

PROTECCION A LA MATERNIDAD - Evolución Jurídica / CONVENIO INTERNACIONAL / FUERO POR MATERNIDAD / NORMA CONSTITUCIONAL - Interpretación

La protección en el empleo de las mujeres antes y después del parto tiene origen, en el orden internacional desde el mes de junio de 1921, fecha en la cual entró en vigor el Convenio 3, adoptado por la Conferencia Internacional de Trabajo, convenio que fue revisado por el No. 103 en el año de 1952. Estos convenios internacionales han sido de gran importancia y han influido en nuestra legislación en las oportunidades en que se ha ocupado de regular el tema de la maternidad. También son significativas las recomendaciones Nos. 12 y 95 de la OIT; referidas a la protección antes y después del parto para las mujeres empleadas en la agricultura y al descanso por maternidad. Nuestra legislación considera la maternidad como un hecho biológico de especial protección dadas las implicaciones en la vida del ser humano. En términos legales se inicia la protección con la expedición de la Ley 53 de 1938 donde se consagra entre otros como derechos para la mujer la licencia remunerada de 8 semanas, la prohibición de despido de su trabajo por motivos de lactancia o embarazo, la indemnización correspondiente a 90 días para la empleada u obrera que sea despedida sin justa causa dentro de períodos de tres (3) meses anteriores y posteriores al parto y por último la licencia remunerada de 2 a 4 semanas en caso de aborto o parto prematuro, de acuerdo con la prescripción médica. Posteriormente, con los Decretos 2350 de 1938; 13 de 1967, 995 de 1968, y las Leyes 73 de 1966, 27 de 1974, 50 de 1990 y en el Sector Público el Decreto Ley 3135 de 1968 y su Reglamentario 1848 de 1969 se establece el fuero por maternidad, partiendo de la presunción legal de que el despido se considera ocasionado por motivos de embarazo o de lactancia cuando se produce dentro de unos lapsos previstos en la norma y el empleador dispone el retiro sin haber obtenido autorización favorable del Ministerio de Trabajo. Aún más, la Ley 50 de 1990, incluyó la Protección para la Madre Adoptante. En el año de 1991, se elevaron a canon constitucional una serie de principios encaminados a dar especial protección a la familia, a la niñez y a la mujer embarazada. Es así como el artículo 42 establece que el Estado y la Sociedad deban garantizar la protección integral de la familia; el canon 43 estatuye que durante el embarazo y después del parto gozará la mujer de especial asistencia y protección del Estado y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA

Santafé de Bogotá, D. C., septiembre veintisiete (27) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Radicación número: 8083

Actor: BEATRIZ ELENA PULGARIN RIOS

Demandado: GOBERNACION DEL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 19 de enero de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia por la cual se accedió parcialmente a las peticiones de la demanda.

ANTECEDENTES:

La señora BEATRIZ ELENA PULGARIN RIOS, por intermedio de apoderado, solicitó al mencionado Tribunal declarar la nulidad del *Decreto No. 0220 del 26 de enero de 1989*, expedido por el Gobernador del Departamento de Antioquia, por medio del cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Jefe de Sección de Comunicaciones, de la Secretaría de Agricultura del Departamento y que a título de restablecimiento del derecho se le reintegre a dicho cargo o a otro igual o de superior categoría, se ordene a la entidad demandada reconocerle los salarios dejados de percibir por su desvinculación y que se declare que no existió solución de continuidad en los servicios prestados a la administración.

Al fundamentar sus pretensiones la actora señala que se vinculó al Departamento de Antioquia, Secretaría de Agricultura a partir del 8 de julio de 1988 como empleada pública, que durante el tiempo de vinculación no cometió ninguna falta disciplinaria por tanto tiene una hoja de vida intachable. Que estando vinculada al servicio del Departamento el día 10 de noviembre de 1988 dio a luz un hijo y el día 26 de enero de 1989, o sea "*aún dentro de los términos siguientes a la fecha de haberse producido el parto*", fue declarada insubsistente por el señor Gobernador.

El acto de desvinculación se produjo el mismo día que la demandante debió reintegrarse al servicio después de la licencia de maternidad.

Señalaron como violadas las disposiciones consagradas en el *Decreto Extraordinario 3135 de 1988, octubre 21; Decreto 1848 de 1969, artículo 39 y s.s.; Ley 197 de 1938, artículo 20.; Ley 53 de 1938, artículo 273 y la Ley 73 de 1966, artículo 80.*, expresa el concepto de la violación y argumenta que el retiro del Servicio Público en los tres meses siguientes al parto, sólo podrá efectuarse por justa causa comprobada, mediante resolución motivada del jefe del respectivo organismo. Formula un cargo concreto por desvío de poder al considerar que la insubsistencia se produjo por motivo de la lactancia de la demandante y que en consecuencia la decisión de la Administración no estuvo encaminada a mejorar el servicio público.

LA SENTENCIA

El Tribunal accedió parcialmente a las peticiones de la demanda con las siguientes consideraciones: En primer lugar los *Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969* no son aplicables al caso, pues estas normas operan sólo en el orden nacional; al analizar el *artículo 20. de la Ley 53 de 1938 y el artículo 20. de la Ley 197 de 1938* concluye que estos ordenamientos no incluyen dentro de las consecuencias del despido el reintegro; en consecuencia la empleada tiene derecho a los salarios correspondientes a 90 días (que constituye una sanción para la entidad pública), y a otras prestaciones como atención médica, quirúrgica y hospitalaria. Con fundamento en jurisprudencia del Consejo de Estado concluye que no es procedente el reintegro y ordena reconocer y pagar los tres (3) días

faltantes para cumplir los tres meses posteriores al parto y 90 días de salario como indemnización. Negó las demás peticiones de la demanda.

EL RECURSO

El apelante impetra la revocación del fallo en forma parcial y solicita acceder al reintegro al que venía ocupando la demandante y el correspondiente pago de salarios y prestaciones dejados de percibir por considerar que en los términos que se ordenó el restablecimiento del derecho en la primera instancia no se está protegiendo la maternidad y por el contrario se está alentando a las entidades públicas para que desconozcan los derechos de la mujer.

LA VISTA FISCAL

La Procuraduría Novena Delegada ante el Consejo de Estado solicita confirmar el fallo en cuanto accedió en forma parcial a las súplicas de la actora y se debe modificar además el numeral 3o. que deniega las demás pretensiones. Considera que si bien es cierto que por lo dispuesto en el artículo 2o. de la Ley 97 de 1938, en donde se estatuye que las circunstancias del embarazo y parto sólo son susceptibles de ser demostradas "... mediante certificado de facultativo..." certificado que no obra en el plenario, también es verdadero que los hechos del embarazo y parto se demostraron plenamente con otros documentos públicos. Aclarado así el aspecto probatorio analiza que las Leyes 53 y 197 de 1938 de protección a la maternidad otorgan un fuero de estabilidad relativa y transitoria que necesariamente restringe el ejercicio de la facultad discrecional de remoción que goza el nominador para empleados que se encuentran dentro del período de gestación o en los tres meses posteriores al parto, en virtud de la protección legal de la Supervivencia de la especie humana.

Al analizar la predicada compatibilidad entre el reintegro y la indemnización por fuero maternal dice que es procedente porque la norma aclara que se puede dar el reintegro "... sin perjuicio de las indemnizaciones a que pudiera dar lugar, conforme a... las disposiciones legales que rigen la materia". No acceder a la pretensión de reintegro implica ni más ni menos que colocar a las madres gestantes o lactantes en inferioridad de condiciones a cualquier otro servidor público que sea ilegalmente desvinculado, el cual sí tendría derecho al reintegro, en caso de que le prospere la nulidad del acto.

Concluye afirmando que los artículos 42 y 43 de la Constitución de 1991, garantizan la protección integral de la familia y concretamente se dispuso que durante el embarazo y después del parto la mujer gozará de especial asistencia y protección del Estado.

CONSIDERACIONES

La protección en el empleo de las mujeres antes y después del parto tienen origen, en el orden internacional desde el mes de junio de 1921, fecha en la cual entró en vigor el Convenio 3, adoptado por la Conferencia Internacional de Trabajo, convenio que fue revisado por el No. 103 en el año de 1952.

Estos convenios internacionales han sido de gran importancia y han influido en nuestra legislación en las oportunidades en que se ha ocupado de regular el tema de la maternidad. También son significativas las recomendaciones Nos. 12 y 95 de la OIT; referidas a la protección antes y después del parto para las mujeres empleadas en agricultura y al descanso por maternidad.

Nuestra legislación considera la maternidad como un hecho biológico de especial protección dadas las implicaciones en la vida del ser humano. En términos legales se inicia la protección con la expedición de la *Ley 53 de 1938* donde se consagra entre otros como derechos para la mujer la licencia remunerada de 8 semanas, la prohibición de despido de su trabajo por motivos de lactancia o embarazo, la indemnización correspondiente a 90 días para la empleada u obrera que sea despedida sin justa causa dentro de períodos de tres (3) meses anteriores y posteriores al parto y por último la licencia remunerada de 2 a 4 semanas en caso de aborto o parto prematuro, de acuerdo con la prescripción médica. Posteriormente, con los *Decretos Nos. 2350 de 1938; 13 de 1967, 995 de 1968, y las Leyes 73 de 1996, 27 de 1974, 50 de 1990 y en el Sector Público el Decreto Ley 3135 de 1968 y su Reglamentario 1848 de 1969* se establece el fuero por maternidad, partiendo de la presunción legal de que el despido se considera ocasionado por motivos de embarazo o de lactancia cuando se produce dentro de unos lapsos previstos en la norma y el empleador dispone el retiro sin haber obtenido autorización favorable del Ministerio de Trabajo. Aún más, la *Ley 50 de 1990*, incluyó la Protección para la Madre Adoptante.

En el año 1991, se elevaron a canon constitucional una serie de principios encaminados a dar especial protección a la familia, a la niñez y a la mujer embarazada. Es así como el *artículo 42* establece que el Estado y la Sociedad deben garantizar la protección integral de la familia; el canon 43 estatuye que durante el embarazo y después del parto gozará la mujer de especial asistencia y protección del Estado y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

Esta disposición no tenía antecedentes normativos en la constitución anterior al consagrar una asistencia especial, durante el embarazo y el postparto, que encierra un criterio amplio de protección social asignada directamente al estado.

Lo anterior sin perjuicio de toda la protección constitucional para los niños y para la familia que están estatuidas en el capítulo de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales de la Constitución vigente, que ratifican en forma concreta la especial protección para la empleada o Trabajadora que se encuentre en estado de embarazo o lactancia.

Estos principios dan base a la Sala para analizar la solicitud de reintegro al cargo de la empleada Beatriz Elena Pulgarín. Está probado en el proceso que la actora efectivamente tenía la calidad de empleada pública de libre nombramiento y remoción al momento de la insubsistencia, a folio 4 del expediente, obra el registro civil de nacimiento de Marcel Valderrama Pulgarín que ocurrió el 10 de noviembre de 1988 quien es hijo de Beatriz Elena Pulgarín y Jorge Luis Valderrama; es lógico afirmar en consecuencia, que si el nacimiento está debidamente demostrado, es superfluo exigir de la empleada, que allegue certificación médica sobre el estado de embarazo para tener derecho a las indemnizaciones legales.

A la fecha de declarar la insubsistencia del nombramiento, 26 de enero de 1989 no había concluido el período de tres (3) meses de protección postparto que otorga la ley, por lo tanto la empleada gozaba del amparo especial para permanecer en su empleo hasta que se cumplieran los términos de protección.

Y esta protección no está únicamente contraída a la cancelación de una suma de dinero (90 días) a título de indemnización, sino que debe incluir además el reintegro al cargo del cual fue desvinculada o a otro de igual o superior categoría porque si no se motivó el acto administrativo de insubsistencia en el cual se consignen las razones o motivos que le asisten a la administración para retirar del servicio a la administrada; que deben ser reales y ciertos y que estar encaminados a la mejora del servicio público, se llega indefectiblemente a la situación de la ficción legal prevista en la norma, es decir, que la insubsistencia tuvo como causa o motivo el embarazo o el estado de lactancia.

Así las cosas y dentro de la teoría del control de los motivos se encuentra que el acto acusado fue expedido con desviación de poder, razón por la cual, el mismo debe ser anulado y a título de restablecimiento del derecho se debe acceder a las peticiones de la demanda.

Esta Corporación al fallar el *Proceso No. 5065* dijo en sentencia de noviembre 3 de 1993, Consejero Ponente, Doctora CLARA FORERO DE CASTRO:

"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 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 del buen servicio para despedir sin expresar la justa causa de que habla la ley, a la empleada embarazada dentro de los plazos en que les estaba prohibido".

En consecuencia se modificará el fallo de la primera instancia en su *numeral 2o.* al ordenar únicamente el pago del valor de la indemnización equivalente a 90 días de salario que da la suma de \$765.990.00, por considerar que no hay lugar al pago de los tres días faltantes para el vencimiento del período, los cuales fueron reconocidos en la sentencia; esto de acuerdo con el *artículo 357 del C.P.C.* por ser un punto que no fue objeto del recurso, pero que es indispensable hacer la modificación por tener íntima relación con el reintegro al cargo. Se revocará además el *numeral 3o.* de la sentencia ordenando por consiguiente el ya anunciado reintegro.

Es procedente advertir que el Consejero Ponente no comparte la tesis mayoritaria de la sala, en cuanto a la orden de que de las condenas se descuenten las sumas que haya recibido el demandante del Tesoro Público por servicios laborales a otras entidades oficiales en el lapso al cual se refieren las mismas, porque considera que aquellas tienen el carácter de indemnización por los perjuicios que genera la ilegalidad del acto y no el de una segunda asignación en los términos de los *artículos 64 de la Constitución de 1886 y 28 de la Ley 91;*

empero por respeto a esa mayoría la incluirá en la parte resolutive sin salvar voto sobre el particular, y únicamente con este acápite aclaratorio.

En cuanto a la condena a la indemnización por el retiro en estado de embarazo, se confirmará habida cuenta de que la parte actora fue la única apelante, y además, en virtud del principio de favorabilidad.

En mérito de 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:

Confírmase el numeral 1o. de la sentencia apelada proferida el diecinueve (19) de enero de mil novecientos noventa y tres (1993) por el Tribunal Administrativo de Antioquia, dentro del proceso iniciado por BEATRIZ ELENA PULGARIN RIOS.

Modifícase el numeral 2o. del mismo proveído en consecuencia el Departamento de Antioquia está obligado a pagar a la demandante la suma de setecientos sesenta y cinco mil novecientos noventa pesos (\$ 765.990.00), de conformidad con la parte motiva.

Revócase el numeral 3o. de la citada sentencia y en su lugar dispone:

a) A título de restablecimiento del derecho, el Departamento de Antioquia, reintegrará a la señora BEATRIZ ELENA PULGARIN RIOS al cargo de Jefe de la Sección de Comunicaciones Nivel Directivo, Categoría IV, Grado 4 adscrito a la Dirección Administrativa de la Gobernación, o a otro igual o de superior categoría y se 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 actora tenga derecho a percibir por licencia de maternidad.

Si la señora Pulgarín Ríos hubiere percibido asignaciones del Tesoro Público o de instituciones en que tenga parte mayoritaria el Estado, la Gobernación de Antioquia hará el descuento correspondiente únicamente por el período en que ello hubiere ocurrido, con el fin de respetar la prohibición contenida en el *artículo 64 de la anterior Constitución y el 128 de la que se encuentra vigente.*

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

Se dará cumplimiento a esta sentencia en el término establecido en el *artículo 176 del Código Contencioso Administrativo* y, observando lo previsto en el inciso final del *artículo 177 ibídem.*

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

El anterior proyecto fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 25 de agosto de 1994.

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

JOAQUÍN BARRETO RUIZ

Presidente

CLARA FORERO DE CASTRO

ALVARO LECOMPTE LUNA

DIEGO YOUNES MORENO

CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA

ENEIDA WADNIPAR RAMOS

Secretaria