

MATERNIDAD- Protección constitucional / EMBARAZO - Especial asistencia y protección del estado / PROTECCION A LA MATERNIDAD - Durante el embarazo y tres meses posteriores al parto / PRUEBA DE EMBARAZO - Notificó su estado a la administración

Nuestro ordenamiento jurídico protege la maternidad de manera especial, pues de conformidad con el artículo 43 de la Carta Política, la mujer no puede 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. En avenencia con lo anterior, el artículo 21 del Decreto - Ley 3135 de 1968 dispone que durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto solo podrá efectuarse el retiro por justa causa comprobada mediante resolución motivada. Sin tales formalidades se presume que el retiro se ha efectuado por motivo del embarazo. Se encuentra acreditado que el día 9 de julio de 2002 la actora puso en conocimiento de la Administración, la prueba de embarazo certificada por el Centro Médico de Orientación La Gloria Ltda., y lo hizo a la hora de las 2:59 p.m. Se aportó el oficio No. 06033 de 5 de julio de 2002, con el cual la Entidad comunicó a la actora la decisión de insubsistencia contenida en la Resolución No. 0-1171 de 4 de julio de 2002, así como la copia del memorando de trámite administrativo dirigido por la Oficina de Personal a la Administración de Sede, donde se informa sobre la desvinculación de la Actora a partir del 9 de julio de 2002. Se tiene que tanto el acto acusado, la comunicación del mismo, así como copia del citado memorando de trámite se le notificaron y entregaron a la actora el día 9 de julio de 2002 a la hora de las 5:39 p.m. como lo corrobora la constancia de recibido, cuando la administración ya tenía conocimiento de su estado de embarazo.

INSUBSISTENCIA DE EMPLEADA EN PROVISIONALIDAD - Vulneración de las normas sobre protección a la maternidad / EMBARAZO - Protección. Conocimiento de la entidad / ACTO ADMINISTRATIVO DE INSUBSISTENCIA - Nace a la vida jurídica en el momento en que se expresó la voluntad de la administración y su notificación es condición ineludible para que adquiera obligatoriedad / CERTIFICACION DE ESTADO DE EMBARAZO - Expedida por una institución diferente a la EPS donde estaba afiliada. Improcedencia / DESVIACION DE PODER - Acto expedido carente de motivación que no había cumplido a plenitud sus efectos por no estar notificado / PROTECCION A LA MATERNIDAD - Retiro ilegal de empleada en estado de gravidez / REINTEGRO - Procedencia

El señor Fiscal General de la Nación con oficio No. 005497 de 5 de agosto de 2002 niega la petición de revocatoria directa del acto de insubsistencia, argumentando en que para el momento en que fue expedido, la entidad no tenía conocimiento del estado de embarazo de la actora, que la certificación con la que acreditó tal circunstancia no constituye prueba idónea por no provenir de la EPS donde estaba afiliada, y que la decisión de retiro se hizo en uso de la facultad discrecional por no ostentar la actora derechos de carrera y en procura de mejorar el servicio. La Sala no encuentra de recibo los argumentos expuestos por la Entidad Demandada, pues sí bien el acto administrativo nació a la vida jurídica en el momento en que se expresó la voluntad de la administración de declarar insubsistente el nombramiento efectuado a la actora del cargo de Investigador Judicial que lo fue el 4 de julio de 2002, su notificación es condición ineludible para que dicho acto adquiera obligatoriedad frente a la referida empleada, esto es, a partir del 9 de julio de 2002 después de las 5:39 p.m. momento en que se le notificó. Estima la Sala que al nominador no le asistía razón valedera de ninguna índole para no modificar la decisión contenida en el acto de insubsistencia en

cuestión, pues lo expidió en ejercicio de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción bajo la consideración que la actora no estaba amparada por derechos de carrera, es decir, el acto fue expedido carente de motivación, y no habían cumplido a plenitud sus efectos, frente a la certeza del estado de gravidez que denunció la actora antes de notificarle el mismo, por lo que bien pudo rectificar la decisión. Sin embargo, ignorando el respeto por la dignidad humana, la solidaridad y la protección especial que la Constitución Nacional le garantizaba por su situación de embarazo, con total indiferencia desatendió la circunstancia, dejándola desempleada y desamparada.

FUENTE FORMAL: DECRETO 3135 DE 1968 - ARTICULO 21

NOTA DE RELATORIA: Protección a la maternidad, Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 19 de enero de 2006, Exp. 2762-04, MP. Ana Margarita Olaya Forero.

GENERO / DERECHO DE LAS MUJERES AL TRABAJO, DERECHOS LABORALES Y A LA SEGURIDAD SOCIAL - Fuero de maternidad

A la actora se le retiró del servicio estando embarazada, situación conocida por la entidad antes de notificarle la Resolución de insubsistencia, de donde se presume que conforme a las normas jurídicas citadas en párrafos anteriores, su retiro obedeció a esa circunstancia que goza de especial protección, y la administración en este caso no desvirtuó tal presunción, razón por la cual debe reconocerse que el despido no tuvo por fin el buen servicio público como lo afirmó en este proceso, configurándose de esa manera la desviación de poder que implica la nulidad total de los actos acusados y acorde a la jurisprudencia elaborada por esta Corporación el restablecimiento pleno de sus derechos.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON

Bogotá, D.C., Junio tres (3) de dos mil diez (2010).

Radicación número: 25000-23-25-000-2002-11652-01(0528-08)

Actor: LUZ DARY CAMARGO NOVA

Demandado: FISCALIA GENERAL DE LA NACION

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia de 20 de septiembre de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que accedió a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

LUZ DARY CAMARGO NOVA por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la nulidad de la Resolución 0-1171 de 4 de julio de 2002, por medio de la cual se declaró insubsistente su nombramiento del cargo de Investigador Judicial I de la División de Investigación, Dirección Nacional Cuerpo Técnico de Investigación que ocupaba en la Fiscalía General de la Nación.

Igualmente, solicitó la nulidad del oficio No. DFG-005497 de 5 de agosto de 2002, con el cual se niega la petición de revocatoria directa de la resolución antes citada.

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho pretende se ordene el reintegro al cargo que ocupaba o a otro de igual o superior categoría en la ciudad de Bogotá, sin solución de continuidad, y se condene a la demandada al pago de salarios y prestaciones, con sus incrementos e intereses respectivos, y se de cumplimiento a la sentencia en lo términos del artículo 176 del C.C.A.

HECHOS

La Señora LUZ DARY CAMARGO NOVA fue nombrada en provisionalidad en el cargo de Técnico Judicial I, y desde su ingresó el 17 de mayo de 1995 ha venido desempeñando labores administrativas en la Sección de Información y Análisis de la División de Investigación del Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía General de la Nación.

Es Bibliotecóloga y Archivista de profesión con especialización en Sistemas de Información y Gerencia de Documentos y por sus labores se dio inicio al archivo operacional, archivo de informes, central de correspondencia enviada y recibida, central de misiones de trabajo, central de informes y en varias oportunidades desarrolló funciones secretariales.

En el año 1997, con ocasión de la normalización de procesos y técnicas de archivo se creó la Oficina de Archivo y Correspondencia que coordinó la demandante.

Por sus capacidades, dedicación y compromiso con la Institución fue enviada a la Escuela de Investigación Criminal y Ciencias Forenses a recibir curso básico de Policía Judicial.

Fue ascendida al cargo de Investigador Judicial I de la Dirección Nacional del Cuerpo Técnico de Investigación, del cual tomó posesión el día 2 de mayo de 2002 cumpliendo funciones en la Oficina de Archivo y Correspondencia.

El 9 de julio de 2002 informó por escrito a la Jefe de Personal de la Fiscalía General de la Nación de su estado de gravidez y ese mismo día se lo ratificó en forma verbal, sin embargo, minutos después le fue notificada la Resolución No. 0-1171 de fecha 4 de julio de 2002 mediante la cual el Señor Fiscal General de la Nación declaró insubsistente su nombramiento en el empleo de Investigador Judicial I de la División de Investigación, Dirección Nacional Cuerpo Técnico de Investigación.

Teniendo en cuenta su estado de embarazo y el error que cometió la administración con la decisión de insubsistencia, contra la cual no procedía recurso alguno, solicitó su revocatoria.

El señor Fiscal General de la Nación con Oficio DEFG-005497 de agosto 5 de 2002 negó la revocatoria de la resolución de insubsistencia argumentado, de un lado, en la facultad del nominador de libre nombramiento y remoción en procura de mejorar el servicio, sin tener en cuenta su estado de embarazo, y de otro, en que la fecha del acto de insubsistencia es anterior al escrito con el cual informó de su estado de gravidez, echando de menos que los efectos del acto surgen a partir de la notificación.

Al señor Fiscal General de la Nación no le interesó el buen servicio público que se prestaba a instancias de la actora, menos sus calidades y la situación de embarazo en que se encontraba, sino que fue el fruto de la arbitrariedad, abuso y desvío de poder, pues se trata de una servidora que cumplió con eficiencia, probidad, lealtad e imparcialidad las obligaciones y deberes a su cargo durante más de siete años al servicio de la institución.

Normas violadas y concepto de la violación:

- Constitución Política artículos 2, 4, 15, 21, 25, 29, 53, 125, 209 y 237.
- Ley 234 de 2002.
- Decreto 2400 de 1968, artículo 26.
- Decreto 3135 de 1968, artículo 21.
- Decreto 1848 de 1969, artículos 39 y 40.
- Decreto 01 de 1984, artículos 36 y 69.
- Decreto 2699 de 1991, artículos 65, 68, 69, 70 y 71.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado en Colombia por la Ley 74 de 1968.

Con la expedición de los actos acusados se violaron las disposiciones Constitucionales aludidas, pues al quedar sin empleo en estado de embarazo, no sólo se inadvirtieron los principios mínimos fundamentales establecida en favor de los ciudadanos, sino que se le irrespetó su dignidad humana, y se le violaron derechos fundamentales, tales como el buen nombre, el trabajo, la estabilidad en el empleo, el debido proceso, el derecho a la familia, que se materializaron al quedar sin posibilidad económica para afrontar el procedimiento de gestación y parto a pesar que durante el embarazo y después del parto debió haber gozado de la especial asistencia y protección del estado.

Los actos acusados fueron expedidos con desviación de poder, abuso de poder, en forma irregular, y sin la motivación requerida, pues en primer lugar, la actora prestaba un excelente servicio y al ser declarada insubsistente del empleo el mismo se desmejoró, en segundo lugar fue desvinculada a sabiendas de su estado de embarazo, en tercer lugar, no fue motivado como lo dispone el ordenamiento jurídico vigente, y al carecer de razones para ello, se presumen expedidos con motivo del estado embarazo, de donde resulta que no fue proporcional a la norma que lo autorizó ni a los hechos que le sirvieron de causa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Fiscalía General de la Nación se opuso a todas y cada una de las declaraciones y condenas y señaló como razones de su defensa, las siguientes:

El acto de insubsistencia se ajustó a derecho, pues el señor Fiscal General de la Nación lo expidió en uso de la facultad discrecional que le confirió el artículo 251 de la Constitución Nacional, teniendo como fundamento único y exclusivo razones del buen servicio público.

Para el 4 de julio de 2002, fecha en que se expidió la Resolución No. 0-1171 por medio de la cual se declaró insubsistente su nombramiento del cargo de Investigador Judicial I, la demandada no tenía conocimiento de su estado de embarazo, pues la actora sólo informo de ello el día 9 de julio de ese año.

Concluye que no es posible emplear la presunción que el acto administrativo de insubsistencia obedeció por encontrarse la actora en estado de embarazo, reiterando que tal acontecimiento lo conoció después de haberse proferido la decisión de retiro y que obedeció por razones del buen servicio público.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante la sentencia objeto del recurso de apelación accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

En efecto, decretó la nulidad parcial de los actos administrativos acusados y a título de restablecimiento del derecho ordenó a la Fiscalía General de la Nación pagar a la demandante los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir desde el momento de su retiro hasta tres meses después del parto, es decir, hasta el 1º de junio de 2003, debidamente indexadas, sin solución de continuidad en la relación laboral.

La decisión del Tribunal estuvo fundamentada en los siguientes argumentos:

La actora no logró demostrar de manera fehaciente que la causa de su retiro fue el embarazo, pues probado se encuentra que la administración tuvo conocimiento de tal situación el mismo día que notificó la decisión de insubsistencia (9 de julio de 2002), dado que en esa fecha fue que la actora así se lo hizo saber.

Señaló que si se tiene en cuenta la fecha de parto (1 de marzo de 2003), es claro que al momento del retiro el periodo de gestación apenas iniciaba por lo que dicho estado no era notorio, y en tal medida es casi imposible que la entidad lo conociese.

Para la fecha de la ocurrencia de los hechos se encontraba vigente el artículo 62 de la Ley 443 de 1998 que establece una protección objetiva a las empleadas en

estado de embarazo consistente en prorrogar sus nombramientos por tres meses más después de la fecha del parto.

Considera que se infringió la Ley, pues el nominador no podía ejercer válidamente la potestad discrecional para retirar del servicio a la actora, toda vez que se demostró que se encontraba en estado de gravidez al momento en que se le retiró del servicio, circunstancia que debió ser considerada por la administración toda vez que la actora alcanzó – aunque en último momento – a evidenciar su embarazo.

Concluyó que el retiro de la demandante en los términos indicados es contrario al mandato contenido en el artículo 43 de la Constitución Política, invocado en la demanda, que ordena que la mujer no puede ser sometida a ninguna clase de discriminación, y durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviera desempleada o desamparada.

LA APELACION

DE LA PARTE DEMANDANTE.- El recurso interpuesto tiene como finalidad que la providencia recurrida sea reformada en el sentido de ordenar el reintegro de la actora, así como el pago de los salarios y demás emolumentos dejados de percibir desde el momento del retiro hasta el día en que se produzca su reintegro.

Al haber probado que la demandante fue retirada del servicio encontrándose en estado de embarazo, estima que debió otorgarse prosperidad plena a las pretensiones de la demanda y no como a medias lo realizó el fallador de la primera instancia, pues en el plenario no existe prueba donde el nominador demuestre que el retiro fue por hechos diferentes, y pone de presente que en los actos acusados no se exponen las razones de la insubsistencia, como tampoco se dejó constancia de ello en la hoja de vida.

Añade que conforme a la jurisprudencia elaborada por el Honorable Consejo de Estado, la nulidad de los actos acusados debió ser total y no parcial, y ello implica que las cosas vuelvan a su estado inicial, es decir, en el restablecimiento del derecho se debió ordenar el reintegro al cargo que desempeñaba al momento del retiro y al pago de salarios y prestaciones dejados de devengar debidamente indexadas y sin solución de continuidad en la prestación de sus servicios.

Hace como propias las consideraciones esbozadas en la aclaración de voto a la sentencia recurrida, donde se exaltan razones de orden Constitucional y Legal por las cuales se debe brindar especial protección a la mujer durante el embarazo y después del parto.

DE LA PARTE DEMANDADA.- El recurso tiene como finalidad que la providencia recurrida sea revocada y en su lugar se nieguen las súplicas de la demanda, y para ello invoca las siguientes razones:

El cargo que ocupaba la actora al momento de su desvinculación lo desempeñaba bajo la figura de la provisionalidad y no en carrera administrativa, por lo que su situación se asimila a la de un empleado de libre nombramiento y remoción carente de fuero de estabilidad, pudiendo ser removida del cargo por razones del mejoramiento del servicio.

Cuando se expidió el acto administrativo de insubsistencia no se conocía el estado de embarazo de la accionante y por tanto no se puede concluir que su retiro obedeció a dicha circunstancia.

Señala que el acto acusado se expidió el día 4 de julio de 2002, y la entidad tuvo conocimiento del estado de gravidez hasta el día 9 de julio de ese año fecha en que la actora informó de esa situación aportando una certificación expedida por entidad diferente a la EPS a la que se encontraba afiliada, justo el día en que le fue comunicada la decisión, por lo que concluye que no estaba protegida por el fuero de maternidad.

Insiste en que el acto administrativo de insubsistencia fue expedido conforme a la Constitución Nacional y a la Ley, por lo que reitera la revocatoria del fallo de primera instancia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes intervinieron para defender sus respectivas posturas conforme a los argumentos que vinieron exponiendo en el transcurso del proceso.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación, pide que se modifique la sentencia apelada ordenando la nulidad total de los actos administrativos demandados, disponiendo el reintegro de la actora y el pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde el momento de su retiro hasta que efectivamente se produzca su reintegro, todo lo cual apoya en las disposiciones Constitucionales y Legales que consagran la protección a la mujer embarazada y en precedentes jurisprudenciales emitidos por el Consejo de Estado sobre la materia.

Para resolver, se

CONSIDERA

Se pretende en el sub iudice que se declare la nulidad de la Resolución 0-1171 de 4 de julio de 2002, mediante la cual el Fiscal General de la Nación declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad hecho a la actora en el cargo de Investigador Judicial I de la División de Investigación, Dirección Nacional Cuerpo Técnico de Investigación, así como el oficio No. DFG- 005497 de 5 de agosto de 2002 emitido por el mismo funcionario que dispuso negar la petición de revocatoria directa de la resolución antes citada.

Esta Corporación está facultada para resolver sin limitaciones tal como lo permite el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil en razón a que la sentencia fue apelada tanto por la parte actora como por la parte demandada.

De acuerdo con lo expuesto en los antecedentes de esta providencia, el problema jurídico se contrae a dilucidar, si a la demandante la amparaba el fuero de maternidad.

Ahora bien, nuestro ordenamiento jurídico protege la maternidad de manera especial, pues de conformidad con el artículo 43 de la Carta Política, la mujer no puede 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.

En avenencia con lo anterior, el artículo 21 del Decreto – Ley 3135 de 1968 dispone que durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto solo podrá efectuarse el retiro por justa causa comprobada mediante resolución motivada. Sin

tales formalidades se presume que el retiro se ha efectuado por motivo del embarazo.

Esta especial protección como se señaló consagran con tal fin una presunción legal, que como tal admite prueba en contrario, de que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo cuando ha tenido lugar en los periodos señalados en las disposiciones citadas. Se concluye entonces como lo ha reiterado esta Corporación 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 declaratoria de nulidad del acto de remoción y el reintegro de la empleada, sin perjuicio de la indemnización que por infringir la prohibición contempla la Ley.

En lo referente al restablecimiento del derecho, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 19 de enero de 2006, expediente 2762-04, Magistrado Ponente Ana Margarita Olaya, expresó lo siguiente:

“El ordenamiento legal colombiano protege la maternidad de manera especial, dadas sus implicaciones en la vida y desarrollo del ser humano. Este amparo tiene su génesis 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 periodos comprendidos entre los tres (3) meses anteriores y posteriores al parto y, por último, la licencia remunerada de dos a cuatro 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, tratándose de empleadas públicas, dada la relación legal y reglamentaria.

Así mismo, con la expedición de la Ley 50 de 1990 fue ampliada la protección que ya le había dado a la “madre adoptante” a través de la Ley 24 de 1986 y el término de licencia quedó en 12 semanas.

Por su parte, 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.

Cabe precisar 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, además de que la protección surge imperativa para todos los sectores, por ministerio de la misma Constitución Política.

Para la Sala es evidente que una cosa es la licencia por maternidad que la ley estipuló en semanas y otra diferente es el fuero por maternidad consagrado en meses. Luego, cuando la disposición contenida en el Decreto 3135 de 1968 consignó que el fuero era por tres meses, ello implica que son meses

calendario, como lo prevé el Código de Régimen Político y Municipal y por ello el despido que hizo la entidad faltando cinco días para su cómputo resultó ilegal.

Pero, ha de advertirse que verificada la ilegalidad del acto administrativo de insubsistencia en razón de la especial presunción que dispuso la ley para el caso de la licencia de maternidad y el fuero por la misma contingencia, su declaratoria de nulidad tiene los efectos, como la de cualquier acto, de retrotraer la situación al estado anterior. Por ello el restablecimiento implica necesariamente el reintegro al cargo que ocupaba la servidora y el pago de todos los emolumentos dejados de percibir desde el retiro hasta el momento del reintegro. No procede, en cambio, el pago adicional de los sesenta días que dispuso el a quo, porque como el restablecimiento es integral, por el tiempo que la servidora permaneció desvinculada, tal suma deviene en un doble pago que resultaría ilegal.

Entiende la Sala que el Tribunal pretendió garantizar la facultad discrecional del nominador, en este caso del Alcalde del Municipio de San Cayetano, pero en manera alguna podía restringir el restablecimiento económico a unos pocos días ni omitir la consecuencia obligada de reintegro que surgió de la nulidad del acto, dándole el carácter de empleada de período, como sí lo es el del Alcalde. Era imperioso hacer el restablecimiento del derecho en la forma integral en que surgió para la actora, pero ha de señalarse que, dado el carácter de empleada de libre nombramiento y remoción de la servidora, bien puede el nominador a quien compete cumplir el fallo que ordena el reintegro, ejercer con posterioridad a ello su facultad discrecional que no puede ser postrada en manera alguna por el cumplimiento de la decisión judicial, como quiera que es una actuación subsiguiente e independiente de la primera.” (Subrayado fuera de texto)

En orden a resolver el problema jurídico, la Sala se remite al acervo probatorio obrante en expediente:

Se encuentra acreditado que el día 9 de julio de 2002 LUZ DARY CAMARGO NOVA puso en conocimiento de la Administración, la prueba de embarazo certificada por el Centro Médico de Orientación La Gloria Ltda., y lo hizo a la hora de las 2:59 p.m. (Fls. 13 y 14 C.P.)

Afirma la demandante que el día 9 de julio de 2002 en reunión que sostuvo a la hora de las 4:20 p.m. con la Jefe de Personal de la Entidad, le ratificó verbalmente sobre su estado de embarazo, circunstancia que vertió posteriormente en la solicitud de revocatoria directa al acto de insubsistencia, por lo que la Sala lo da por cierto, pues éste aspecto no fue tachado de falso, ni desvirtuado dentro del proceso.

Obra copia autentica de la Resolución No. 0-1171 de 4 de julio de 2002, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de LUZ DARY CAMARGO NOVA en el cargo de Investigador Judicial I, de la División de Investigación, Dirección Nacional Cuerpo Técnico de Investigación (fl.3 C.P.).

Se aportó el oficio No. 06033 de 5 de julio de 2002, con el cual la Entidad comunicó a la actora la decisión de insubsistencia contenida en la Resolución No. 0-1171 de 4 de julio de 2002, así como la copia del memorando de trámite administrativo dirigido por la Oficina de Personal a la Administración de Sede, donde se informa sobre la desvinculación de la Actora a partir del 9 de julio de 2002. Se tiene que tanto el acto acusado, la comunicación del mismo, así como copia del citado memorando de trámite se le notificaron y entregaron a la actora el día 9 de julio de 2002 a la hora de las 5:39 p.m. como lo corrobora la constancia de recibido, cuando la administración ya tenía conocimiento de su estado de embarazo (fls. 3 a 5 C.P.).

Se allegó copia del oficio de fecha 9 de julio de 2002 dirigido por la Oficina de Personal de la Entidad a Sanitas Salud Ocupacional donde le solicita práctica examen médico de egreso a la demandante (fl. 24 C.P.).

La Actora con oficio de 12 de julio de 2002 dirigido a Personal de la Entidad Demandada entrega el resultado del examen médico de egreso, y en ellos se diagnostica que presenta un embarazo de siete (7) semanas. (fls.25, 26 y 28 C.P.) Se demuestra además que la demandante el 17 de julio de 2002, formuló solicitud de revocatoria directa de la Resolución No. 0-1171 de 4 de julio de 2002, por medio de la cual se declaró insubsistente su nombramiento del cargo de Investigador Judicial I, apoyada en que al momento en que fue notificada de la decisión de retiro, la entidad ya tenía conocimiento de su estado de embarazo y pone de presente que durante los siete años en que estuvo vinculada nunca fue objeto de llamados de atención (fl. 6 y 7 C.P.)

El señor Fiscal General de la Nación con oficio No. 005497 de 5 de agosto de 2002 niega la petición de revocatoria directa del acto de insubsistencia, argumentando en que para el momento en que fue expedido, la entidad no tenía conocimiento del estado de embarazo de la actora, que la certificación con la que acreditó tal circunstancia no constituye prueba idónea por no provenir de la EPS donde estaba afiliada, y que la decisión de retiro se hizo en uso de la facultad discrecional por no ostentar la actora derechos de carrera y en procura de mejorar el servicio.

La Sala no encuentra de recibo los argumentos expuestos por la Entidad Demandada, pues sí bien el acto administrativo nació a la vida jurídica en el momento en que se expresó la voluntad de la administración de declarar insubsistente el nombramiento efectuado a la actora del cargo de Investigador Judicial que lo fue el 4 de julio de 2002, su notificación es condición ineludible para que dicho acto adquiriera obligatoriedad frente a la referida empleada, esto es, a partir del 9 de julio de 2002 después de las 5:39 p.m. momento en que se le notificó.

Tampoco resulta de recibo el argumento que la certificación con la que acreditó su estado de embarazo no era prueba idónea por no provenir de la E.P.S donde estaba afiliada, por cuanto tal apreciación, además de ser contraria al principio de la buena fe establecido en el artículo 83 de nuestro ordenamiento superior, pugna con exigencias que no ha establecido el Legislador para el efecto, incluso va en contravía de las disposiciones antes reseñadas que consagran esta protección especial no con documentos sino con el simple hecho de la notoriedad del embarazo.

Estima la Sala que al nominador no le asistía razón valedera de ninguna índole para no modificar la decisión contenida en el acto de insubsistencia en cuestión, pues lo expidió en ejercicio de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción bajo la consideración que la actora no estaba amparada por derechos de carrera, es decir, el acto fue expedido carente de motivación, y no habían cumplido a plenitud sus efectos, frente a la certeza del estado de gravidez que denunció la actora antes de notificarle el mismo, por lo que bien pudo rectificar la decisión. Sin embargo, ignorando el respeto por la dignidad humana, la solidaridad y la protección especial que la Constitución Nacional le garantizaba por su situación de embarazo, con total indiferencia desatendió la circunstancia, dejándola desempleada y desamparada.

A la actora se le retiró del servicio estando embarazada, situación conocida por la entidad antes de notificarle la Resolución de insubsistencia, de donde se presume que conforme a las normas jurídicas citadas en párrafos anteriores, su retiro obedeció a esa circunstancia que goza de especial protección, y la administración en este caso no desvirtuó tal presunción, razón por la cual debe reconocerse que el despido no tuvo por fin el buen servicio público como lo afirmó en este proceso, configurándose de esa manera la desviación de poder que implica la nulidad total de los actos acusados y acorde a la jurisprudencia elaborada por esta Corporación el restablecimiento pleno de sus derechos.

Sentado lo anterior, la Sala comparte la decisión de primera instancia en cuanto accedió a las súplicas de la demanda, pero modificará la decisión en el sentido de declarar la nulidad total no parcial de los actos acusados, como lo hizo el juzgador de primera instancia en el numeral 1º de la sentencia apelada.

Como consecuencia de lo anterior, modificará igualmente los numerales 2º y 3º de la parte resolutive de la sentencia apelada, ordenando el reintegro de la actora al cargo de Investigador Judicial I, de la División de Investigación, Dirección Nacional Cuerpo Técnico de Investigación o a otro de igual o superior categoría y a reconocerle y pagarle los salarios y prestaciones sociales de todo orden dejados de percibir desde el momento de su desvinculación y hasta que se haga efectivo su reintegro, sin solución de continuidad, sumas que deberán actualizarse como lo dispone el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, teniendo en cuenta

para el efecto la formula que se establece en la parte resolutive de esta providencia.

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

CONFÍRMASE la sentencia de 20 de septiembre de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso promovido por LUZ DARY CAMARGO NOVA en cuanto accedió a las súplicas de la demanda, con las siguientes modificaciones a los numerales PRIMERO, SEGUNDO Y TERCERO, los cuales quedarán así:

PRIMERO.- DECLÁRASE LA NULIDAD de la Resolución No. 0-1171 de 4 de julio de 2002, expedida por el Fiscal General de la Nación, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de LUZ DARY CAMARGO NOVA en el cargo de INVESTIGADOR JUDICIAL I, de la División de Investigación, Dirección Nacional Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, y del acto administrativo contenido en el oficio No.005497 de 5 de agosto de 2002 que negó la solicitud de revocatoria directa de la anterior Resolución.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la anterior declaración y a manera de restablecimiento del derecho, la Fiscalía General de la Nación procederá a reintegrarla al mismo cargo o a otro de igual o superior categoría y a reconocer y pagar a su favor los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento de su desvinculación y hasta que se haga efectivo su reintegro, sin solución de continuidad.

TERCERO.- Las sumas que resulten a favor de la actora se actualizarán en su valor como lo ordena el artículo 178 del C.C.A., dando aplicación a la siguiente formula:

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

Donde el valor (R) se determina multiplicando el valor histórico, que es lo dejado de percibir por concepto de salarios y prestaciones sociales, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE, vigente a la fecha en que se debió hacer el pago por el vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

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.

De los valores que sean reconocidos no se descontará suma alguna por el desempeño de otro cargo, durante el tiempo en que la actora estuvo separada del servicio.

La Fiscalía General de la Nación dará cumplimiento a esta sentencia dentro del término previsto en el artículo 176 del C.C.A. y observará lo dispuesto en los artículos 177 y s.s. Ibídem.

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

**GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN
(EN COMISION)**

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO