

**PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD / INSUBSISTENCIA POR EMBARAZO -
Presunción legal / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DE SERVIDORA
INSUBSISTENTE EN ESTADO DE EMBARAZO – Alcance**

está suficientemente probado el estado de embarazo de la actora cuando fue reiterada del servicio sin motivación ninguna, y que ese estado era conocido por el alcalde que la declaró insubsistente. (...) el aviso de tal hecho se dio con suficiente antelación a la administración municipal y al mismo como persona; y en respuesta, ese mismo día le hizo saber, antes de su posesión, que sería declarada insubsistente al día siguiente. es entonces evidente que se infringió la ley, pues el alcalde no podía válidamente ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción para retirar del servicio a la actora, sino que debía motivar la providencia precisamente exponiendo la justa causa que obligaba al retiro. la jurisprudencia del consejo de estado en cuanto a reintegro al cargo de la mujer retirada del servicio en estado de embarazo ha sido reiterada en el sentido de no ordenarlo, teniendo en cuenta que la misma ley prevé indemnizaciones en caso de despido injustificado durante el embarazo y los tres meses posteriores la parto a al aborto, y considerando solo este período como de estabilidad. sin embargo, habida consideración de que el legislador ha querido brindar una protección espacialísima a la maternidad, protección que la constitución de 1991 ordena en su art. 53, la sala cree necesario hacer replanteamiento de la jurisprudencia en esta materia. en verdad, la prohibición de despido durante un tiempo determinado no puede resultar a la postre un impedimento para el reintegro al cargo de la empleada ni una limitante para el restablecimiento pleno de sus derechos, restablecimiento que sí obtendría por ejemplo si alegara desviación del poder. es preciso no olvidar que las normas que contemplan esta especial protección 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 períodos en ellas señalados. se deduce entonces que mientras la administración no desvirtúe tal presunción, debe aceptarse que el despido prohibido no tuvo por finalidad el buen servicio, configurándose así la desviación de poder que conlleva la nulidad del acto de remoción y el reintegro de la empleada, sin perjuicio de la indemnización que por infringir la prohibición contempla la ley.

FUENTE FORMAL : CONSTITUCIÓN POLÍTICA- ARTÍCULO 53 / LEY 53 DE 1938- ARTÍCULO 3 / LEY 197 DE 1938 - ARTICULO 2

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejera ponente: CLARA FORERO DE CASTRO

Santa Fe de Bogotá, D.C., tres (3) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993)

Radicación número: 5065

Actor: DORIS MERCEDES PRADA CASTILLO

Demandado: ALCALDIA MUNICIPAL DE MOGOTES

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 20 de febrero de 1990 por el Tribunal Administrativo de Santander.

ANTECEDENTES:

Por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, la señora Doris Mercedes Prada Castillo pidió al Tribunal anular la resolución 051 (junio 1o.) de 1988, expedida por el Alcalde Municipal de Mogotes, en cuanto declaró insubsistente su nombramiento como Secretaria de la Alcaldía.

Como consecuencia, solicitó el restablecimiento del derecho y se fundamentó para ello en que cuando fue retirada del servicio se encontraba embarazada, situación de la cual había informado oportunamente a la administración, de donde deduce que esa fue la causa del retiro (el embarazo) y no el ejercicio de una facultad discrecional en procura del buen servicio.

En la adición de la demanda solicitó condenar al Departamento de Santander en concurrencia con el Municipio de Mogotes.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal denegó las súplicas impetradas y, para hacerlo tuvo en cuenta: que ni el decreto ley 3135 de 1968 ni los otros estatutos expedidos en la reforma de ese año se aplican a los servidores de los entes descentralizados territorialmente, como los municipios; que ese criterio de que no es posible confrontar el acto

impugnado con las normas presuntamente transgredidas encuentra respaldo en reiterados fallos tanto del Consejo de Estado como del Tribunal; que según sentencia del Consejo de Estado "... por lo que respecta a los sistemas de remuneración y prestaciones sociales, los empleados del orden departamental y municipal no se rigen por el Decreto 3135 de 1968 antes citado, sino por la ley 6a. de 1945 y todas aquellas que la adicionan y reforman".

FUNDAMENTOS DE LA APELACION

En el recurso se consideran violadas normas superiores que no se invocaron en la demanda y se explica el concepto de violación de los artículos 16 y 17 de la C.N. (anterior). Advierte el libelista que no comparte la tesis expuesta por el Tribunal porque las pretensiones se concretan fundamentalmente en la nulidad de la insubsistencia, que el Decreto 1333 de 1986 no consagra normas relativas a la protección de la maternidad y que ante el vacío que se presenta debe darse aplicabilidad a la ley nacional. Que conforme a los decretos 3135 de 1968 y 1948 de 1969 la falta de motivación del acto de despido de una empleada en estado de embarazo lo vicia de nulidad. Que en consecuencia procede el restablecimiento del derecho y que a falta de normatividad municipal debe acudir a la legislación nacional.

EL CONCEPTO FISCAL

Sostiene la señora Fiscal Noveno de la Corporación al pedir que se revoque la sentencia apelada y se acceda a las súplicas de la demanda: "... si la demandante al momento de la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento se

encontraba en estado de embarazo, tiene, derecho a la aplicación del régimen propio de la trabajadora embarazada, además de los derechos que se derivan de la anulación del acto administrativo por haberse demostrado en el proceso que fue emitido con abuso y desviación de poder, sin la observancia del proceso indicado para el caso y, procede en consecuencia, el reconocimiento de las prestaciones e indemnización por maternidad, consagradas en las Leyes 53 y 197 de 1938, en el Decreto Ley 3135 de 1968 y en el Decreto 1848 de 1969" (folio 104).

Se procede a decidir, previas estas

CONSIDERACIONES

Dirá la Sala en primer término, que resultan inadmisibles los argumentos esgrimidos por el señor apoderado del Municipio para oponerse, al contestar la demanda, a la prosperidad de las súplicas impetradas.

En verdad no tiene justificación ninguna que, tratándose de la Secretaria de la Alcaldía, nombrada y removida por el Alcalde Municipal de Mogotes, se alegue que no era empleada del Municipio sino del Departamento, lo cual indujo a la demandante a corregir el libelo con el fin de vincular al Departamento de Santander Para la Sala no cabe duda alguna acerca de que la señora Doris Mercedes Prada Castillo era empleada del Municipio de Mogotes y es esa entidad local la responsable por la expedición del acto acusado.

Tampoco es comprensible el argumento consistente en que los artículos invocados del Decreto 3135 de 1968 y del Decreto 1848 de 1969 no son aplicables a la actora porque ella no era trabajadora oficial y las normas se refieren a "Empleada oficial". Seguramente ignora el señor apoderado del

Municipio que el término, "empleada oficial" se refiere también a la persona que, como la demandante, está vinculada a la administración pública por situación legal y reglamentaria, es decir, nombramiento y posesión, y que "empleada oficial comprende tanto a la empleada pública como a la trabajadora oficial.

En cuanto al fallo recurrido la Sala observa:

Ciertamente las normas de los Decretos 3135 de 1961 y 1848 de 1969, en principio, no rigen en los Departamentos y Municipios.

Sin embargo no debe olvidarse que la protección a la maternidad ha estado consagrada siempre, en diferentes estatutos Legales y ha cobijado tanto a las trabajadoras del sector público como a las del sector privado.

El artículo 21 del Decreto 3135 de 1968, como lo dice la colaboradora Fiscal, 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 éstas aplicables en todos los órdenes.

Siendo ello así, resultaría exagerado rigorismo no proteger los derechos de la actora, por haber citado las disposiciones del Decreto 3135 de 1968 y su reglamentario el 1848 de 1969, cuando esa protección legal existe e inclusive hasta resultar la más favorable la contemplada en el artículo 2o. de la ley 197 de 1938.

Analizando sobre estas bases el caso concreto de autos se observa, que está suficientemente probado el estado de embarazo de la actora cuando fue retirada

del servicio sin motivación ninguna, y que ese estado era conocido por el Alcalde que la declaró insubsistente.

Es indignante en verdad, que el señor apoderado del Municipio afirme que el Alcalde que expidió el acto acusado ignoraba el estado de embarazo de la señora Prada Castillo, porque cuando ella se lo comunicó él todavía no se había posesionado como Alcalde.

El aviso de tal hecho se dio con suficiente antelación a la Administración Municipal y a él mismo como persona; y en respuesta, ese mismo día le hizo saber, antes de su posesión, que sería declarada insubsistente al día siguiente. Es entonces evidente que se infringió la ley, pues el Alcalde no podía válidamente ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción para retirar del servicio la actora, sino que debía motivar la providencia precisamente exponiendo la justa causa que obligaba al retiro.

Por tanto habrá de revocarse la sentencia apelada, para acceder a las súplicas de la demanda y condenar al Municipio de Mogotes, mas no al Departamento de Santander, que no tiene responsabilidad en lo sucedido.

La Jurisprudencia del Consejo de Estado en cuanto a reintegro al cargo de la mujer retirada del servicio en estado de embarazo ha sido reiterada en el sentido de no ordenarlo, teniendo en cuenta que la misma ley prevé indemnizaciones en caso de despido injustificado durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto o al aborto, y considerando solo este período como de estabilidad.

Sin embargo, habida consideración de que el legislador ha querido brindar una protección especialísima a la maternidad, protección que la Constitución de 1991

ordena en su artículo 53, la Sala cree necesario hacer un replanteamiento de la jurisprudencia en esta materia.

En verdad, la prohibición de despido durante un tiempo determinado no puede resultar a la postre un impedimento para el reintegro al cargo de la empleada ni una limitante para el restablecimiento pleno de sus derechos, restablecimiento que sí obtendría por ejemplo si alegara desviación de poder.

Es preciso no olvidar que las normas que contemplan esta especial protección 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 períodos en ellas señalados. Se deduce entonces que mientras la administración no desvirtúe tal presunción, debe aceptarse que el despido prohibido no tuvo por finalidad el buen servicio, configurándose así la desviación de poder que conlleva la nulidad del acto de remoción y el reintegro de la empleada, sin perjuicio de la indemnización que por infringir la prohibición contempla la ley.

Concluye la Sala entonces, que en estos casos, sí procede el reintegro al cargo, salvo cuando la autoridad nominadora demuestre dentro del proceso, que tuvo razones de buen servicio para despedir sin expresar la justa causa de que habla la ley, a la empleada embarazada dentro de los plazos en que le estaba prohibido.

Por eso en el caso de autos se ordenará el reintegro, pues está comprobado que el Alcalde, enterado del estado de gravidez de la actora, en vez de respetar las normas le anunció anticipadamente la desvinculación del servicio, no motivó la respectiva providencia, como lo ordena la ley, ni dentro del proceso demostró

razones que justificaran su decisión, para desvirtuar la presunción según la cual el acto se expidió por razón del embarazo.

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

FALLA:

Revocase la sentencia apelada, proferida el 20 de febrero de 1990 por el Tribunal Administrativo de Santander dentro del proceso iniciado por Doris Mercedes Prada Castillo.

En su lugar se dispone:

1.- Es nula la resolución 051 (junio 1o) de 1988, proferida por el Alcalde Municipal de Mogotes (Santander), pero solo en cuanto declaró insubsistente el nombramiento de la señora Doris Mercedes Prada Castillo lo como Secretaria de ese Despacho.

2.- A título de restablecimiento del derecho, el Municipio de Mogotes reintegrará a la señora Doris Mercedes Prada Castillo al cargo de Secretaria de la Alcaldía Municipal de Mogotes - Santander -, o a otro de igual o superior categoría y le reconocerá y pagará todos los sueldos y prestaciones dejados de devengar desde el retiro del servicio como consecuencia de la declaratoria de insubsistencia y hasta el día en que se efectúe el reintegro, descontando de esta suma lo que la señora Prada Castillo tenga derecho a recibir por licencia de maternidad. Si la señora Doris Mercedes Prada Castillo hubiere percibido asignaciones del tesoro

público o de instituciones en que tenga parte mayoritaria el Estado, el Municipio de Mogotes hará el descuento correspondiente únicamente por el período en que ello hubiere ocurrido, a fin de respetar la prohibición contenida en el artículo 64 de la anterior Constitución y en el 128 de la que se encuentra vigente.

3.- El Municipio de Mogotes reconocerá y pagará a la demandante a título de indemnización, una suma equivalente a 60, días del último salario devengado.

4.- Para efectos de prestaciones sociales, se entenderá como efectivamente laborado el tiempo transcurrido entre la declaratoria de insubsistencia y el reintegro al cargo.

5.- Se dará cumplimiento a esta sentencia en el término que establece el artículo 176 del C.C.A. y observando lo previsto en el último inciso del artículo 177 *ibídem*.

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

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día catorce (14) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

DIEGO YOUNES MORENO

CLARA FORERO DE CASTRO

CARLOS ORJUELA GÓNGORA

JOAQUÍN BARRETO RUIZ

ALVARO LECOMPTE LUNA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

**ENEIDA WADNIPAR RAMOS
SECRETARIA**