documentales allegadas al proceso - reclamaciones presentadas a la fiscalía -demostró que se encontraba amparado por el sistema de carrera judicial, debiéndose ser inscrito en el escalafón en cumplimiento de la sentencia de la Corte Constitucional. Estima que está probada la negligencia de la Fiscalía General de la Nación en la implementación de la carrera.

Manifiesta que la Constitución prevalece sobre la ley, y las sentencias de constitucionalidad son de obligatorio cumplimiento con efectos erga-omnes; que la sentencia C-037 de 1996 se fundamentó en el derecho a la igualdad.

Refiere que el concurso en el cual participó en el año 1994 incumplió la Constitución y la ley, razón por la cual no pudo expedirse el acto de inscripción a favor de quienes lo superaron satisfactoriamente, pero que en la sentencia citada, la Corte fue clara en expresar que las consideraciones allí expuestas solo eran aplicables a quienes hubieran ingresado por designación directa y no a quienes lo hubieran hecho mediante concurso, mandato desconocido por las entidades demandadas lo cual ocasionó la inexistencia de la inscripción echada de menos por el tribunal, mas no el amparo propio de la carrera.

Sobre la desviación de poder, expresa que el Tribunal tampoco se detuvo en análisis probatorio alguno, pues de los documentos obrantes en el proceso se infiere, por la sucesión de los hechos, que su retiro obedeció a la ira que le causó al Director Seccional de Fiscalías de Buga el hecho de que él aspirara a ser nombrado en propiedad como Fiscal Seccional de Cartago (Valle), empleo que desempeñaba por encargo, al punto que al día siguiente de su petición se dio por terminado el encargo, se le regresó al cargo de Fiscal Local, y 45 días después se le declaró insubsistente.

La solicitud de ascenso fue suficiente para provocar una respuesta subjetiva que desmejoró el servicio, reemplazándolo con funcionarios subalternos, sin los requisitos exigidos para desempeñar el empleo. La falta de análisis probatorio dio como resultado una vía de hecho que transgrede la Constitución, la ley y la jurisprudencia del país.

En sentir de la actora, no tiene asidero el planteamiento que, en sus alegatos de conclusión, hace el apoderado de la Fiscalía General de la Nación, pues no podía demandar el acto de vinculación ya que ello era renunciar al derecho sustancial.

Finalmente presenta un resumen del proceso y de sus alegaciones, para señalar en seguida que de su hoja de vida se infería el profesionalismo con que se había desempeñado en la función pública; que demostró su ingreso a la entidad mediante concurso y, por ende, el amparo conferido por la carrera; y que además probó la desviación de poder por mal uso de la facultad discrecional.

Para resolver se,

CONSIDERA

Estima el señor JORGE HORACIO VASQUEZ MOTTA que la Resolución 0-1130 de 31 de mayo de 1996, mediante la cual el Fiscal General de la Nación declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos de la Dirección Seccional de Fiscalías de Buga, desconoce los derechos de carrera judicial e incurre en desviación de poder.

Afirma el demandante que ingresó a este cargo previa selección mediante concurso, hecho que es aceptado por la entidad demandada, pero advirtiendo que ese concurso no tuvo efectos para el ingreso a la carrera.

Examinará la Sala entonces si al actor lo amparaban las prerrogativas que otorga el status de carrera y si era viable su retiro del servicio mediante la declaratoria de insubsistencia en ejercicio de la facultad discrecional. Para ello, se remitirá a los antecedentes que obran en el proceso:

A folio 5 y s.s. del cuaderno principal, aparece en copia, la “CONVOCATORIA 1994”, de donde puede inferirse que la intención de la demandada fue la de escoger a los Fiscales Locales mediante **concurso**. Así se concluye del lenguaje allí utilizado:

“El presente instructivo es parte complementaria del formulario de inscripción y en él se da al **aspirante** toda la información relacionada con el concurso...” “En caso de que un **aspirante** diligencie más de una inscripción en cualquier parte del país, será excluido del concurso...”, “...Consta de cuatro etapas...**Cada etapa es eliminatoria**, es decir, solo serán llamadas para evaluación de un factor aquellas personas que hayan obtenido puntaje aprobatorio en el factor anterior...”, “... Con los nombres de quienes hayan llegado al **final del concurso**... se elaborará un (sic.) **estricto orden de mérito** de aprobados... Los aspirantes aprobados podrán ser nombrados... la no aceptación generará **exclusión de la**

lista de candidatos...".

A fin de que los interesados procedieran a inscribirse en el concurso de unidades locales, la Fiscalía General de la Nación **convocó** a todos los ciudadanos a participar en el mismo, estableciendo las reglas contenidas en el instrumento que obra a folios 19 y 20 del cuaderno principal, en donde se indicó: cargos a proveer, requisitos exigidos, pruebas a evaluarse (análisis de la hoja de vida, examen de conocimientos, entrevista, estudio de seguridad) y fechas para reclamar formulario de inscripción y cartilla de instrucciones, así como para la respectiva inscripción, práctica de exámenes y entrega de resultados.

El 15 de febrero de 1994¹, el demandante se **inscribió** en el mencionado concurso para optar al cargo de Fiscal Local, suministrando la información requerida en el documento que obra a folios 42 y 43 del cuaderno 3, esto es, sus datos personales, los estudios y cursos de capacitación realizados, la experiencia laboral, etc.

Así mismo, aparece a folio 5 del cuaderno 4, el listado definitivo de las personas que **aprobaron el concurso** de unidades locales de la Dirección Seccional de Fiscalías de Buga para optar al cargo de Fiscal, entre los cuales se encuentra el demandante. En ese documento, se registraron datos tales como: el número de identificación del aspirante, el nombre del mismo y los puntajes obtenidos en los siguientes ítems: hoja de vida, examen de conocimientos y entrevista, señalando para el efecto el orden de elegibilidad conforme al puntaje total obtenido. El señor VÁSQUEZ MOTTA se ubicó, entre quienes participaron y superaron satisfactoriamente el concurso de méritos, en el puesto número 17².

Según se registra en el expediente, a folios 32 a 34 del cuaderno principal, el actor fue **nombrado en provisionalidad**, como Fiscal Local de la Dirección Seccional de Buga el 23 de mayo de 1994 mediante la Resolución 0-0852 expedida por el Fiscal General de la Nación.

A folio 172 del cuaderno 3, obra en fotocopia, el Acta de Posesión No. 1669 del 3

¹ Formulario de Inscripción No. 00183.

² Según se expuso en la demanda, al concurso se presentaron 4.700 aspirantes para el cargo de Fiscal Local a nivel nacional, clasificando el actor entre los 320 que superaron el primer examen, posicionándose en el puesto 6 de esa evaluación (fl. 81 c. ppal.). Hecho que es aceptado por la demandada (fls. 137 c. ppal.).

de junio de 1994, asumiendo el demandante, en provisionalidad, el cargo de Fiscal Local de la Dirección Seccional de Buga, designado en virtud de la Resolución No. 0-852 de 1994.

Sentadas las bases anteriores, el problema jurídico se resuelve en el siguiente orden:

Para la fecha en que el señor JORGE HORACIO VASQUEZ MOTTA ingresó como **Fiscal Local** de la Dirección Seccional de Buga, ese empleo era considerado por el legislador³ como un **cargo de carrera**, pues no lo definió como de libre nombramiento y remoción. Así se desprende con toda claridad del artículo 66 del Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación. Era claro entonces que el mencionado cargo debía proveerse mediante el sistema de méritos.

Ahora bien, por mandato constitucional (art. 125), el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

Sobre la provisión o ingreso a los cargos de carrera, el artículo 72 del Estatuto Orgánico de la Fiscalía dispone que, la persona escogida por el sistema de concurso, hará su ingreso a la carrera en período de prueba de tres (3) meses, dentro de los cuales, se calificarán mensualmente sus servicios, para evaluar su eficiencia, adaptación y condiciones para el desempeño del cargo. Superado este período y obtenida la calificación satisfactoria el aspirante deberá ser nombrado en propiedad y escalafonado dentro de la carrera.

Como se precisó, en el sub-lite, no se discute por ninguna de las partes involucradas en la controversia, que la Fiscalía General de la Nación, convocó a concurso para proveer el cargo de Fiscal Local, que el demandante por cumplir los requisitos, participó, superó las etapas del mismo y fue nombrado en el citado cargo, sólo que la entidad demandada -Fiscalía General de la Nación-, no realizó la designación como lo ordena la ley, pues como se dijo, la Constitución ordena

³ El artículo 130 de la Ley 270/96 (norma sustitutiva del art. 1º de la ley 116/94 y que a su vez modificó el art. 66 del Dcto. 2699/91) consagró igualmente el cargo de Fiscal Local como de carrera, disposición que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-037/96, con ponencia del Magistrado Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, dejando vigente el cargo dentro de dicha clasificación.

que el ingreso a los cargos de carrera, se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la Ley. Esta (Estatuto Orgánico), señala las etapas del proceso de selección y provisión de cargos -en período de prueba, y la fiscalía procede en flagrante violación de la normatividad antes citada.

En efecto, adelantó el proceso de selección, sin embargo, en la convocatoria consignó lo siguiente:

NOTA: El proceso de selección que adelantará para la provisión de estos cargos responde a un propósito de vincular a través de la evaluación de los méritos en igualdad de oportunidades, pero debe advertirse que no es parte integral de la carrera de la Fiscalía General de la Nación. Por tal razón la entidad no adquiere compromiso legal con quienes resulten aprobados en este concurso.

No es aceptable la argumentación de la Fiscalía General de la Nación cuando afirma que el concurso en el cual participó el actor no tenía efectos para la carrera, tal como se advirtió en el mencionado instructivo, pues la entidad demandada no podía actuar por fuera de los parámetros establecidos en su estatuto orgánico, Decreto 2699 de 1991. Al tenor del artículo 65 de la mencionada norma, la carrera de la fiscalía no solo tenía como objeto garantizar la igualdad de oportunidades para el ingreso, sino también **la permanencia** y ascenso **en el servicio**.

Ninguna razón justifica que la entidad cercene no solo los objetivos propios de la carrera sino también los derechos mínimos que se otorgan a quienes se someten a las reglas del concurso y superan satisfactoriamente las etapas del mismo.

El artículo 73 del Estatuto en cita es claro al determinar que **solo por excepción los nombramientos en cargos de carrera son provisionales**. El Fiscal General de la Nación no podía convertir la excepción en regla general y, de paso, desconocer las normas que regulaban el ingreso a la entidad.

Con fundamento en las pruebas reseñadas, es indiscutible que el actor ingresó al cargo de Fiscal Local en virtud de un concurso de méritos, solo que la Fiscalía General de la Nación lo hizo contraviniendo el orden superior.

En efecto, de conformidad con el artículo 121 de la Constitución Política, las autoridades de la República no pueden ejercer atribuciones distintas de las que le

señala la Constitución y la ley. Mandato en el mismo sentido consagra el inciso 2º del artículo 123 ibídem cuando expresa: “Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento”.

Por su parte, el artículo 125 de la Carta Política, prevé que el ingreso a los cargos de carrera se hará previa observación de los requisitos y condiciones señalados en la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

En cumplimiento de tales disposiciones, el Presidente de la República profirió el 30 de noviembre de 1991 el Decreto-Ley 2699⁴, por el cual se expidió el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, en donde se trató, entre otros temas, en la “SECCIÓN II”, el relacionado con la administración de la carrera de la fiscalía (arts. 67 a 75), señalando las etapas propias del concurso, normas que son de obligatoria observancia.

No podía entonces, la entidad demandada, con fundamento en una cláusula inane contenida en la convocatoria como “NOTA”, advertir que aquel proceso de selección no era “parte integral de la carrera de la Fiscalía General de la Nación”, sustrayéndose del cumplimiento de las normas de derecho positivo que informan el sistema de carrera judicial.

La Fiscalía General de la Nación era concedora de sus propias actuaciones y dado que no obra ningún indicio del cual se desprenda que para el retiro del actor se hubiese establecido responsabilidad disciplinaria o deficiencia en el cumplimiento de sus funciones⁵, la desvinculación ha debido proceder en los términos indicados en el inciso 4º del artículo 125 Superior. No era propio acudir a la figura de la insubsistencia discrecional.

En esos términos, es evidente que el acto de retiro acusado está viciado de nulidad por infringir la normatividad en que debía fundarse.

Por considerarlo pertinente, la Sala transcribe y acoge para resolver el sub-lite, las siguientes consideraciones expuestas en la sentencia de 23 de septiembre de

⁴ Expedido en uso de las facultades que le confirió el literal a) del artículo transitorio 5 de la C.P.

⁵ Según constancia expedida por el Jefe de Desarrollo Humano de la Dirección Seccional y Administrativa y Financiera de Cali (Valle), que obra a folio 3 del cuaderno 3, “En su hoja de vida - la del actor- no figuran antecedentes laborales disciplinarios ni anotaciones especiales”.

1999, dictada en el proceso No. 602-99, con ponencia del Magistrado Dr. Javier Díaz Bueno:

“La Sala ha dicho que, con la finalidad de garantizar el buen servicio público, el nominador tiene la potestad de proveer un empleo de libre nombramiento y remoción a través de concurso para evaluar las calidades que debe reunir el candidato, sin que de tal actuación puedan derivarse derechos de carrera. Sin embargo, en esta oportunidad la situación es diferente, pues como antes se advirtió, la Fiscalía General de la Nación en principio, no tiene facultad para proveer cargos de carrera con nombramiento en provisionalidad, sino que debe hacerlo previo el agotamiento del proceso de selección. El nombramiento provisional es la excepción.

En efecto, por mandato constitucional, el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley, para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. El Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, define el empleo que desempeñaba el demandante como de carrera, la Fiscalía lo vinculó previo agotamiento del concurso de méritos y en esas condiciones, la circunstancia de que en la convocatoria hubiera expresado que ella no otorgaba a sus participantes derechos de carrera, tal advertencia no tiene la virtualidad de modificar la ley, mucho menos la Constitución. Ella no tiene ningún valor, pues de lo contrario, sería aceptar que el nominador pueda a su arbitrio cambiar las reglas previstas en la Constitución y en la ley obstaculizando de ese modo el adecuado funcionamiento de la carrera...”.

Al ser desvirtuada la legalidad del acto que implicó el retiro del demandante, la Sala procederá a revocar la sentencia del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que denegó las súplicas y en su lugar acogerá favorablemente las súplicas de la demanda.

En consecuencia, se declarará la nulidad del acto acusado y a título de restablecimiento del derecho se condenará a la Fiscalía General de la Nación a reintegrar al demandante, en **período de prueba**, al cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos de la Dirección Seccional de Fiscalías de Buga o a otro de igual o superior categoría. No se ordena el reintegro en “propiedad” en consideración a que no ha sido calificado, como lo ordena el artículo 72 del Decreto 2699 de 1991.

Se condenará a la entidad demandada a reconocer y pagar a favor del actor los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la fecha en que se produjo el

retiro del servicio y hasta cuando sea reintegrado al mismo, sin solución de continuidad.

Las sumas que resulten a favor del actor, se actualizarán en su valor, de conformidad con la fórmula y términos que se señalarán en la parte resolutive de la presente providencia.

Se declarará que no hay lugar al descuento de suma alguna por el desempeño de otro cargo, durante el tiempo en que el actor estuvo separado del servicio, en aplicación de la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de fecha 29 de enero de 2008, actor Amparo Mosquera Martínez, con ponencia del Dr. Jesús María Lemos Bustamante, en la cual se dispuso lo siguiente:

“(...) Empero de esta preceptiva - art. 128 C.P. - no puede deducirse la prohibición para ordenar el pago de las sumas de dinero que por concepto de salarios y prestaciones provenientes de un empleo público hubiese recibido el demandante durante el lapso transcurrido entre el retiro y el cumplimiento de la orden de reintegro impartida por el juez contencioso administrativo al decidir a su favor la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por él impetrada.

El pago ordenado como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto de retiro ostenta un carácter indemnizatorio, vale decir, en estos casos el restablecimiento del derecho se traduce en la indemnización de los perjuicios irrogados por el acto ilegal.

La remisión que se hace a los salarios dejados de percibir se utiliza sólo como mecanismo indemnizatorio, como medida o tasación de la indemnización, tal como se emplea en otras ocasiones el valor del grammo oro o el del salario mínimo. Se acude a él porque la indemnización debe corresponder al daño sufrido y este se tasa con base en los salarios y prestaciones de la relación laboral que se extinguió.

Cuando se dispone el reintegro de un trabajador con el consecuente pago de los salarios y prestaciones dejados de recibir desde la fecha del retiro hasta la del reintegro efectivo las cosas vuelven a su estado anterior, como si durante el tiempo en que estuvo cesante hubiera estado efectivamente prestando el servicio y devengando el salario correspondiente.

Si durante ese lapso el servidor público desempeñó otro cargo y recibió el salario a él asignado este valor no debe descontársele porque su causa es diferente, la efectiva prestación del servicio como empleado público.

Adoptar como política el descuento de los salarios percibidos por el servidor público en otro cargo público equivaldría a obligarlo a permanecer sin empleo si quiere obtener la reparación o a considerar que esta no corre a cargo de la administración sino del propio interesado, o a devolver el valor del salario percibido como consecuencia del trabajo por él realizado, cuando uno de los elementos básicos de la relación laboral es la remuneración.

Como el pago impuesto en la condena no tiene por causa la prestación del servicio sino el daño causado por el retiro ilegal no tiene la connotación de asignación laboral dirigida a remunerar el servicio prestado y, por ende, no debe considerarse incurso en la prohibición establecida por el artículo 128 de la Carta Política...”.

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:

REVÓCASE la sentencia proferida el 8 de mayo de 1998 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sección Segunda, por medio de la cual denegó las súplicas de la demanda dentro del proceso promovido por el señor Jorge Horacio Vásquez Motta contra la Fiscalía General.

En su lugar se dispone:

DECLÁRASE la nulidad de la Resolución No. 0-1130 de 31 de mayo de 1996 expedida por el Fiscal General de la Nación, en cuanto retiró del cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos de la Dirección Seccional de Fiscalías de Buga al señor Jorge Horacio Vásquez Motta.

A título de restablecimiento del derecho, la entidad demandada deberá reintegrar al señor Jorge Horacio Vásquez Motta, en **período de prueba**, al cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos de la Dirección Seccional de Fiscalías de Buga, o a otro de igual o similar categoría, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

DECLÁRASE que para todos los efectos legales no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios por parte del señor Jorge Horacio

Vásquez Motta.

CONDÉNASE a la Nación - Fiscalía General de la Nación a pagar al demandante los sueldos y prestaciones dejados de percibir desde la fecha en que se produjo el retiro del servicio y hasta cuando sea reintegrado al mismo.

La suma que se pague en favor del señor Jorge Horacio Vásquez Motta, se actualizará en la forma como se indica en esta providencia, aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R = Rh. \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha en que fue desvinculado del servicio en virtud del acto acusado, 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, según se dispuso en la parte motiva de la providencia).

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada mesada salarial 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.

No hay lugar a descontar suma alguna por el desempeño de otro cargo que pueda haber tenido durante el tiempo en que el señor Jorge Horacio Vásquez Motta estuvo separado del servicio.

La Nación - Fiscalía General de la Nación dará cumplimiento a este fallo dentro del término establecido en el artículo 176 del C.C.A. y observará lo dispuesto en el inciso final del artículo 177 ibídem. y el artículo 60 de la ley 446 de 1998.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

GUSTAVO GOMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO