

ACTO DE INSUBSISTENCIA DE EMPLEADA EMBARAZADA- Comunicación en forma simultanea al conocimiento del estado de embarazo por la entidad / PRINCIPIO DE PROTECCION A LA MATERNIDAD- Aplicación / FUERO DE MATERNIDAD- Protección / ESTADO DE EMBARAZO-Oportunidad para informar a la entidad

De acuerdo con el principio de protección a la maternidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política y el criterio jurisprudencial establecido por esta Corporación en los pronunciamientos transcritos, la demandante al momento del retiro del servicio estaba amparada por el fuero de maternidad, bien porque el nominador conocía el hecho, según la declaración de la señora Oliva Parra Trujillo, la que no fue controvertida ni redargüida de falsa o de sospechosa, o bien porque informó sobre su estado de embarazo al momento en que se le comunicó la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento o unos instantes antes o después del recibo de la comunicación.

REINTEGRO DE EMPLEADA DE LIBRE NOMBRAMIENTO DECLARADA INSUBSISTENTE EN ESTADO DE EMBARAZO- Alcance

La Sala dispondrá el reintegro de la actora al empleo de Jefe de la División de Control de Gestión, Resultados Financieros y Juicios Fiscales, Nivel 2, Grado 24, de la Contraloría Municipal de Neiva, o a otro de igual o superior jerarquía, con el pago de todas las acreencias laborales debidas, pero sólo desde la fecha del retiro hasta la del vencimiento del período del nominador, salvo que el término de protección constitucional y legal supere dicha fecha, por ser funcionaria de libre nombramiento y remoción en un cargo de dirección y confianza porque el nuevo contralor electo no necesariamente estaba obligado a contar con sus servicios, habida cuenta de la naturaleza del cargo. La anterior decisión, además, se aplica teniendo en cuenta los criterios de equidad y justicia en la medida en que la demandante, por la posición que ocupaba en la administración territorial debió informar con la debida antelación y no esperarse a que se le declarara insubsistente para preocuparse de cumplir tal formalidad, amén de que, como aparece probado en el expediente, a la actora, con posterioridad a su retiro, por auto del 12 de junio de 1996, se la sancionó con suspensión en el ejercicio del cargo por un período de 60 días.

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B**

CONSEJERO PONENTE DR. JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE

Bogotá D.C., diecinueve (19) de junio de dos mil ocho (2008).

EXPEDIENTE No: 410012331000199508400-01

NÚMERO INTERNO: 5848-2005

AUTORIDADES MUNICIPALES

ACTORA: DEYANIRA MUNAR

VIDARTE

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 16 de septiembre de 2004, por la cual el Tribunal Administrativo del Huila, Sala de Descongestión, negó las pretensiones de la demanda formulada por la señora DEYANIRA MUNAR VIDARTE contra el Municipio de Neiva y la Contraloría Municipal de Neiva.

LA DEMANDA

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho la señora Deyanira Munar Vidarte solicitó al Tribunal Administrativo del Huila declarar la nulidad de la Resolución No. 133 de 11 de julio de 1995, proferida por el Contralor Municipal de Neiva, por la cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Jefe de la División de Control de Gestión, Resultados Financieros y Juicios Fiscales, Nivel 2, Grado 24, que desempeñaba (folios 1 a 12, Cuaderno Principal, C.P.)

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, solicitó ordenar a la entidad demandada reintegrarla al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría, sin solución de continuidad; reconocerle y pagarle sueldos y demás emolumentos legales dejados de percibir desde el momento del retiro hasta cuando se haga efectivo el reintegro, pagarle los intereses corrientes de las sumas actualizadas desde el momento

en que debieron pagársele hasta cuando efectivamente se le paguen y dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 176 del C.C.A.

Como fundamento de la acción impetrada expuso los siguientes hechos:

Empezó a laborar el 11 de febrero de 1993 en el cargo de Jefe de División de Control de Gestión de Resultados Financieros y Juicios Fiscales, Nivel 2, Grado 24.

Desde su posesión cumplió en forma competente, eficiente, legal y honesta las funciones propias de su cargo.

Reúne las calidades para desempeñar el cargo del cual fue retirada, lo ejerció de manera eficiente, capaz y honesta, razón por la cual la anterior Contralora, Sandra Edilia Tovar de Escobar, la consideraba persona indispensable para la entidad y, por ende, de su total confianza.

El Contralor Municipal de Neiva cuando llegó al cargo manifestó su deseo de cumplir compromisos adquiridos por su elección y presentó al Concejo Municipal un proyecto de acuerdo para reestructurar la oficina, el cual no fue aprobado en el Concejo, por lo que el Contralor insistió en el cambio de personal.

Por lo anterior les solicitó a los dos Jefes de División de la entidad, entre ellos a la demandante, su colaboración al calificar al personal, procurando que algunos empleados obtuvieran malas calificaciones para poder retirarlos del servicio legalmente. Es de anotar que, según la legislación prevista, el funcionario que debe calificar directamente es el jefe inmediato y no las personas que designó para ello.

Debido a que la demandante hizo caso omiso de las instrucciones, el Contralor Municipal se contrarió y le cogió animadversión, llegando a declarar insubsistente su nombramiento en el cargo que desempeñaba, sin ninguna causa que lo ameritara.

Por Resolución No. 133 de 11 de julio de 1995 su nombramiento en el cargo de Jefe de la División de Control de Gestión, Resultados Financieros y Juicios Fiscales, fue declarado insubsistente sin mediar antecedente o sanción disciplinaria y por circunstancias de favoritismo personal y político del doctor Antonio Curacá Pajoy, Contralor Municipal de Neiva.

El Contralor no tuvo en cuenta que la demandante se encontraba en estado de embarazo, circunstancia que de manera previa había informado, verbalmente y por escrito, el 11 de julio de 1995 a las 5.10 PM, obteniendo como respuesta la comunicación de la misma fecha a las 5:45 PM, en la cual se le informó que su nombramiento en el cargo había sido declarado insubsistente.

Debido a los problemas emocionales que produce una declaratoria de insubsistencia la demandante perdió la criatura.

El demandado para justificar el acto administrativo ordenó investigar disciplinariamente a la actora, proceso que estaba cursando al momento de incoar la demanda.

LAS NORMAS VIOLADAS

De la Constitución Política, los artículos 2, 6, 25 y 125.

De la Ley 13 de 1984, el artículo 1°.

Del Decreto 2400 de 1968, los artículos 6 y 26.

Del Código Contencioso Administrativo, los artículos 36, 84 y 85.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo del Huila, Sala de Descongestión, mediante sentencia de 16 de septiembre de 2004, negó las súplicas de la demanda, con los siguientes argumentos (folios 130 a 147, C.P.):

La Contraloría Municipal de Neiva, por Resolución No. 133 de 11 de julio de 1995, declaró insubsistente el nombramiento de la demandante en el cargo de Jefe de División de Control de Gestión, Resultados Financieros y Juicios Fiscales, Nivel 2, Grado 24.

La anterior resolución le fue comunicada a la demandante el 11 de julio de 1995 a las 4:45PM, mediante oficio 128, expedido por el Secretario General de la entidad demandada. Una vez enterada, la actora remitió al Secretario General de la Contraloría Municipal una comunicación, el mismo día a las 5:10PM, en la cual manifestó: *“Por medio de la presente me permito hacer llegar constancia en relación con el estado de embarazo en el cual me encuentro en estos momentos.”*

Posteriormente la accionante suscribió el Oficio Número 128 de 11 de julio de 1995 sobre la comunicación de la declaratoria de insubsistencia, indicando como hora de su recepción las 5:45PM. En este oficio obra una constancia realizada por la Secretaría de la Contraloría Municipal de Neiva, en la cual señaló: *“Dejo constancia que la Doctora DEYANIRA MUNAR VIDARTE recibió la presente comunicación a las 4:45 PM habiendola (sic) firmado tan solo (sic) a las 5.45 PM.”*

De acuerdo con lo anterior la demandante, cuando fue informada de la declaratoria de insubsistencia a las 4:45PM mediante el oficio de 11

de julio de 1995, no firmó el recibido, la actuación asumida por la actora fue la de comunicar su estado de embarazo al Secretario General de la entidad demandada a las 5:10PM y, con posterioridad a ello, firmó el recibido del oficio de la declaratoria de insubsistencia del nombramiento en el cargo que ejercía, a las 5:45PM.

La demandante se enteró desde el 16 de junio de 1995 de su estado de gravidez, según la prueba de embarazo practicada en el Laboratorio Clínico de la Caja de Previsión de Neiva, sin embargo no informó al empleador dicha circunstancia.

El Contralor Municipal de Neiva al expedir el acto demandado desconocía el estado de gravidez de la actora ya que ella sólo informó tal circunstancia a la entidad veinte minutos después de habersele comunicado el retiro y es obligación de la mujer trabajadora comunicarlo inmediatamente a la entidad, desde el momento en que se entera del estado de embarazo, por lo tanto la empleadora no le vulneró derecho alguno.

Para sustentar el argumento anterior alude a la sentencia del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de 28 de agosto de 1996, Expediente S-638, Consejero Ponente: Carlos A. Orjuela Góngora.

No se acreditó que la demandante hubiera sido seleccionada mediante concurso abierto de méritos, nombrada en período de prueba, ni que estuviera inscrita en carrera o gozara de fuero legal de estabilidad o permanencia en el empleo. Si no ingresó al cargo del cual fue retirada mediante el concurso público de méritos podía ser retirada de la misma forma en que fue nombrada, es decir, discrecionalmente, teniendo en cuenta que fue nombrada en un cargo

de libre nombramiento y remoción y su nombramiento se hizo como tal.

La demandante no ostentaba al momento de ser retirada una condición que le diera inamovilidad en el cargo pues desempeñaba un cargo de libre nombramiento y remoción. La administración al expedir el acto demandado actuó en legal forma y ajustada a derecho, haciendo uso de la facultad discrecional otorgada por la Ley para declarar insubsistente el nombramiento y remover libremente a los empleados que no tengan derechos de carrera administrativa, sin necesidad de motivar el acto de declaratoria de insubsistencia.

El ejercicio de la facultad discrecional está justificado y determinado por la prevalencia del interés general en el Estado Social de Derecho para bien del servicio público, como instrumento de provisión de empleos que no sean de carrera.

El ejercicio de la facultad discrecional del Contralor Municipal de Neiva, regulada por el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 en armonía con la Ley 443 de 1998, implicaba su apreciación subjetiva de la oportunidad y conveniencia para el buen servicio público de declarar insubsistente el nombramiento ordinario de la demandante en el cargo de Jefe de División de Control de Gestión, Resultados Financieros y Juicios Fiscales, por lo tanto correspondía a la actora la carga procesal de desvirtuar la presunción de legalidad de la resolución acusada y demostrar que el Contralor Municipal de Neiva profirió el acto con motivos o fines contrarios al buen servicio público, lo cual no logró en este proceso.

Ninguna de las normas constitucionales señaladas por la demandante consagran el derecho perpetuo de un servidor público a mantenerse en el cargo. Lo que pretendió garantizar el Constituyente de 1991 fue

la estabilidad laboral de todos los trabajadores mediante el ejercicio legítimo, digno y justo de su actividad pero sin que pueda interpretarse que ese postulado tenga el alcance de limitar o enervar las potestades discrecionales que la misma Carta les confiere a los nominados en cargos de libre nombramiento y remoción o en provisionalidad, en el sentido de poder disponer en cualquier tiempo la separación del servicio de aquellos servidores no inscritos en carrera.

En reemplazo de la demandante fue nombrada la señora Martha Libia Orozco Serrato, quien tiene título universitario de Economista, es decir, relacionado con la ciencia financiera, lo cual incluye dentro de otras posibilidades la de mejorar situaciones que promuevan el mejoramiento de las condiciones de calidad de vida institucional, en este caso el área fiscal y de control de gestión financiera, es decir, que al ser una profesional del área es una persona con conocimientos financieros y económicos para ejercer el cargo para el cual fue nombrada.

No se demostró el desmejoramiento del servicio ya que no existe en este caso certeza de que la empleada que reemplazó a la demandante no reuniera las condiciones para ocupar dicho cargo.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte actora interpuso el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, con fundamento en los siguientes argumentos (folios 151 a 154, C.P.):

Cuatro hechos probados en el proceso establecen la falsa motivación, la desviación y el abuso de poder del acto demandado:

Como el proyecto de acuerdo de reestructuración no fue aprobado en el Concejo Municipal, el Contralor Municipal de Neiva manifestó su deseo de cumplir compromisos adquiridos por su elección y comenzó a buscar posibilidades para cambiar el personal, afirmación que hizo el testigo Andrés Camacho Cardoso.

La orden directa impartida por el Contralor como Jefe de Despacho de calificar mal a algunos empleados para poder retirarlos del cargo, demuestra claramente la necesidad de proveer cargos para cumplir con sus distintos compromisos políticos, declaración que coadyuva la señora Oliva Parra Trujillo.

Su magnífico desempeño en el cargo demuestra que cumplió en forma competente, eficiente, legal y honesta las funciones propias de su cargo, como se demuestra con su intachable hoja de vida y con los testimonios de los señores Andrés Camacho Cardoso y Oliva Parra Trujillo, los cuales no dejan margen de duda del excelente servicio prestado por la demandante a la Contraloría Municipal.

La demandante informó a la Secretaria General de la Contraloría, dependencia encargada del personal, su estado de gravidez. Sin embargo, la manipulación del Contralor, a través de la secretaria, hizo que se cambiara el orden de llegada de los documentos porque la realidad es que primero se informó el estado de embarazo y luego se comunicó a la actora la resolución en la que se declaraba insubsistente el nombramiento en el cargo que ejercía.

Es apenas obvio y natural que la secretaria de la época haya elaborado una constancia según la cual la demandante recibió la resolución de insubsistencia a las 4:45 PM, habiéndola firmado a las 5:45 PM, es decir una hora después, pues su intención era justificar su salida de la institución, de una manera en que no fuera evidente

que los motivos de la desvinculación no eran otros que no estar protegida por un padrino político que formara parte de la coalición política por la cual fue elegido el Contralor.

Se pregunta el apoderado por qué la secretaria no siguió el procedimiento regular para notificar a la demandante, y ante su renuencia a suscribir al instante el recibido de la resolución no elaboró inmediatamente, con la coadyuvancia de un testigo, la constancia secretarial que ahora aparece en el oficio.

Dayro Vargas manifiesta en su testimonio que los pocos meses que compartieron en el ámbito laboral no le permitieron conocer ampliamente el desempeño laboral de la actora, y, por tanto, son ilógicas las afirmaciones con las que se pretende dar a entender que la demandante fue desvinculada por un mal desempeño de sus funciones.

Se evidencia la manipulación de información rendida en la declaración del testigo pues manifiesta que casi no recuerda los hechos porque sucedieron hace mucho tiempo y luego recuerda con exactitud la hora en que supuestamente la demandante llevó el oficio por medio del cual informaba que se encontraba embarazada, lo cual constituye un indicio de la forma “amañada” como el Contralor y sus colaboradores han manejado con favoritismos personales y políticos los nombramientos de los funcionarios de la entidad.

Del acervo probatorio aportado al proceso se concluye que era de conocimiento público el estado de gravidez de la actora hasta el punto de que el mismo Contralor Municipal, según declaraciones de la señora Oliva Parra Trujillo, en alguna oportunidad le preguntó por su estado de salud, que para la época era delicado.

De acuerdo con la prueba de embarazo practicada a la demandante el 16 de junio de 1995 en el Laboratorio Clínico de la Caja de Previsión, al momento de ser retirada del servicio tenía aproximadamente 3 meses de embarazo, circunstancia que, dada su constitución física, hacía evidente el estado en que se encontraba.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

EL PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER

Consiste en determinar si la Resolución No. 133 de 11 de julio de 1995, proferida por el Contralor Municipal de Neiva, por la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la demandante en el cargo de Jefe de la División de Control de Gestión, Resultados Financieros y Juicios Fiscales, Nivel 2, Grado 24, de la Contraloría Municipal de Neiva, se ajustó a la legalidad.

HECHOS PROBADOS

La actora adelantó estudios profesionales de Administración de Empresas en la Universidad Surcolombiana de Neiva (folios 5, C.P. y 5 C. 2).

Por Resolución No. 0014 de 8 de febrero de 1993 la Contralora Municipal de Neiva incorporó y nombró los funcionarios de la planta de personal de la entidad, entre ellos a la demandante en el cargo de Jefe de la División de Control de Gestión, Resultados Financieros y Juicios Fiscales, Nivel 02, Grado 24, del cual tomó posesión el 11 de los mismos mes y año (folios 15 a 19, C.P., 8 a 10 , 59 a 62, C.2 y 170 a 173, C.3).

Fue afiliada a la Caja Municipal de Previsión Social de Neiva el 11 de febrero de 1993 (folio 2, C.2.).

La Contraloría Municipal de Neiva sancionó a la demandante el 12 de junio de 1996 con suspensión en el ejercicio del cargo por un lapso de 60 días (folios 33 a 40, C.2.).

Según examen ordenado por el Doctor Rivera el 16 de junio de 1995 y practicado por el Laboratorio Clínico de la Caja de Previsión de Neiva, la demandante estaba embarazada (folios 21, C.P., y 30 C.2.).

Por Resolución No. 133 de 11 de julio de 1995 el Contralor Municipal de Neiva declaró insubsistente el nombramiento de la demandante en el cargo de Jefe de la División de Control de Gestión, Resultados Financieros y Juicios Fiscales, Nivel 02, Grado 24, decisión que le fue informada mediante oficio No. 128 de 11 de julio de 1995, recibido en la misma fecha a las 5:45 PM (folios 13 y 14, C.P., 28 y 29, C.2.).

Mediante oficio de 11 de julio de 1995, radicado en la misma fecha a las 5:10 PM, la demandante le informó al Secretario General de la Contraloría Municipal de Neiva que estaba embarazada (folios 20, C.P. y 31, C.2.).

ANÁLISIS DEL CASO.

La apelante centra su argumentación en que el acto por medio del cual fue retirada del servicio está viciado de falsa motivación y desviación y abuso de poder por cuanto obedeció a motivos políticos.

Igualmente sostiene que puso en conocimiento de la Secretaria General de la Contraloría Municipal de Neiva, a la cual estaba

vinculada, el estado de gravidez en el cual se encontraba y, sin embargo, fue retirada del servicio debido a la “*manipulación del Contralor*”. (Folio 153, C.P.)

La entidad demandada, mediante Resolución No. 133 de 11 de julio de 1995, declaró insubsistente el nombramiento de la accionante en el cargo de Jefe de la División de Control de Gestión, Resultados Financieros y Juicios Fiscales, Nivel 02, Grado 24, y, mediante oficio No. 128 de 11 de julio de 1995, le comunicó tal decisión. El siguiente es el texto del oficio aludido:

“(...) Me permito informarle que mediante Resolución No. 133 del 11 de julio de 1995 ha sido declarada insubsistente en el cargo de Jefe de la División de Control de Gestión, Resultados Financieros y Juicios Fiscales, nivel 02, grado 24, dependiente de la Contraloría Municipal de Neiva.”. (Folio 14, C.P.).

El oficio aludido fue recibido por la demandante el 11 de julio de 1995 a las 5:45 PM. (Folio 14, CP.)

A folio 29 del Cuaderno 2 obra una fotocopia del oficio mencionado, el cual, en su parte inferior, tiene una constancia escrita a máquina y suscrita por la Secretaria General de la Contraloría Municipal de Neiva del siguiente tenor:

“Dejo constancia que la Doctora DEYANIRA MUNAR VIDARTE recibió la presente comunicación a las 4:45 PM, habiéndola firmado tan solo a las 5.45 PM.”.

Mediante oficio de 11 de julio de 1995 dirigido al Secretario General de la Contraloría Municipal y radicado en la misma fecha a las 5:10 PM, la demandante informó que estaba embarazada. El siguiente es el texto del oficio:

“(...) Por medio de la presente me permito hacer llegar constancia en relación con el estado de Embarazo en el cual me encuentro en estos momentos.”. (Folio 20, C.P.).

Con el oficio aludido aportó la prueba practicada por el laboratorio clínico de la Caja de Previsión de Neiva con fecha 16 de junio de 1995, es decir, aproximadamente un mes antes de la desvinculación. (Folio 22, C.P.).

Según la declaración rendida por la señora Oliva Parra Trujillo, al momento de la desvinculación “*todo el personal*” de la entidad tenía conocimiento del estado de gravidez de la actora e incluso el Contralor Municipal conocía del mismo y, adicionalmente, el malestar y el aspecto físico de la demandante hacían notorio su estado. El siguiente es el texto de la declaración:

“PREGUNTADO: Sírvase decirle al Tribunal si usted tenía conocimiento de que para la época en que fue desvinculada del cargo de la Contraloría Municipal de Neiva la señora DEYANIRA MUNAR VIDARTE, estuviera en estado de gravidez, en caso cierto cómo llegó a dicho conocimiento. CONTESTÓ: Ella le comentó a todo el personal, por tanto todo el personal se enteró. Yo sabía que estaba en embarazo porque ella me contó y en un momento, estábamos las dos, el doctor CURACA le preguntó a ella que cómo estaba su embarazo, antes de entrar en comentarios sobre trabajo. El doctor, el saludo, fue ese; cómo está su embarazo, cómo está el bebé, algo así fue el saludo. Yo no me acuerdo en ese momento cuanto tiempo tenía de embarazo, pero sí era notorio porque se manifestaba, ella tenía mucho malestar, pero no me acuerdo que ella me manifestara cuántos meses tenía de embarazo. (...) PREGUNTADO: Aparte de los malestares por su embarazo que usted expresó anteriormente, era notorio el embarazo de la demandante en su aspecto físico, es decir, ya se le veía el pronunciamiento en su estómago?. CONTESTÓ: Sí. Interroga el señor apoderado de la Contraloría. PREGUNTADO: Manifieste al Despacho si usted tiene conocimiento de los motivos que tuvo la señora DEYANIRA MUNAR para haber comunicado el estado de gravidez solamente hasta el día 11 de julio de 1995, cuando se le notificaba la declaración de insubsistencia, pues según la prueba aportada al proceso, la prueba de embarazo, tiene fecha del 16 de junio de 1995. CONTESTÓ: Ella no lo pasó por escrito, pero todo mundo estaba enterado de que estaba embarazada. PREGUNTADO: Manifieste al Despacho si el estado de embarazo a que usted ha hecho referencia de la señora DEYANIRA MUNAR llegó a feliz término con el nacimiento de la creatura (sic). PREGUNTADO: No. El niño se le perdió, perdió el niño debido creo que al estrés por la desvinculación del cargo. PREGUNTADO: Usted acaba de informar de que (sic) el nacimiento no se llevó a cabo por el

estrés. Qué razones jurídicas tiene usted para afirmar esto?
CONTESTÓ: No, no tengo ninguna, sino que como nosotras fuimos muy amigas, ella estaba nerviosa, hablaba de la situación, tantas cosas que se hablan. PREGUNTADO: *Manifiéstele al Despacho si usted en la actualidad tiene en curso alguna demanda contra la Contraloría Municipal del Municipio de Neiva a raíz de su salida del ente fiscalizador.* CONTESTÓ: *Sí, yo tengo una demanda contra la Contraloría.”. (Folios 95 y 96, C.P.) (Destacado por la Sala).*

Según la declaración anterior, que no fue tachada ni redargüida de falsa, aunque la deponente tiene demandada a la entidad accionada, el nominador tenía conocimiento del estado de embarazo de la demandante, pero, aún en el evento de que no hubiese sido así, la inmediatez con que la demandante informó al nominador sobre su estado hace que opere el fuero de maternidad en su favor.

En efecto existe discusión acerca de si el oficio que le comunicó a la demandante el retiro fue recibido el 11 de julio de 1995 a las 5:45 P.M. (Folio 14, CP.), o a las 4:45 P.M., según la constancia escrita a máquina y suscrita por la Secretaria General de la Contraloría Municipal de Neiva, pero esta discusión no puede desconocer la protección a la maternidad que ofrece la ley a las empleadas en estado de embarazo.

El artículo 53 de la Constitución Política consagra de manera expresa la protección a la maternidad, en tanto que tal condición de la mujer amerita especial atención y cuidado por parte del Estado. La finalidad de la norma se encuentra no sólo en la tutela a la madre sino también a la criatura que está por nacer. Esta situación implica que opere de pleno derecho el fuero de maternidad, en relación con el cual el Consejo de Estado, en sentencia de 28 de agosto de 1998, precisó:

*“(...) 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 la norma 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 (...).”*¹ **(Destacado por la Sala).**

En la misma sentencia se expresó:

“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 ilegal.

Debe recordarse además, que el artículo 21 del Decreto 3135 de 1968 dispone en su inciso 1º que la empleada pública sólo 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 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”.*²

En sentencia de 21 de mayo de 1998 el Consejo de Estado reiteró:

¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia S-638 de 28 de agosto de 1996, Consejero Ponente: Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora, Actor: Gloria Marina Vanegas Castro, Demandado: municipio de Cúcuta.

² *Ibídem.*

“La jurisprudencia de la Corporación de manera perentoria ha señalado que, tanto por mandato constitucional, como legal, se ha querido brindar protección especialísima a la maternidad. Las normas que consagran su protección contemplan la presunción legal de que el retiro se produce por motivo del embarazo cuando la expedición del acto de remoción ha tenido lugar en los períodos en ellas señalados, y mientras la Administración no desvirtúe tal presunción, debe aceptarse que el despido no tuvo por finalidad el buen servicio público, configurándose de esa manera la desviación de poder que conlleva a nulidad del acto de insubsistencia y el consiguiente restablecimiento del derecho.

Tal presunción no se desvirtúa por la mera circunstancia de que en la misma fecha de la comunicación de retiro la actora haya presentado la prueba del estado de embarazo, pues precisamente la nulidad del acto de insubsistencia se fundamenta en que ella se hallaba amparada por el fuero de maternidad y lo demuestra con la prueba de dicho estado; correspondía pues a la Administración en el curso del proceso demostrar que el retiro se efectuaba por justa causa comprobada mediante Resolución motivada como lo ordena el artículo 21 del Decreto 3135 de 1968. Sin tales formalidades, se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo.”³ (Destacado por la Sala).

En la relación con el tema el despacho que sustancia la presente causa señaló,

“(…)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.

(…)

Como desarrollo de ese régimen especial aparecieron las medidas previstas en el artículo 2 de la ley 197 de 1938 y en el artículo 21 del decreto 3135 de 1968. La Corte Constitucional, al revisar su constitucionalidad, en sentencia de 25 de septiembre de 1997, declaró su exequibilidad “en el entendido de que, en los términos de esta sentencia, y debido al principio de igualdad (CP art. 13) y a la especial protección constitucional a la maternidad (CP arts 43 y 53), carece de todo efecto el despido de una servidora pública durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, en el caso de las trabajadoras oficiales, o sin la correspondiente resolución motivada del jefe del respectivo (sic), en donde se verifique la justa causa para el despido, en el caso de las empleadas públicas.”⁴ (Destacado por la Sala).

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 21 de mayo 1998, Consejero Ponente: Javier Díaz Bueno, Radicación Número: 17252 Actor: Enna Milena Torres Hernández, Demandado: Departamento de Casanare, Referencia: Autoridades Departamentales

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 6 de septiembre de 2001, Consejero Ponente: Dr. Jesús María Lemos Bustamante, Ref: Expediente No. 151 (2520 - 2000), Actor: José Luis Herrera Gómez.

En sentencia de 3 de agosto de 2006, la Corporación precisó:

*“(…) El artículo 43 de la Constitución Política, señala que durante el embarazo y después del parto, la mujer gozará de la especial protección y asistencia del Estado. Esta protección se ve reflejada en innumerables disposiciones, entre ellas la del inciso tercero del artículo 62 de la Ley 443 de 1998, que sobre el particular, señala que “Cuando por razones del buen servicio deba suprimirse un cargo ocupado por una empleada de carrera, en estado de embarazo, y no fuere posible su incorporación en otro igual o equivalente, además de la indemnización a que tendría derecho, deberá pagársele, a título de indemnización por maternidad, el valor de las doce (12) semanas de descanso remunerado a que se tiene derecho como licencia de maternidad.”.*⁵

De acuerdo con el principio de protección a la maternidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política y el criterio jurisprudencial establecido por esta Corporación en los pronunciamientos transcritos, la demandante al momento del retiro del servicio estaba amparada por el fuero de maternidad, bien porque el nominador conocía el hecho, según la declaración de la señora Oliva Parra Trujillo, la que no fue controvertida ni redargüida de falsa o de sospechosa, o bien porque informó sobre su estado de embarazo al momento en que se le comunicó la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento o unos instantes antes o después del recibo de la comunicación.

En relación con la oportunidad para que la empleada informe al nominador su estado de embarazo, el Consejo de Estado ha expuesto:

“De la oportunidad para informar a la administración del estado de embarazo

*Esta Corporación en varias oportunidades ha sostenido que para exigir de la entidad nominadora el cumplimiento de las normas de protección a la maternidad es necesario que existan pruebas acerca de que **el hecho fue informado previamente o por lo menos de manera simultánea.***

*Tal información **debe ser oportuna e ir además acompañada de la prueba idónea que así lo acredite**, pues la presunción no puede operar si no existe el presupuesto de hecho de la*

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 3 de agosto de 2006, Consejero Ponente: Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, Radicación No: 1734-03, Actor: Jorge Eliécer Pérez González, Demandado: Asamblea Departamental de Casanare y otros.

debida notificación del estado de embarazo o su interrupción a la entidad nominadora. O por lo menos, pruebas fehacientes de que el nominador sí tenía conocimiento del hecho.

Al respecto, el Consejo de Estado, Sección Segunda, en varios pronunciamientos, verbi gratia, sentencia de 21 de mayo de 1998, expediente número 17252, actor Enna Milena Torres Hernández, con ponencia del Magistrado doctor Javier Díaz Bueno sostuvo:

“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, por ende sin ninguna motivación, no se habían cumplido a plenitud sus efectos, y frente a la certeza del estado de gravidez que le denunciaba la señora ENNA MILENA, bien pudo rectificar la decisión. Sin embargo con inusitada arrogancia desatendió la angustiada situación que le planteaba la servidora. Tal comportamiento desdibujaba la filosofía que inspira el estado social de derecho, ignora los postulados del respeto a la dignidad humana, la solidaridad y protección que garantiza la Constitución a las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

La jurisprudencia de la Corporación de manera perentoria ha señalado que, tanto por mandato constitucional, como legal, se ha querido brindar protección especialísima a la maternidad. Las normas que consagran su protección contemplan la presunción legal de que el retiro se produce por motivo del embarazo cuando la expedición del acto de remoción ha tenido lugar en los períodos en ellas señalados, y mientras la Administración no desvirtúe tal presunción, debe aceptarse que el despido no tuvo por finalidad el buen servicio público, configurándose de esa manera la desviación de poder que conlleva a nulidad del acto de insubsistencia y el consiguiente restablecimiento del derecho.

Tal presunción no se desvirtúa por la mera circunstancia de que en la misma fecha de la comunicación de retiro la actora haya presentado la prueba del estado de embarazo, pues precisamente la nulidad del acto de insubsistencia se fundamenta en que ella se hallaba amparada por el fuero de maternidad y lo demuestra con la prueba de dicho estado; correspondía pues a la Administración en el curso del proceso demostrar que el retiro se efectuaba por justa causa comprobada mediante Resolución motivada como lo ordena el artículo 21 del Decreto 3135 de 1968. Sin tales formalidades, se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo.” (se resalta).

(...)

En esas condiciones, la Sala considera que en el presente caso se infringió la ley, pues el nominador no podía ejercer válidamente la potestad de libre nombramiento y remoción para retirar del servicio a la actora sin que mediara una justa causa y que ella obligara además a su desvinculación, es decir, que en tal providencia debió explicitarse el motivo por el cual se procedía a terminar la relación laboral, ya que está demostrado que la demandante se encontraba en estado de gravidez al momento de adoptarse la decisión

acusada, situación ampliamente conocida por la administración, configurándose una desviación de poder”.

Este criterio fue reiterado en sentencia del 9 de agosto de 2001, Expediente Núm. 6130-214-99. M.P. Dr. Alberto Arango Mantilla.”⁶

En la misma sentencia se precisó:

“Del restablecimiento del derecho. Teniendo en cuenta las pretensiones formuladas, se considera :

a.- El reintegro al servicio. La consecuencia lógica de la nulidad de un acto desvinculatorio del servicio es la del reintegro en caso de vinculaciones a término indefinido o de período sin concluir o de carrera, salvo situaciones especiales que se deben precisar en cada evento.

En el sub-lite fue solicitado el reintegro y se ordenará al cargo que ocupaba, o a uno igual o equivalente, pero solo a partir del 9 de febrero de 1998, fecha en que produjo efectos la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de la Actora y con permanencia hasta el vencimiento del periodo del Nominador, salvo que el término de protección constitucional y legal supere dicha fecha en cuyo evento la protección se extenderá hasta ese tiempo.

Lo anterior teniendo en cuenta que aquella era una funcionaria de libre nombramiento y remoción, conforme al artículo 4º de la Ley 27 de 1992, de carácter directivo y que el Alcalde, del nuevo período posterior, tiene competencia para proveer dicho cargo, aunque respetando la mencionada protección si la tuviere en su momento.

Ahora, si el mencionado período del Nominador y de la protección ya vencieron, no procederá materialmente el reintegro al servicio, por lo ya expresado, aunque esta decisión judicial producirá efectos hasta el límite temporal mencionado.”⁷

Así mismo, el Despacho que sustancia la presente causa, en sentencia de 26 de abril de 2001, sobre el particular expresó:

“Basta el conocimiento del estado de embarazo para que opere la presunción legal a que alude la jurisprudencia referida y sea aplicable la normatividad especial de protección a la maternidad, sin que pueda agregarse a la legislación otra presunción de carácter subjetivo como la planteada por el Tribunal al afirmar que el empleador debe conocer el hecho con “suficiente” antelación para que opere la presunción, en razón a que el término “suficiente” es

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 20 de febrero de 2003, Consejero Ponente: Doctor Tarsicio Cáceres Toro, Actora: Ketty Leonor González Morales, Demandado: Municipio de Chinú (Córdoba), Ref.: 0893-02.

⁷ Ibídem

*tan indeterminado que quedaría al arbitrio del nominador la aplicación de la norma.”.*⁸ **(Destacado por la Sala).**

Demostrada la existencia del estado de gravidez en que se encontraba la actora al momento del retiro y el conocimiento de la administración de tal hecho, por lo menos en forma simultánea, debe concluirse, en aplicación del principio constitucional y del criterio jurisprudencial establecido por esta Corporación, que el despido se produjo como consecuencia de la maternidad y no por razones o fines del buen servicio público, y, en consecuencia, las pretensiones deben prosperar.

Por las razones anteriores la Sala revocará la sentencia de primera instancia, precisando que se accederá a las súplicas de la demanda por cuanto el retiro se produjo sin respetar el fuero de maternidad que amparaba a la demandante, es decir, quedó incurso en la presunción legalmente establecida, aspecto que releva a la Sala de estudiar los vicios de desviación o abuso de poder y falsa motivación, también aducidos por la apelante.

En consecuencia, la Sala dispondrá el reintegro de la actora al empleo de Jefe de la División de Control de Gestión, Resultados Financieros y Juicios Fiscales, Nivel 2, Grado 24, de la Contraloría Municipal de Neiva, o a otro de igual o superior jerarquía, con el pago de todas las acreencias laborales debidas, pero sólo desde la fecha del retiro hasta la del vencimiento del período del nominador, salvo que el término de protección constitucional y legal supere dicha fecha, por ser funcionaria de libre nombramiento y remoción en un cargo de dirección y confianza porque el nuevo contralor electo no

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 26 de abril de 2001, Consejero Ponente: Doctor Jesús María Lemos Bustamante, Actora: Gloria Lucía Guevara Nieves, Demandado: Caja Nacional de Previsión Social, Ref.: 1519 - 2000.

necesariamente estaba obligado a contar con sus servicios, habida cuenta de la naturaleza del cargo.

La anterior decisión, además, se aplica teniendo en cuenta los criterios de equidad y justicia en la medida en que la demandante, por la posición que ocupaba en la administración territorial debió informar con la debida antelación y no esperarse a que se le declarara insubsistente para preocuparse de cumplir tal formalidad, amén de que, como aparece probado en el expediente, a la actora, con posterioridad a su retiro, por auto del 12 de junio de 1996, se la sancionó con suspensión en el ejercicio del cargo por un período de 60 días.⁹

Los valores serán ajustados en los términos del artículo 178 del C.C.A., utilizando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir, 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 efectuarse el pago.

⁹ Esta sanción se le impuso por omitir su obligación de conocer del proceso de responsabilidad fiscal contra el consorcio Aseo Capital derivado del contrato de barrido de calles y recolección de basuras celebrado con las Empresas Públicas de Neiva, al no haber decidido la apertura del juicio fiscal o el archivo del mismo, y haber proferido fenecimiento sin alcance al aviso de observación No. 003 relacionado con el pago de un gasto fúnebre por parte de la Empresa de Vivienda Popular de Neiva, EMVINEIVA, desconociendo la existencia de otro trámite similar cuya acumulación no intentó, ni atendió el concepto jurídico dado por el

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada mesada.

Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el último inciso del artículo 177 del C.C.A., adicionado por el artículo 60 de la Ley 446 de 1998.

Así las cosas, la entidad demandada deberá pagarle a la actora todas las acreencias laborales debidas, desde la fecha del retiro hasta la del vencimiento del período del nominador, descontando los 60 días durante los cuales estuvo suspendida en el ejercicio del cargo.

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

FALLA

REVÓCASE la sentencia de 16 de septiembre de 2004, por la cual el Tribunal Administrativo del Huila, Sala de Descongestión, negó las pretensiones de la demanda formulada por la señora DEYANIRA MUNAR VIDARTE, identificada con cédula de ciudadanía No.36.154.638 de Neiva, contra el municipio de Neiva y la Contraloría Municipal de Neiva. En su lugar, se dispone:

DECLÁRASE la nulidad de la Resolución No. 133 de 11 de julio de 1995, proferida por el Contralor Municipal de Neiva, por la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la actora en el cargo de Jefe

de la División de Control de Gestión, Resultados Financieros y Juicios Fiscales, Nivel 2, Grado 24.

CONDÉNASE a la entidad demandada a reintegrar a la actora al cargo del cual fue retirada o a otro de igual o superior categoría por el período comprendido entre la fecha del retiro y la del vencimiento del período del Contralor Municipal que declaró insubsistente su nombramiento, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

CONDÉNASE a la entidad demandada a pagarle a la actora los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir durante el período de condena, debidamente actualizados, aplicando para ello la fórmula indicada en la parte motiva de esta providencia.

DECLÁRASE que no hubo solución de continuidad en la prestación del servicio por parte de la demandante hasta la fecha por la cual se ordena el reintegro, es decir, hasta el vencimiento del período del contralor municipal, descontando los 60 días durante los cuales estuvo suspendida en el ejercicio del cargo

EJECUTORIADA ESTA PROVIDENCIA DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE. CÚMPLASE.

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

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ
Ausente con permiso

GERARDO ARENAS MONSALVE

JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE