

**INSUBSISTENCIA DE EMPLEADA EN ESTADO DE EMBARAZO EN CARGO DE CONFIANZA DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN /PRESUNCION DE DESPIDO POR EMBARAZO - Inversión de la carga de la prueba / FACULTAD DISCRECIONAL – Límite / PROTECCION A LA MATERNIDAD - Prevalencia**

Consagra el artículo 40 del Decreto 1848 de 1969 una presunción legal que admite demostración en sentido contrario, según las voces del artículo 66 del Código Civil. Debe entonces examinar la Sala si la presunción anotada fue desvirtuada por la entidad demandada, pues contrario a lo consagrado para los actos de insubsistencia de empleos de libre nombramiento y remoción que en condiciones normales están investidos de la presunción de legalidad que debe desvirtuar quien alega quebranto legal, en actos como el discutido la carga de la prueba se invierte y es la entidad que profiere el acto la obligada a probar que el despido no tuvo origen en la situación de embarazo, aborto o lactancia de la empleada. Si bien, el acto demandado y en los escritos presentados a lo largo de proceso, la entidad ha señalado como causa del despido de la demandante "el buen servicio", en casos como el sub judice no es suficiente esta sola aseveración. El tratamiento especial que la ley se ocupó de dar a los casos de despido de empleadas en las circunstancias que se anotaron, carecería de sentido, resultando inane, si las exigencias para los actos de insubsistencia en uno u otro caso fueran las mismas. No hay duda que tratándose de empleadas en embarazo o lactancia, la expresión del poder discrecional de la administración tiene restringida su esfera, no porque no pueda declararse la insubsistencia en aras del buen servicio, sino porque no es suficiente su sola invocación; se requiere que la entidad tenga y demuestre la existencia de una razón válida y específica que lleve al convicción inequívoca de que la permanencia de determinada empleada en la administración entorpece o impide el cumplimiento de los fines del buen servicio que informaran la función pública. La ausencia de los presupuestos que acaban de señalarse, conduce simplemente a la conclusión de que la presunción legal no fue desvirtuada, es decir, que la entidad estuvo motivada en la situación de embarazo de la empleada para proferir el acto que la declaró insubsistente. Cabe señalar que tampoco es válida en el sub lite la razón dada por el Municipio de que se trata de un cargo de confianza y manejo. Si bien esta Sala ha sostenido de tiempo atrás que estos cargos no pueden generar estabilidad alguna en razón del elemento subjetivo que les es ínsito, la protección a la maternidad, al trabajo, a la infancia, a la familia y al derecho a la igualdad erigida como principio constitucional prevalece sobre cualquier otra consideración.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 3135 DE 1968 -ARTÍCULO 21 / DECRETO 1848 DE 1969 - ARTÍCULO 40 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 66 / LEY 50 DE 1990 - ARTÍCULO 35

**DESCUENTO DE SENTENCIA DE CONDENA LABORAL- Improcedencia de lo pagado por la administración por otros conceptos / INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO / INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO Y PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES DE REINTEGRO - Compatibilidad**

En cuanto a la solicitud del recurrente de descontar del valor de la condena lo ya pagado por la administración, habrá de decir la Sala que no existe incompatibilidad alguna entre el pago de la indemnización por despido de que trata el artículo 41 del Decreto 1848 de 1969 y el reintegro y pago de los emolumentos dejados de devengar como consecuencia del acto acusado.

**NOTA DE RELATORIA:** Reiteración jurisprudencial de la sentencia de 3 de noviembre de 1993 expediente 5065 - menciona la sentencia de la corte constitucional C - 470 de septiembre 25 de 1997.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A"**

**Consejera ponente: DOLLY PEDRAZA DE ARENAS**

Santa Fe de Bogotá D.C., ocho (8) de octubre de mil novecientos noventa y ocho (1998).-

**Radicación número: 16876**

**Actor: NUBIA CECILIA MONTOYA**

**Demandado: MUNICIPIO DE LIBANO (TOLIMA)**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia de 13 de junio de 1997, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, dentro del proceso promovido por NUBIA CECILIA MONTOYA MORALES contra el MUNICIPIO DE LIBANO (TOLIMA).

## **ANTECEDENTES**

NUBIA CECILIA MONTOYA MORALES, a través de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, instaura demanda contra el MUNICIPIO DE LIBANO (TOLIMA), para que se declare la nulidad del Decreto 082 de enero 31 de 1995 por el cual se le declaró insubsistente. A título de restablecimiento del derecho solicita el reintegro al cargo que ocupaba o a otro de igual o superior categoría; se ordene el pago de los salarios y prestaciones dejados de devengar, así como el pago de la indemnización de que trata el artículo 35 de la Ley 50 de 1990, con los aumentos

que el Gobierno autorice; pide así mismo se ordene dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A. y se declare para todos los efectos que no ha existido solución de continuidad.

### **LA SENTENCIA**

El Tribunal accedió a las súplicas de la demanda. Dijo que la entidad estaba enterada del estado de embarazo de la actora, para la fecha en que profirió el acto de insubsistencia y se apoyó en fallo proferido por la Sala Plena del Consejo de Estado, para concluir que la administración no demostró la legalidad de su decisión, como le correspondía, por invertirse en estos casos la carga de la prueba.

Agregó que no obra prueba dentro del expediente que ponga en duda que la actora era empleada idónea para el desempeño de sus funciones.

### **LA APELACION**

El municipio demandado solicita se revoque la sentencia de primera instancia.

Alega que el acto demandado fue motivado, al expresarse en él que el retiro se hizo “por necesidades del servicio”; que la actora desempeñaba un cargo de libre nombramiento y remoción.

Agrega que el Tribunal debió hacer uso de su facultad oficiosa y decretar pruebas encaminadas a demostrar el fundamento del acto de desvinculación, en consideración a la amplitud de la razón en que se motivó éste y

a las presunciones y obligaciones consagradas en el artículo 40 del Decreto 1848 de 1969.

### **CONSIDERACIONES**

Se debate en el sub judice si el Decreto 082 de enero 31 de 1995, por el cual fue declarado insubsistente el nombramiento de la demandante, es contrario al ordenamiento jurídico. El citado acto enuncia dentro de los considerandos el conocimiento que tiene la entidad del estado del embarazo de la accionante, el hecho de hallarse desempeñando un cargo de dirección y confianza que además es de libre nombramiento y remoción y, por último, funda los motivos en las necesidades del servicio.

El artículo 21 del Decreto 3135 de 1968 reza:

“Prohibición de despido. Durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto o aborto, sólo podrá efectuarse el retiro por justa causa comprobada, y mediante autorización del inspector del trabajo si se trata de trabajadora, o por resolución motivada del jefe del respectivo organismo si es empleada.

Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo cuando ha tenido lugar dentro de los períodos señalados en el inciso anterior sin las formalidades que el mismo establece. En este caso, la empleada o trabajadora tiene derecho a que la entidad donde trabaja le pague una indemnización equivalente a los salarios o sueldos de sesenta (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar, de acuerdo con su situación legal o contractual, y, además, al pago de las ocho (8) semanas de descanso remunerado, si no lo ha tomado.”

A su turno, el artículo 40 del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del 3135 de 1968 consagra la siguiente presunción legal:

“Presunción de despido por embarazo. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando tiene lugar dentro de los períodos señalados en el artículo anterior y sin la observancia de los requisitos exigidos en dicha norma legal.”

Consagra esta disposición una presunción legal que admite demostración en sentido contrario, según las voces del artículo 66 del Código Civil. Debe entonces examinar la Sala si la presunción anotada fue desvirtuada por la entidad demandada, pues contrario a lo consagrado para los actos de insubsistencia de empleos de libre nombramiento y remoción que en condiciones normales están investidos de la presunción de legalidad que debe desvirtuar quien alega quebranto legal, en actos como el discutido la carga de la prueba se invierte y es la entidad que profiere el acto la obligada a probar que el despido no tuvo origen en la situación de embarazo, aborto o lactancia de la empleada.

Si bien, en el acto demandado y en los escritos presentados a lo largo del proceso, la entidad ha señalado como causa del despido de la demandante “el buen servicio”, en casos como el sub judice no es suficiente esta sola aseveración. El tratamiento especial que la ley se ocupó de dar a los casos de despido de empleadas en las circunstancias que se anotaron, carecería de sentido, resultando inane, si las exigencias para los actos de insubsistencia en uno u otro caso fueran las mismas.

No hay duda que tratándose de empleadas en embarazo o lactancia, la expresión del poder discrecional de la administración tiene restringida su esfera, no porque no pueda declararse la insubsistencia en aras del buen servicio, sino porque no es suficiente su sola invocación; se requiere que la entidad tenga y demuestre la existencia de una razón válida y específica que lleve a la convicción inequívoca de que la permanencia de determinada empleada en la

administración entorpece o impide el cumplimiento de los fines del buen servicio que informan la función pública.

La ausencia de los presupuestos que acaban de señalarse, conduce simplemente a la conclusión de que la presunción legal no fue desvirtuada, es decir, que la entidad estuvo motivada en la situación de embarazo de la empleada para proferir el acto que la declaró insubsistente.

Cabe señalar que tampoco es válida en el sub lite la razón dada por el Municipio de que se trata de un cargo de confianza y manejo. Si bien esta Sala ha sostenido de tiempo atrás que estos cargos no pueden generar estabilidad alguna, en razón del elemento subjetivo que les es ínsito, la protección a la maternidad, al trabajo, a la infancia, a la familia y al derecho a la igualdad erigida como principio constitucional prevalece sobre cualquier otra consideración. La Corte Constitucional sobre la constitucionalidad del artículo 21 del Decreto 3135 de 1968, expresó lo siguiente:

Finalmente, este especial cuidado a la mujer embarazada y a la madre es también expresión de la centralidad que ocupa la familia en el ordenamiento constitucional colombiano, ya que ésta es la institución básica de la sociedad, por lo cual recibe una protección integral de parte de la sociedad y del Estado....

“.....

Esta mayor fuerza normativa de los principios constitucionales del trabajo, cuando se trata de mujeres embarazadas, es clara en materia de garantía a la estabilidad en el empleo. En efecto, si bien, conforme al artículo 53 de la Carta, todos los trabajadores tienen un derecho general a la estabilidad en el empleo, existen casos en que este derecho es aún más fuerte, por lo cual en tales eventos cabe hablar de un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada...” (Sent. C-470 de sept. 25/97, Corte Constitucional. Mag. Pon. Dr. Alejandro Martínez C.).

En cuanto a la solicitud del recurrente de descontar del valor de la condena lo ya pagado por la administración, habrá de decir la Sala que no existe incompatibilidad alguna entre el pago de la indemnización por despido de que trata el artículo 41 del Decreto 1848 de 1969 y el reintegro y pago de los emolumentos dejados de devengar como consecuencia del acto acusado. Como lo ha dicho la Sala, en sentencia del 3 de noviembre de 1993, expediente N° 5065:

“.....

“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”.

“.....

De acuerdo con los planteamientos que se han expuesto, concluye la Sala que tuvo razón el a quo al acceder a las súplicas de la demanda y, en consecuencia, habrá de confirmarse la sentencia apelada, aclarándola en el sentido de que por tratarse de obligaciones de tracto sucesivo, la fórmula de ajuste al valor señalado en la sentencia, se aplicará separadamente, mes por mes para cada mesada salarial comenzando por la que devengaba la actora en el momento de su 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:**

**CONFIRMASE** la sentencia de trece (13) de junio de mil novecientos noventa y siete (1997), proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, dentro del proceso promovido por NUBIA CECILIA MONTOYA MORALES contra el MUNICIPIO DE LIBANO - TOLIMA, que accedió las súplicas de la demanda.

**ACLARASE** en el sentido de que por tratarse de obligaciones de tracto sucesivo, la fórmula de ajuste al valor se aplicará separadamente, mes por mes para cada mesada salarial comenzando por la que devengaba la actora en el momento de su 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.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada, aprobada y ordenada su publicación, por la Sala en sesión del ocho (8) de octubre de mil novecientos noventa y ocho (1998).-

**NICOLAS PAJARO PEÑARANDA**  
**CASTRO**

**CLARA FORERO DE**

**DOLLY PEDRAZA DE ARENAS**



**MYRIAM VIRACACHA SANDOVAL**  
**Secretaria Ad Hoc**