

**ACTO DE INSUBSISTENCIA DE EMPLEADA EN ESTADO DE EMBARAZO –
No motivación / PRESUNCIÓN DE DESPIDO POR EMBARAZO /
PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD / REINTEGRO AL SERVICIO /
DESCUENTO DE LO RECIBIDO A TÍTULO DE INDEMNIZACION / DESVIACIÓN
DE PODER**

Con el acervo probatorio obrante en el expediente, se infiere que la administración conoció el estado de embarazo de la Actora mediante escrito que ésta presentó el 8 de julio de 1997; que con posterioridad profirió su decisión de declarar la insubsistencia de su nombramiento (Res. 037 del 30 de julio/97) sin precisar motivos para su decisión, la cual fue conocida por la interesada el 4 de agosto siguiente. Conforme a la ley, dada la situación señalada, se presume que el despido se efectuó por motivo de embarazo, lo cual es contrario a derecho por ser desconocedor de la especial protección a la maternidad. Como la Administración no cumplió con las exigencias de ley, se concluye que la desvinculación por insubsistencia de la embarazada no se produjo en aras del servicio público sino por causa del estado de gravidez, conducta -que como bien lo precisó el A quo- configura una clara y evidente desviación de poder y lleva a la nulidad del acto impugnado, con el consiguiente restablecimiento del derecho. Esta Sala considera que si prosperó la nulidad del acto de retiro del servicio de la embarazada con todo el restablecimiento del derecho (reintegro, pago de salarios y prestaciones, etc.) se tiene que la nulidad de la decisión acusada vuelve las cosas al estado original, es decir, como si jamás se hubiera proferido el acto de retiro. En esas condiciones, no tiene razón de ser la INDEMNIZACIÓN DE LOS 60 DÍAS si dicha actuación desapareció totalmente del mundo jurídico; por tanto, de los valores que se deben cancelar SE DESCONTARA EL VALOR DE LA INDEMNIZACIÓN DE LOS 60 DIAS y, después, el saldo insoluto resultante será ajustado al valor como se dispuso. Si así no se hace, la Demandante, en virtud de la decisión principal, tendrá el restablecimiento pleno del derecho y adicionalmente una INDEMNIZACIÓN DE 60 DIAS que ya no tiene razón de ser por la desaparición jurídica de la actuación administrativa contraria a derecho.

FUENTE FORMAL: DCTO 3135 DE 1968 / DECRETO REGLAMENTARIO 1848 DE 1969 / LEY 50 DE 1990 CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 42 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 43

NOTA DE RELATORIA: Cita sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado de julio 28 de 1996, S-638, Actora: Gloria Marina Vanegas Castro,

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA - SUB - SECCION “B”

Consejero ponente: TARSICIO CÁCERES TORO

Bogotá, D.C., octubre cuatro (4) de dos mil uno (2001)

Radicación número: Actor: LIA MARGARITA ALVAREZ PUENTE

Demandado: BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA

**Controv.: INSUBSISTENCIA EN EMBARAZO
AUTORIDADES DEPARTAMENTALES**

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la P. Demandada , contra la sentencia de febrero 9 de 2001 proferida por la Subsección "B" de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el expediente núm. 47572, que accedió a las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES :

LA PRIMERA INSTANCIA Y SU TRAMITE

LA DEMANDA. La Parte Actora, en ejercicio de la acción consagrada en el art.85 del C.C.A., presentó demanda contra la Beneficencia de Cundinamarca, con el fin de solicitar la nulidad de la Resolución Núm. 0737 del 30 de julio de 1997, expedida por el Gerente de la Beneficencia de Cundinamarca, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento en el cargo de Subgerente, Código 0060, grado 03, de la Subgerente Administrativa y Financiera de la Beneficencia de Cundinamarca

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento solicita su reintegro al cargo que desempeñaba cuando fue desvinculada del servicio, o a otro de igual o superior categoría, con el reconocimiento y pago de todos los sueldos, prestaciones y demás emolumentos dejados de percibir, desde el momento de su desvinculación y hasta el día que se efectúe el reintegro, con los aumentos o reajustes que haya tenido en ese lapso y con aportes al Sistema de Seguridad Social, declarando la no solución de continuidad para todos los efectos legales y con aplicación del artículo 178 del C.C.A.

Hechos: Aparecen sustentados a folios 12 a 13 Exp., en los siguientes términos:

Que se vinculó al servicio de la demandada el 30 de septiembre de 1996, en el cargo de Subgerente de la Subgerencia Administrativa y Financiera.

Que la Beneficencia de Cundinamarca es un establecimiento público del orden departamental y que el cargo que ocupaba es de libre nombramiento y remoción, por cuanto se trataba de una relación legal y reglamentaria y, por tanto, tenía la calidad de empleada pública.

Que en escrito del 8 de julio de 1997, comunicó a la Coordinación de Área de Recurso Humano de la Beneficencia, su estado de embarazo y que para tal efecto adjuntó el respectivo examen de laboratorio clínico.

Que la precitada comunicación fue recibida en esa oficina ese mismo día y luego fue remitida al Despacho del Gerente el 10 de julio de 1997, según consta en los sellos de recibo que aparecen en dicho documento.

Y por último, que mediante Resolución Núm. 0737 de 30 de julio de 1997 fue declarada insubsistente (fecha para la cual la administración ya tenía conocimiento de su estado de embarazo) y que dicha decisión le fue comunicada a través del oficio 1434 del 31 de julio/97, que recibió el 4 de agosto siguiente.

Normas Violadas y Concepto de la Violación. Como tales señala preceptos constitucionales y normas de superior jerarquía, entre ellas los siguientes: artículos 43 y 53 de la Constitución Política; 2 de la Ley 197 de 1938;

34 de la Ley 50 de 1990, 21 del Dcto 3135 de 1968 y 39, 40 y 41 del Dcto 1848 de 1969. Argumentó en resumen :

Que el acto acusado viola los artículos 13, 43 y 53 del C.P, que contiene derechos fundamentales encaminados a proteger a la familia, la niñez y la mujer embarazada.

Que en sentencia C-470 del 25 de septiembre de 1993, la Corte Constitucional consideró que frente a la petición de declarar inexecutable el art. 35 de la Ley 50 de 1990, era primordial proteger los derechos de la mujer embarazada y para tal efecto concluyó que “ ‘ la única decisión admisible en este caso es integrar en el ordenamiento legal los mandatos constitucionales sobre la igualdad (CP ART 13) y la protección a la maternidad en el ámbito laboral (CP arts 43 y 53), de suerte que debe entenderse que carece de todo efecto el despido, de una trabajadora durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la autorización previa del funcionario competente. Esto significa que para que el despido sea eficaz, el patrono debe obtener la previa autorización del funcionario del trabajo, para entonces poder entregar la correspondiente carta de terminación del contrato. Y en caso de que no lo haga, no solo debe pagar la correspondiente indemnización sino que, además, el despido es ineficaz.”

Que, por lo tanto, la administración al despedirla, sin motivación alguna del acto acusado y conociendo de antemano su estado de embarazo, transgredió el derecho fundamental de protección a la mujer embarazada consagrado en la C.P. y produjo un despido ineficaz.

Que se quebrantaron los artículos 21 del Dcto 3135 de 1968 y 2º de la Ley 197 de 1938 por cuanto estos señalan que durante el embarazo y los tres primeros 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 oficial, o por resolución motivada del Jefe del respectivo organismo, si se trata de empleada pública.

Que la Corte Constitucional en la mencionada sentencia C 470/97 transcribe un aparte de un fallo del Consejo de Estado respecto de los artículos 21 del Dcto 3135/68 y 2º de la Ley 197/38, en cual se consideró, en un caso similar

al sub lite, que como la Actora tenía la calidad de empleada pública y debido a su estado de embarazo conocido por el Gerente de la Beneficencia de Cundinamarca, ha debido motivar la Resolución por la cual se le declaró insubsistente, requisito exigido por el art. 21 del Dcto. 3135/68 y sin el cual es ineficaz el despido y que, además, el hecho de haberle pagado la indemnización especial por despido, no exime a la administración de efectuar su reintegro, en razón a la ineficacia del acto acusado.

Que también se vulneran los artículos 39,40 y 41 del Dcto. 1848 de 1969, reglamentario del Dcto 3135/68, por desviación de poder, al efectuarse el despido de la actora sin existir causa justa comprobada, como consta en la Resolución acusada.

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La Demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones del libelo inicial por cuanto a su consideración carecen de fundamentos legales, y propuso las **EXCEPCIONES** de, presunción de legalidad, pago de los derechos realmente casados, cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones, buena fe y las demás que se demuestren en el proceso. (fls 30 a 32 Exp.) .

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las pretensiones de la demanda. Para tal efecto, argumentó:

Que mediante Dcto 3135/68 y su reglamentario 1848/69 se estableció el denominado “fuero de maternidad” que consagra la presunción legal de que el despido se considera por motivos de embarazo cuando se produce “dentro de precisas normas previstas en la norma y el Estado- empleador no lo realiza por providencia debidamente motivada” (empleadas públicas) o mediante autorización del Ministerio de Trabajo (trabajadoras oficiales).

Que en caso de que el Estado incumpla con la motivación del acto hay lugar a la indemnización por despido injusto, previsto en el art. 41 del Dcto 1848 de 1969, así como al reintegro al cargo.

Que ciertamente en los arts. 42 y 43 de la C.P. se indicaron una serie de derechos de la mujer, como es la protección y asistencia especial durante su embarazo, parto y lactancia que no pueden ser desconocidos por la administración, así existan razones de conveniencia pública; uno de esos derechos es el fuero de la maternidad que prohíbe el despido de la empleada pública embarazada 'durante el embarazo y los tres (3) meses posteriores al parto o aborto' (Art. 21 Dcto 3135/68 y 40 Dcto 1848/69).

Que cuando el acto de despido de una empleada embarazada no se motiva, aparece la 'PRESUNCION DE DESPIDO POR EMBARAZO' de tal manera que la carga de la prueba se invierte y le corresponde a la administración entrar a desvirtuarla.

Que igualmente el Dcto 1333 de 1986 (CRM) permite la aplicación de las normas de orden nacional frente a los vacíos que se presenten en las disposiciones departamentales, distritales o municipales, por lo que puede aplicarse a la Actora.

Que en el proceso se encuentra debidamente acreditado que la actora tenía la calidad de empleada pública de libre nombramiento y remoción, como se desprende de la certificación obrante a folio 3 Exp

Que la administración la despidió, por acto inmotivado, cuando ya se encontraba en estado del embarazo del que tenía conocimiento, tal y como de demuestran la copia del examen de laboratorio contentiva de la prueba de embarazo, efectuada el 7 de julio de 1997, el oficio suscrito por la Actora y dirigido a la Coordinadora de Área de Recursos Humanos de la Beneficencia, en donde le comunica su estado de gravidez, que fue recibido por esa coordinación el 8 de julio de 1997, y la Resolución acusada en cuyo artículo único simplemente se le declara insubsistente el nombramiento en el cargo que venía desempeñando (Fls 7.8 y 10 Exp).

Que la denominada "PRESUNCIÓN DE DESPIDO POR MOTIVO DE EMBARAZO" a que se refiere el artículo 21 del Dcto 3135 de 1968 y 39 del Dcto 1848 de 1969 es jurídicamente aplicable al caso, pues el retiro del servicio (declaratoria de insubsistencia) no se encuentra sustentado como se exige en

estos casos, dado que el retiro se produjo en estado de embarazo y sin que mediara justa causa.

Que como lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado, el amparo de que goza la mujer embarazada no consiste únicamente en el pago de las sumas indemnizatorias por los perjuicios sufridos, sino que trae consigo el reintegro al cargo o a otro de igual o superior categoría y remuneración y desde luego la declaratoria de que no hubo solución de continuidad.

Que no hay lugar a disponer el pago de la indemnización especial por maternidad (60 días del salario devengado y 12 semanas de descanso remunerado) pues esta ya fue cancelada mediante resolución 0915 del 3 de octubre de 1997. Se ordenó el ajuste al valor y los intereses.

LA APELACION DE LA SENTENCIA. La P. Demandada – en memorial visible a folios 152 a 158 Exp, pide la revocatoria del fallo impugnado.

Que no es cierto que la Actora hubiese sido despedida del cargo que desempeñaba. Por motivo de embarazo, sino por razones del buen servicio.

Que el art. 125 de la C.P. consagra el retiro del servicio oficial por causas previstas en la Constitución y en la Ley , y obviamente los Acuerdos, y Dctos del Gobierno Departamental, entre ellas el Dcto 0638 del 29 de marzo de 1996 que en su art. 24 consagró entre las funciones del Gerente de la Beneficencia de Cundinamarca, la facultad de remover a los empleados públicos por razones del servicio.

Que el A quo no tuvo en cuenta la normatividad aplicable a la situación fáctica de la Actora, esto es, el Dcto 3135 de 1968, art. 21 en concordancia con la Ley 50 de 1990, que permitían la desvinculación o insubsistencia de la mujer embarazada previa una sanción indemnizatoria en contra del patrono y a favor de la trabajadora.

Que en aplicación de dicha normatividad se expidió el acto demandado, razón por la cual a la Actora se le canceló mediante Resolución 0915 del 3 de octubre de 1997 una indemnización.

Que la sentencia integradora de la Corte Constitucional C-470 de 1997 que cita el fallo del A quo no es aplicable al sub lite, toda vez que la insubsistencia de la Actora se produjo antes de dicha sentencia (30 de julio de 1997) y que ésta no tiene efectos retroactivos.

Que, en este orden de ideas, las normas aplicables a la Actora eran las consagradas el Dcto 3135/68 art. 21 y la Ley 50 de 1990, que permitían el despido de una empleada embarazada, previa una sanción de indemnización la cual le fue reconocida; normas estas que se aplicaron por la administración al expedir el acto acusado. (fls 180 a 186 Exp).

LA SEGUNDA INSTANCIA. Se admitió y tramitó el recurso y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, Y, ahora, ha llegado el momento de dictar sentencia, la cual se profiere con las siguientes

CONSIDERACIONES :

En este proceso se debate la legalidad de la **Resolución No. 0737 del 30 de julio de 1997**, expedida por el Gerente de la Beneficencia de Cundinamarca, **mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento hecho a la Actora** en el cargo de Subgerente, código 0060, grado 03, de la Subgerencia Administrativa y Financiera. **El A-quo, como ya se precisó, accedió a las súplicas de la demanda. Esta decisión fue apelada.**

Para resolver se tendrán en cuenta los siguientes aspectos relevantes:

1º.) **Régimen jurídico y jurisprudencial en caso de retiro empleada embarazada.**

Ha sido tradición de nuestro ordenamiento jurídico, la especial protección de la maternidad. Aún desde el primer Congreso Constituyente de Colombia en Angostura (1819) se expidieron normas que tendían a esa protección, ratificadas posteriormente en el Congreso de Cúcuta de 1821 en el cual por petición especial del Libertador se otorgó la libertad de parto de las esclavas.

Así, la **Ley 53 de 1938**, “ Por la cual se protege la maternidad ”, estableció :

“Art. 3º La mujer que sea despedida sin causa que se justifique ampliamente, dentro de los tres meses anteriores o posteriores al parto, comprobada esta circunstancia mediante certificado de facultativo, sin perjuicio de las indemnizaciones a que pudiere dar lugar conforme a los contratos de trabajo o a las disposiciones legales que rijan la materia, tiene derecho a los salarios correspondientes a noventa días”.

Y la **Ley 197 de 1938** modificó el anterior precepto, cuando dispuso :

“Art. 2º El artículo 3º de la Ley 53 de 1938 quedará así: la mujer que sea despedida sin causa que justifique ampliamente dentro del periodo del embarazo y los tres meses posteriores al parto. Comprobada esta circunstancia mediante certificado de facultativo, sin perjuicio de las indemnizaciones a que pudiera dar lugar, conforme a los contratos de trabajo o a las disposiciones legales que rigen la materia, tiene derecho a los salarios correspondientes a noventa días.

Posteriormente, dicho amparo se extendió en otros Decretos verbi gratia, **2350 de 1938, 13 de 1967 y 98 95.**

Los **Dctos. 3135 de 1968 (Art.21) y su reglamentario 1848 de 1969 (Arts 39,40 y 41)** -en el sector público- establecieron la prohibición de despido de la empleada oficial por motivo de embarazo y lactancia, es decir, el llamado "fuero de maternidad" que consagra la presunción legal de que el despido se considera ocasionado por motivos de embarazo o lactancia cuando se produce dentro de determinadas épocas previstas en la norma y el empleador dispone el retiro de la trabajadora sin haber obtenido la autorización previa del Ministerio del Trabajo y seguridad social, cuando se trate de las vinculadas por contrato de trabajo; o sin providencia debidamente motivada, cuando se trate de empleadas vinculadas mediante una relación legal y reglamentaria; y la indemnización en caso de que no se observen dichas formalidades. Estas disposiciones son del siguiente tenor:

El **Dcto. L. 3135 de 1968** dispone :

Art. 21 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 de3l Inspector del Trabajo si se trata de trabajadora, o por resolución motivada del Jefe del respectivo organismo se tata de empleada.

Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo cuando ha tenido lugar dentro de los periodos 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 se sesenta días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiera 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.”.

El **Dcto 1848 de 1969** manda :

Art. 39 Prohibición de despido.

1. Ninguna empleada oficial podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.

2. Durante el embarazo y los tres (3) meses subsiguientes a la fecha del parto o aborto, solamente podrá efectuarse el retiro de la empleada, por justa causa comprobada y mediante la autorización expresa

que al efecto deberá solicitarse del respectivo Inspector del Trabajo, cuando se trate de trabajadoras oficiales vinculadas por contrato de trabajo.

Si la empleada oficial estuviere vinculada por una relación de derecho público, se requerirá para tal efecto resolución motivada de la correspondiente entidad nominadora.”

Art. 40 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 periodos señalados en el artículo anterior sin la observancia de los requisitos exigidos en dicha norma legal”.

Art. 41 Indemnizaciones por despido.

1. En el caso de despido sin el lleno de los requisitos exigidos en el inciso 2 del artículo 39 de este Decreto, la empleada oficial tiene derecho a que la entidad, establecimiento o empresa donde prestaba sus servicios, le pague lo siguiente:

- a. Una indemnización equivalente al salario de sesenta (60) días, que se liquidará con base en el último salario devengado por la empleada, y
- b. La suma de dinero correspondiente a la licencia remunerada de ocho (8) semanas, si el despido impide el goce de dicha licencia.

2. Lo dispuesto en los literales anteriores es sin perjuicio de las demás indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar, conforme al vínculo jurídico existente con la empleada oficial al tiempo de su despido, y a lo que dispone el artículo 8º. De la Ley 73 de 1966.”

La, en su artículo 35, que modificó el artículo 239 del CST, también consagró la prohibición de despedir a las trabajadoras por motivos de embarazo o lactancia. Dicha disposición es del siguiente tenor:

Art 239. Prohibición de despedir.

1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.

2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período de embarazo o dentro de los tres (3) meses posteriores al parto, y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente.

3. La trabajadora despedida sin autorización de la autoridad tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta (60) días fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que

hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo, y, además, al pago de las doce (12) semanas del descanso remunerado de que trata este Capítulo, si no lo ha tomado.”.

Y **esta misma Ley** en su artículo 36, modificadorio del artículo 236 el C.S.T, hizo extensivo los beneficios de que gozan las trabajadoras oficiales en estado de embarazo, a las trabajadoras del sector público.

La **Constitución Política de 1991**, elevó a canon constitucional una serie de principios encaminadas a dar protección a la familia a la niñez, y, por supuesto, a la mujer embarazada. Concretamente respecto de esta, en los dos artículos siguientes estableció:

Art. 43 .. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”.

Art. 53 El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La Ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios fundamentales:..., protección especial a la mujer, la maternidad....”

Ahora bien, **la Sala Plena de esta Corporación**, en sentencia S – 638 Actora: Gloria Marina Vanegas Castro, de julio 28 de 1996, sobre un asunto similar al sub lite, manifestó:

“ En el caso de que ocupa la atención de la Sala Plena la demandante que fue **removida en estado de embarazo**, sin providencia motivada y sin que mediara justa causa.

Es sabido que la protección en la estabilidad en el empleo para las mujeres trabajadoras tiene su origen, en el orden internacional, en el convenio N° 3, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en el mes de junio de 1921, revisado por el N° 103 en el año de 1952.

Estos convenios han tenido una gran trascendencia y han influido notoriamente en nuestra legislación positiva en las ocasiones en que se ha regulado el tema de la maternidad. De igual manera, son significativas las

Recomendaciones Nº 12 y 95 de la Organización Internacional del Trabajo, relacionadas con la protección antes y después del parto para las mujeres empleadas en la agricultura, y con el descanso por maternidad.

Nuestro ordenamiento legal protege la maternidad de manera especial, dadas sus implicaciones en la vida y desarrollo del ser humano. Este amparo arranca en Colombia con la expedición de la Ley 53 de 1938, que consagró como derechos de la mujer, entre otros, la licencia remunerada de ocho (8) semanas, la prohibición de su despido al trabajo por motivos de lactancia o embarazo, la indemnización de sesenta (60) días para la empleada u obrera que sea despedida sin justa causa durante los períodos comprendidos entre los tres (3) meses anteriores y posteriores al parto, y por último la licencia remunerada de dos (2) a Cuatro (4) semanas en caso de aborto o parto prematuro de acuerdo con la prescripción médica. Posteriormente, se extendió con los decretos 2350 de 1938, 13 de 1967, 995 de 1968 y las Leyes 73 de 1966, 27 de 1974 y 50 de 1990; en el sector público, mediante el decreto Ley 3135 de 1968 y su reglamentario 1848 de 1969 se estableció el llamado “fuero de maternidad”, que consagra la presunción legal de que el despido se considera ocasionado por motivos de embarazo o lactancia cuando se produce dentro de determinadas épocas previstas en las normas y el empleador dispone el retiro de la trabajadora sin haber obtenido la autorización previa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en el caso de las vinculadas por contrato de trabajo; o sin providencia debidamente motivada, en el evento de las que tienen una relación legal y reglamentaria con el organismo oficial respectivo. Asimismo, la Ley 50 de 1990 amplió la protección que ya le había dado a la “madre adoptante” a través de la Ley 24 de 1986.

La Carta Fundamental de 1991 le dio rango constitucional a una serie de principios tuitivos, encaminados a proteger a la familia, la niñez y la mujer embarazada. En el artículo 42, v. gr., dispone que el Estado y la Sociedad deben garantizar la protección integral de la familia; el 43 estatuye que la mujer gozará, durante el embarazo y después del parto, de la especial asistencia y protección del Estado y recibirá un subsidio alimentario de éste si para entonces estuviese desempleada o desamparada.

Todo este nuevo andamiaje se estructuró sin perjuicio de la protección a los niños y a la familia, dispuesta en el capítulo de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales, que ratifican esa protección especial para la empleada o trabajadora que se encuentre en estado de embarazo o lactancia.

Con base en estos antecedentes, la jurisprudencia ha entendido que cuando está probado el estado de embarazo, el hecho es conocido por el nominador y el acto de desvinculación no está motivado, éste se presume legal.

Debe recordarse además, que el artículo 21 del Decreto 3135 de 1968 dispone en su inciso 1º que la empleada pública solo puede ser removida mediante “resolución motivada del jefe respectivo del organismo” durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto o aborto; y en el inciso 2º consagra la presunción de “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”. A su vez, el artículo 40 del Decreto 1848 de 1969, reglamentario

del anterior, —presunción de despido por embarazo—, repite estas previsiones.

Esto es, que en regularmente los actos administrativos de remoción se presumen legales, o lo que es igual, están amparados por la “presunción de legalidad”. Empero, en esos casos excepcionales como el de la empleada en estado de embarazo o lactancia, esa presunción se invierte; o sea, que en este supuesto se presume que el acto es ilegal si se profiere “sin la observancia de los requisitos exigidos en dicha norma legal”. Adicionalmente, estos mismos ordenamientos prevén una indemnización especial de sesenta (60) días de salario, fuera de las demás prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar. Por consiguiente, en esta hipótesis la carga de la prueba de lo contrario corre a cargo de la administración.

Es oportuno destacar, de igual manera, que el Decreto 1333 de 1986 — “por el cual se expide el Código de Régimen Municipal”—, permite la aplicación analógica de las normas del orden nacional frente a los vacíos que se presenten en materias como ésta, por lo cual es razonable aplicárselas a la actora.

En ese orden de ideas, es evidente que el artículo 21 del Decreto 3135 de 1968, no hace sino repetir lo ya establecido en la Ley 53 de 1938, Artículo 3o. y en el artículo 2º de la Ley 197 de 1938 que lo modificó, normas estas aplicables en todos los órdenes. Ciertamente, resultaría exagerado rigorismo no proteger los derechos de la actora por haber citado solamente las disposiciones del orden nacional, decretos 3135 de 1968 y su reglamentario 1848 de 1969, pues como ya se aclaró, son aplicables en el ámbito territorial.

... se concluye que la desvinculación por insubsistencia no se produjo en aras del logro del buen servicio público sino por causa del estado de gravidez, conducta que como ya se analizó configura una clara y evidente desviación de poder y por ende, genera la nulidad del acto impugnado, particularmente en cuanto la demandante gozaba de un amparo especial para permanecer en su empleo.

Ese amparo, además, como lo ha reiterado la Corporación en varios fallos sobre estas materias, no consiste únicamente en el pago de las sumas que le resarzan e indemnicen los perjuicios sufridos como consecuencia de la arbitrariedad de la Administración Pública, sino que apareja el reintegro al empleo del cual fue ilegalmente separada, a otro de igual o superior jerarquía y remuneración, y desde luego, la declaración de que no hay solución de continuidad por virtud del lapso que medie entre el retiro y el reintegro que se dispondrá.

Así las cosas, la providencia recurrida amerita ser revocada, para en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda.

De otra parte, la Sala Plena rectifica la tesis que venía siendo mayoritaria en la Sección Segunda en lo que hace con la orden de efectuar descuentos en casos como éste, por las siguientes razones:

a. Las sumas a las que se condena a la parte demandada, para las cuales se toma en cuenta la equivalencia las prestaciones y los salarios dejados de percibir entre las fechas de desvinculación y reintegro no tienen el carácter de otro “empleo público” u otra asignación que provenga del “tesoro público” , sino que en verdad vienen a resarcir el perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le genera a la demandante.

b. Nada impide recibir el sueldo e indemnizaciones al mismo tiempo. En efecto, es lícito devengar ambos conceptos porque tienen causas diferentes y ello no está prohibido por la Constitución Política. En efecto, lo que la Carta prohíbe es que una misma persona desempeñe simultáneamente dos o varios empleos públicos , y como consecuencia de ello, perciba dos o más salarios; pero si una erogación proviene de la prestación personal del servicio a través de una relación legal y reglamentaria, y otra del hecho ilegal de la administración, no cabe dentro de esa hipótesis la previsión de los artículos 64 de la Carta de 1886 y 128 de la de 1991.

c. Ciertamente, el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir que ordena esta sentencia como consecuencia del reintegro de la actora tiene carácter indemnizatorio; busca reparar el daño o perjuicio que le irrogó el acto nulo que la desvinculó ilegalmente del servicio. En cambio los salarios y prestaciones que se pudiese haber recibido de otra relación laboral de derecho público con el Estado tiene su fuente en la prestación laboral del servicio y constituyen la remuneración por esa actividad personal; en el primer evento se trata de una ficción que se desarrolla a través de una equivalencia, mientras que en el segundo si se cumple una relación de trabajo completa.

d. Fuera de lo anterior, es menester destacar que no existe disposición legal de ninguna clase que le ordene a la jurisdicción contencioso administrativa esa clase de pronunciamientos; y es elemental que en esa materia no cabe la aplicación analógica. De suyo, el juez no puede crear normas y ordenar dichos descuentos en la parte resolutive significa crear una disposición no prevista en esos términos en la Carta Fundamental ni en la ley.

e. Por el contrario, es incuestionable que en el caso del ejercicio de un empleo sus emolumentos deben estar previstos en el rubro correspondiente al Presupuesto, —el de gastos—, según lo dispuesto por el artículo 122 de la Constitución Política. Mientras que las condenas que se imponen a través de la sentencia judicial constituyen un crédito que se incluye en otro rubro del mismo —el de créditos Judiciales— por mandato del artículo 346 del mismo Estatuto Superior. Es decir, que su naturaleza es diferente, sin la menor duda.

(...)”.

2º.) **El caso sub - examine**

Aparece que la Actora fue nombrada en el cargo de Subgerente, Código 0140 , Grado 03, de la Subgerencia Administrativa y Financiera , de la Beneficencia de Cundinamarca, mediante Resolución Núm. 2119 del 25 de septiembre de 1996, del cual tomó posesión el 30 de septiembre de 1997, como consta en el Acta No. 207 (Cdno anexo).

El 8 de julio de 1997 la Actora dirigió un escrito a la Coordinadora de Área Recursos Humanos de la Beneficencia, en la cual manifestó:

“ Por medio de la presente me permito informarle que me encuentro en estado de embarazo, para lo pertinente me permito anexarle el respectivo certificado”.

Al folio 7 Exp obra el certificado de la prueba de embarazo positiva, expedido en enero 7 de julio de 1997 por la División de Salud Mental de la Beneficencia de Cundinamarca.

Dicho escrito fue recibido por la Coordinación mencionada el mismo día, como consta en el sello que aparece en la parte inferior del mismo.

Por **Res. No. 0737 del 30 de julio de 1997**, expedida por el Gerente de la Beneficencia, conforme a las facultades que para el efecto le otorga el Dcto 0683 del 29 de marzo de 1996, declaró la insubsistencia del nombramiento de la Actora en el cargo ya mencionado. El texto de dicho acto, es el siguiente:

“RESOLUCIÓN NUMERO (0737) 30 JUL. 1997

Por la cual se declara insubsistente un nombramiento

EL GERENTE DE LA BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA en uso de sus atribuciones legales y en especial las conferidas en el Decreto número 0683 del 29 de marzo de 1996,

RESUELVE :

ARTICULO UNICO. Declarar insubsistente el nombramiento hecho a la Doctora LIA MARGARITA ALVAREZ PUENTE, identificada con la cédula de ciudadanía número 39.773.408 de Usaquén del cargo de Subgerente, código 0060, grado 03, Subgerencia Administrativo y Financiera.

...“

Y por **Resolución No 0915 del 3 de octubre de 1997**, le fue reconocida a al Actora una indemnización por valor de \$ 11.491.200, con fundamento en el artículo 21 del Dcto 3135 de 1968 en concordancia con la Ley 50 de 1990, “por encontrarse en estado de embarazo al momento de su desvinculación”. (fl 58 Cdno Anexo).

De la confrontación entre el régimen jurídico aplicable en caso de retiro de una empleada embarazada y la jurisprudencia de esta Corporación en asuntos similares al sub lite, las cuales quedaron arriba reseñados, con el acervo probatorio obrante en el expediente, **se infiere que la administración conoció el estado de embarazo de la Actora mediante escrito que ésta presentó el 8 de julio de 1997; que con posterioridad profirió su decisión de declarar la insubsistencia de su nombramiento (Res. 037 del 30 de julio/97) sin precisar motivos para su decisión, la cual fue conocida por la interesada el 4 de agosto siguiente.**

Conforme a la ley, dada la situación señalada, se presume que el despido se efectuó por motivo de embarazo, lo cual es contrario a derecho por ser desconocedor de la especial protección a la maternidad. Como la Administración no cumplió con las exigencias de ley, se concluye que la desvinculación por insubsistencia de la embarazada no se produjo en aras del servicio público sino por causa del estado de gravidez, conducta -que como bien lo precisó el A quo- configura una clara y evidente desviación de poder y lleva a la nulidad del acto impugnado, con el consiguiente restablecimiento del derecho.

La indemnización de los 60 días por retiro en dicho estado. La Administración le reconoció a la Parte Actora esta indemnización por el retiro en tal situación. El fallo del a-quo al ordenar el pleno restablecimiento del derecho

no ordenó el descuento de la indemnización de los 60 días, por considerar que el amparo por motivo de maternidad “no consiste únicamente en el pago de las sumas indemnizatorias por los perjuicios sufridos, sino que trae consigo el reintegro al cargo del cual fue ilegalmente removida o a otro de igual o superior jerarquía y remuneración ...”

Ahora, esta Sala considera que si prosperó la nulidad del acto de retiro del servicio de la embarazada con todo el restablecimiento del derecho (reintegro, pago de salarios y prestaciones, etc.) se tiene que la nulidad de la decisión acusada vuelve las cosas al estado original, es decir, como si jamás se hubiera proferido el acto de retiro.

En esas condiciones, no tiene razón de ser la INDEMNIZACIÓN DE LOS 60 DÍAS si dicha actuación desapareció totalmente del mundo jurídico; por tanto, de los valores que se deben cancelar SE DESCONTARA EL VALOR DE LA INDEMNIZACIÓN DE LOS 60 DIAS y, después, el saldo insoluto resultante será ajustado al valor como se dispuso. Si así no se hace, la Demandante, en virtud de la decisión principal, tendrá el restablecimiento pleno del derecho y adicionalmente una INDEMNIZACIÓN DE 60 DIAS que ya no tiene razón de ser por la desaparición jurídica de la actuación administrativa contraria a derecho.

En esas condiciones, la sentencia apelada será confirmada con la adición citada.

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

F A L L A :

1º.) CONFIRMASE la sentencia de febrero 9 de 2001 proferida por la Subsección “B” de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el expediente núm. 47572, en cuanto declaró la nulidad de la Resolución 0737 del 30 de julio de 1997 y ordenó a la Beneficencia de

Cundinamarca reintegrar a LIA MARGARITA ALVAREZ PUENTE al cargo de Subgerente Administrativo, o a otro de igual o superior categoría y al reconocimiento de todos los emolumentos dejados de percibir, debidamente indexados; declarando que para todos los efectos que no existió solución de continuidad, con adición que luego se precisa.

2º.) ADICIÓNASE la precitada sentencia, en el sentido de ordenar que de los valores que se le habrán de cancelar a la Actora como restablecimiento del derecho, se descontará el valor de la indemnización de los 60 días que recibió la demandante; después, procederá la indemnización del saldo insoluto.

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

La anterior decisión la estudió y aprobó la Sala en sesión de la fecha precitada.

TARSICIO CÁCERES TORO JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE

ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO

**ENEIDA WADNIPAR RAMOS
SECRETARIA.**