

PROTECCION A LA MATERNIDAD / FUERO POR MATERNIDAD / INSUBSISTENCIA - Improcedencia / REINTEGRO

En nuestra legislación la protección a la maternidad se inicia con la expedición de la Ley 53 de 1938 donde se consagran los derechos para la mujer embarazada y la prohibición de despido de su trabajo por motivo de lactancia o embarazo. Posteriormente, con los Decretos Nos. 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 del Decreto Ley 3135 de 1968 y su Reglamentario el 1848 de 1969 se establece el lucro por maternidad, sin olvidar que esa protección ha cobijado tanto a las trabajadoras del sector público como a las del sector privado. La reglamentación parte de la presunción legal; de que el despido se considera ocasionado por motivos de embarazo o de lactancia cuando se produce dentro de los lapsos de tiempo establecidos en la norma y el empleador dispone el retiro del servicio sin haber obtenido la autorización del Ministerio de Trabajo. A más de lo anterior la Ley 50 de 1990 extendió esta protección incluso para la madre adoptante.

RECURSO DE APELACION - Delimitación

Así como la demanda establece el marco de juzgamiento dentro del cual se debe analizar la juridicidad del acto cuya nulidad se impetra, el recurso de apelación delimita así mismo las razones que debe atender el *ad-quem*, para modificar, revocar, o confirmar la decisión. Por ende como la demandante se conformó con la sentencia proferida por el Tribunal, la Sala, sólo puede referirse a los motivos de inconformidad planteados por la Administración según voces del artículo 357 del C.P.C., ya que no es posible hacer más gravosa la situación del único apelante, y por esta razón no es posible en esta instancia conceder el reintegro.

NOTA DE RELATORIA: Se reitera la sentencia de 3 de noviembre de 1993. Expediente 5065, Ponente: Dra. Clara Forero de Castro.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA

Santa Fe de Bogotá. D.C., marzo diez (10) de mil novecientos noventa y cinco (1995)

Radicación número: 8928

Actor: JEAN CUERVO CHAVERRA

Demandado: ALCALDIA MUNICIPAL DE BARRANQUILLA

Decide la Sala el recurso de apelación, interpuesto por la entidad demandada, contra la sentencia de fecha 28 de julio de 1993, proferida por el Tribunal

Administrativo de Atlántico, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

LA DEMANDA:

En el libelo correspondiente (fl 7-15) la parte actora ejercitó la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de que trata el artículo 85 del C.C.A. contra el Decreto No. 474 de 1990, expedido por el alcalde de Barranquilla por medio del cual se declaró insubsistente en el cargo de Consultor Jurídico del Departamento Administrativo de Planeación Municipal a la señora Jean Cuervo Chaverra.

A título de restablecimiento del derecho lesionado se pide el reintegro de la demandante al mismo cargo del cual fue separada ilegalmente, o a otro de igual o superior categoría o nivel. Y se cancelen por parte del municipio de Barranquilla el monto total de los salarios, primas, bonificaciones, auxilios, aumentos y demás prestaciones sociales de carácter económico a que tiene derecho desde la fecha de desvinculación hasta cuando sea legalmente reintegrada.

Que para todos los efectos legales se considere que no ha existido solución de continuidad en el trabajo prestado por la demandante.

Que el Municipio de Barranquilla le cancele la indemnización de sesenta días de sueldo y el pago de 8 semanas de descanso remunerado. Por último, que el Municipio de Barranquilla dé cumplimiento a la sentencia dentro del término señalado por los artículos 176 y 177 de C.C.A.

Como hechos que sirven de fundamento a la presente demanda narra los siguientes:

Que se vinculó al Municipio de Barranquilla el 2 de febrero de 1990, nombramiento que se realizó mediante Decreto No. 079 de enero 29 de 1990 en el cargo de Consultor Jurídico del Departamento Administrativo de Planeación Municipal; el cargo lo desempeñó hasta el 21 de mayo de 1990, fecha en que presuntamente fue declarada insubsistente mediante Decreto No. 474 de 1990 (sin fecha) expedido por el Alcalde de Barranquilla.

Que cuando se produjo la desvinculación se encontraba en estado de embarazo; situación que había sido comunicada oportunamente al señor Guillermo Ariza Cabrera, Asistente General del Departamento Administrativo de Planeación Municipal, quien recibió las incapacidades entregadas por Jacquelin Cuervo, hermana de la actora y las envió a la Caja de Previsión Social.

Además la oficina de Planeación Municipal tenía pleno conocimiento del estado de gravidez de la demandante porque ya había estado incapacitada en varios períodos. Indica que en el desempeño del cargo no fue ni siquiera amonestada, ni cometió falta alguna que pudiera ser motivo de la desvinculación.

NORMAS VIOLADAS:

Se citan como disposiciones violadas con el acto acusado las siguientes: Ley 53 de 1938 artículos 2 y 3; Código Contencioso Administrativo, artículo 66; Decreto No. 1632 de 1938, artículo 10 Código de Régimen Político y Municipal; artículo 56 Código de Procedimiento Civil artículos 176 y 177; Decreto 2127 de 1945, artículo 48; Ley 6a de 1945 artículo 17.

LA SENTENCIA:

El Tribunal del conocimiento le puso fin a la primera instancia, accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda con la consideración que dentro del plenario se demostró que la demandante se encontraba en estado de embarazo cuando se produjo la desvinculación; pero no accedió al reintegro porque estimó que no tenía fundamento legal, ya que la demandante no estaba inscrita en la carrera administrativa, su cargo era de libre nombramiento y remoción, con la limitación del fuero materno que fue violado y en consecuencia la sanción está contemplada en la Ley 53 de 1938, artículo 1, 2 y 3.

EL RECURSO:

La parte demandada en tiempo interpuso recurso de apelación contra la decisión del *a-quo*, con la fundamentación de que demandante no comunicó oportunamente en la entidad nominadora sobre su estado de gravidez, ya que la demandada solo se enteró de las causas de las incapacidades el 25 de mayo de 1990, con posterioridad a la elaboración del decreto de insubsistencia (fl. 92 y 93)

EL CONCEPTO FISCAL:

La Procuradora Novena Delegada ante esta Corporación, en el concepto de folios 101-107, manifiesta que la sentencia de primera instancia se encuentra acorde con la realidad procesal, por lo que amerita ser confirmada.

Sostiene que en relación con el reintegro que fue negado, no es posible pronunciamiento diferente porque la actora se conformó con la decisión al no apelarla.

Como no se observa causal que invalide lo actuado, la Sala procede a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Dirá la Sala en primer término que el acto acusado es de los llamados discrecionales. Por él se declaró la insubsistencia del nombramiento de un empleado público no vinculado a carrera alguna, y por lo tanto de libre remoción por la autoridad nominadora.

Se desprende de autos que la demandante fue nombrada por Decreto No. 079 de 29 de enero de 1990 (fl. 6) en el cargo de Consultor Jurídico del Departamento Administrativo de Planeación de la Secretaría de Planeación Municipal.

Mediante Decreto No. 474 del 21 de mayo de 1990 (fl. 19-20) el Alcalde de Barranquilla en uso de sus facultades legales declaró insubsistente el nombramiento de Jean Cuervo Ch., en el cargo ya citado.

En el caso de autos pretende la nulidad del actor administrativo por medio del cual se declaró insubsistente a la actora, en razón a que se encontraba para tal época en estado de gravidez, del cual había dado aviso en la entidad demandada. En nuestra legislación la protección a la maternidad se inicia con la expedición de la Ley 53 de 1938 donde se consagran los derechos para la mujer embarazada y la prohibición de despido de su trabajo por motivos de lactancia o embarazo.

Posteriormente con los Decretos Nos. 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 en su Reglamentario el 1848 de 1969 se establece el fuero

por maternidad, sin olvidar que esta protección ha cobijado tanto a las trabajadoras del sector público como a las del sector privado.

Esta reglamentación parte de la presunción legal de que el despido se considera ocasionado por motivos de embarazo o de lactancia cuando se produce dentro de los lapsos de tiempo establecidos en la norma y el empleador dispone el retiro del servicio sin haber obtenido la autorización del Ministerio de Trabajo. A más de lo anterior la Ley 50 de 1990 extendió esta protección incluso para la Madre Adoptante. Con las diligencias de Inspección Judicial practicada por el *aquo* (fl. 44) a las dependencias de la Caja de Previsión Municipal, se encontró en el folder correspondiente a la demandante una certificación médica de fecha mayo 14 de 1990, expedida por el Doctor Edgar Meza Díaz granados en la que consta que la señora Jean Cuervo de Romero está incapacitada para trabajar a partir de la fecha durante 8 días por amenaza de aborto.

Para corroborar lo anterior, se recepcionó la declaración del Dr. Edgar Claver Díaz granados, médico que atendió a la actora en el control prenatal y posterior parto, pero con la aclaración que no integra el cuerpo médico de la Caja de Previsión Social (fl. 45); narra que en el mes de mayo, el día 12 de 1990, se tuvo la certeza que la señora Jean se encontraba en embarazo, fecha en que se hizo el diagnóstico clínico. Explica que en dos oportunidades le expidió incapacidades por amenaza de aborto a partir de 14 de mayo al 21 de 1990 y de 22 de mayo a junio 5 de 1990, datos que se encuentran en la historia clínica de la paciente.

El artículo 1o. de la Ley 53 de 1938 determina:

“Toda mujer en estado de embarazo, que trabaje en oficinas o empresas de carácter oficial o particular, tendrá derecho en la época del parto, a una licencia remunerada de ocho semanas”.

El artículo 2o. *ibídem* señala:

“No podrá despedirse de su oficio a ninguna empleada u obrera por motivos de embarazo o lactancia, y se conservará el puesto a la que se ausente por causa de enfermedad proveniente de su estado”

El artículo 3o. de la misma normatividad preceptúa:

“La mujer que sea despedida sin causa que justifique ampliamente dentro del período de embarazo y los tres meses posteriores al parto, comprobada esta circunstancia mediante certificado facultativo, sin perjuicio de las indemnizaciones a que pudiera dar lugar, conforme a los contratos de trabajo, o a las disposiciones legales que rigen la materia, tiene derecho a los salarios correspondientes a noventa días.”

De otro lado el Decreto No. 1632, artículo 10 a la letra dice:

“Cuando el patrono crea tener justa causa para el despido de una trabajadora embarazada deberá en cada caso dar aviso al respectivo inspector de trabajo (hoy División Regional del Trabajo). Sin concepto favorable del Inspector no podrá hacerse el despido.

PARAGRAFO.- En los lugares donde no exista funcionario dependiente del Departamento General del Trabajo, este aviso será dado ante el Alcalde, quien en

caso de autorizar el despido de la trabajadora, lo hará con carácter provisional. De esta diligencia se levantará acta firmada por el Alcalde, el patrono, la mujer trabajadora o quien la represente, y dos testigos. El despido tendrá carácter definitivo, una vez emitido concepto favorable por el funcionario del trabajo residente en el lugar más cercano, quien igualmente podrá revocar la Resolución del Alcalde en uno u otro sentido...”

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 alguna, y que ese estado era conocido por la demandada que la declaró insubsistente.

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 exponiendo la justa causa que obligaba al retiro.

La jurisprudencia del Consejo de Estado en cuanto al reintegro en el cargo de la mujer -retirada del servicio en estado de embarazo- a partir del 3 de noviembre de 1993, con ponencia de la Doctora CLARA FORERO DE CASTRO, Exp. No. 5065, actora Doris Mercedes Prada, es la de sostener que en estos casos sí es procedente el reintegro al cargo, salvo cuando la autoridad nominada demuestre dentro del proceso, que tuvo razones de buen servicio para despedir sin expresar la justa causa, a la empleada embarazada.

En la sentencia en cita se dijo:

“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 43, 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...”

Por último, dirá la Sala que así como la demanda establece el marco de juzgamiento dentro del cual se debe analizar la juridicidad del acto cuya nulidad se impetra, el recurso de apelación delimita así mismo las razones que debe atender el *ad-quem*, para modificar, revocar, o confirmar la decisión. Por ende como la demandante se conformó con la sentencia proferida por el Tribunal, la Sala puede referirse a los motivos de inconformidad planteados por la Administración, según las voces del artículo 357 del C.P.C., ya que no es posible hacer más gravosa la situación del único apelante, y por está razón no es posible en esta instancia conceder el reintegro.

En este orden de ideas la sentencia objeto de la alzada merece ser confirmada.

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:

Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, el veintiocho (28) de julio de mil novecientos noventa y tres (1993), recaída en el proceso promovido por la señora JEAN CUERVO CHAVERRA.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 16 de febrero de 1995.

JOAQUIN BARRETO RUIZ

CLARA FORERO DE CASTRO

ALVARO LECOMPTE LUNA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

CARLOS ARTURO ORJUELA G.

DIEGO YOUNES MORENO

**MYRIAM C. VIRACACHA SANDOVAL
SECRETARIA (E)**