

FUERO DE MATERNIDAD – Regulación legal / RENUNCIA PROTOCOLARIA DE MUJER EMBARAZADA – No debe ser en igualdad de condiciones que los demás empleados de libre nombramiento y remoción / CARGO DE CONFIANZA Y MANEJO / PROTECCIÓN LABORAL REFORZADA

En consideración a la experiencia y capacidad de los funcionarios de confianza, frente a ellos tiene menor incidencia la exhortación a una renuncia voluntaria. No obstante, las cosas cambian cuando se trata de una funcionaria en estado de embarazo, pues esa condición, siempre ha sido objeto de especial consideración por la Constitución, la ley y la jurisprudencia. La situación de la mujer embarazada sí afecta sus decisiones, en particular porque no se la puede tomar en condiciones de igualdad con los demás empleados de libre nombramiento y remoción que presentan una renuncia. Por lo demás, de modo general cuando la mujer embarazada suscribe una renuncia protocolaria, puede esperar razonablemente que esa situación especial sea tomada en cuenta por el destinatario de la renuncia para que sus derechos sean salvaguardados. La demandante razonablemente se forjó la expectativa legítima de que su condición de gestante, sería tomada en cuenta para no admitirle la renuncia. Esa expectativa legítima viene fortalecida por el entorno constitucional, legislativo y jurisprudencial, que otorgan una protección judicial reforzada a la mujer en estado de embarazo. Dicho en breve, había suficientes vestigios para que la demandante esperara fundadamente que su renuncia, a pesar de ser voluntaria, no pasara de ser simplemente protocolaria, atendido su embarazo y las señales tranquilizantes que le brindó la nueva administración, y lo que la ley manda sobre la protección especial a la mujer en estado de embarazo. En el caso presente, no se ha negado ni discutido, que hubo sugerencia de que fuera presentada la renuncia, tanto, que es innegable que ella fue colectiva. Además, está demostrado que la administración fue advertida del estado de embarazo y lo que es más significativo, tanto el asesor como el Secretario que comunicaron el deseo del nuevo Gerente de que se presentara esa renuncia colectiva, hizo creer fundadamente a la demandante, que por su estado de embarazo esa renuncia no sería aceptada. Es decir, en la demandante razonablemente se forjó la expectativa legítima de que su condición de gestante, sería tomada en cuenta para no admitirle la renuncia.

NOTA DE RELATORÍA : Sobre que no toda insinuación de la renuncia afecta la voluntad del empleado, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 27 de marzo de 2008 ,C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 43 / LEY 53 DE 1938 / LEY 197 DE 1938 / DECRETO 3135 DE 1968 / DECRETO 1848 DE 1969 / LEY 50 DE 1990

RENUNCIA DE EMPLEADO DE CONFIANZA Y MANEJO -Insinuación

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha determinado que no toda insinuación de renuncia suprime o elimina la voluntad del empleado, ni le coloca en la alternativa inexorable de retirarse del cargo. Esta opción interpretativa toma en cuenta que los empleos de libre nombramiento y remoción, por su importancia son desempeñados por funcionarios de gran experiencia y versación, quienes por excelencia son profesionales de vasta capacidad y trayectoria, lo que garantiza que estén familiarizados con la toma de decisiones de gravedad e importancia. Por esa circunstancia, cuando un funcionario de confianza y manejo adopta la decisión de renunciar, se supone que ese acto de renuncia está precedido de

suficiente maduración, reposo y reflexión; por lo mismo, en principio la renuncia no es fruto del temor o la reverencia.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "B"

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá D.C., diez (10) de junio de dos mil diez (2010).

Radicación número: 15001-23-31-000-1999-01687-01(2723-08)

Actor: LUZ ONEIDA FORERO GUERRERO

Demandado: DEPARTAMENTO DE BOYACA

AUTORIDADES DEPARTAMENTALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandada, contra la sentencia proferida el 27 de marzo de 2008 por el Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante la cual accedió a las pretensiones de la demanda instaurada por Luz Oneida Forero Guerrero contra el Departamento de Boyacá.

LA DEMANDA

LUZ ONEIDA FORERO GUERRERO, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A., solicitó ante el Tribunal Administrativo de Boyacá, declarar la nulidad del siguiente acto administrativo:

- La Resolución No. 0747 del 31 de mayo de 1999, emitida por el Gerente de la Lotería de Boyacá, por medio de la cual, en el artículo undécimo, aceptó la renuncia presentada por la demandante al cargo de Tesorera de la entidad.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, reclamó:

- Se ordene el reintegro a la demandante al cargo que ostentaba al momento de su desvinculación.
-
- Condenar a la entidad a pagar a la actora el valor de los sueldos, primas, bonificaciones, vacaciones, cesantías, intereses, aportes pensionales y de seguridad social, subsidios con los incrementos que se produzcan desde la fecha del retiro del servicio, hasta cuando ocurra el reintegro.
-
- Ordenar que para todos los efectos laborales, salariales y prestacionales, no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio.
- Disponer que la sentencia se cumpla en los términos señalados en el artículo 176 del C.C.A.

Las pretensiones tienen apoyo en los siguientes hechos:

La demandante se vinculó a la entidad en el cargo de Tesorera, Código 202, grado 6º, a partir del día 1º de febrero de 1999 y se mantuvo en dicho empleo hasta el 1º de junio del mismo año.

Producido el cambio de Gerente de la Lotería de Boyacá, el Secretario General de la entidad solicitó la renuncia a los funcionarios de libre nombramiento y remoción, incluida la demandante.

Narra la demandante que en la Oficina del Asesor Jurídico, éste le manifestó que *“tenían que subir donde Farfán a firmar la renuncia”*, situación que le causó sorpresa; por ende, le comunicó que no renunciaría porque se encontraba embarazada. A ello respondió el Asesor que *“no se preocupara pues se trataba de una renuncia protocolaria que todos iban a firmar y que a ella no se le iba a aceptar”*.

Una vez en la Oficina del Secretario General, éste le expresó *“venga doctora que necesitamos que firme la renuncia ya todos firmamos”*, a lo que ella respondió que no podía renunciar, pues se encontraba embarazada, el secretario le expresó que se trataba de una renuncia meramente protocolaria, *“que era lo acostumbrado cada que cambiaban de gerente (...) además, le aseguró que no le iban a aceptar”*

la renuncia, asegurándole que tampoco la podían ‘sacar’; en ese entendimiento, confiada en la buena fe de esas personas, la Actora firmó, contra su voluntad, nunca de manera espontánea, libre y voluntaria.”

La demandante se encontraba en estado de embarazo cuando hubo el retiro del servicio causado por su renuncia, empero, ella había informado a la entidad oportunamente y de manera idónea, a través del correspondiente certificado médico, desde el día 24 de abril de 1999.

Advierte que prestó sus servicios a la entidad de manera eficiente, idónea, responsable, honorable, irreprochable y honesta.

LAS NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

De la Constitución Política, los artículos 13, 25, 43, 53 y 125.

Del Decreto No. 3135 de 1968, el artículo 21.

La Ley 53 de 1938.

De la Ley 197 de 1938, el artículo 2º.

Del Decreto 1848 de 1960, los artículos 39 y 40.

De la Ley 50 de 1990, los artículos 33 y 35.

El Decreto 2400 de 1968.

El Decreto 1950 de 1973.

Con la expedición del acto, la Administración desconoció el derecho fundamental de la mujer embarazada a no ser discriminada, por ende, no podía ser retirada del servicio, pues el estado de embarazo hace presumir que el retiro está fundado en dicha situación. Igualmente, con la conducta de la demandada se lesiona el derecho al trabajo y se mengua la especial protección que merece la mujer trabajadora, con mayor razón si se halla en estado de embarazo. La demandada sabía del estado de gravidez de la funcionaria, y además se indujo forzosamente su retiro bajo el disfraz de una renuncia protocolaria.

Fueron trasgredidas las Leyes 53 de 1938 y 197 de 1938, normas que prohíben despedir a la mujer en estado de gestación y lactancia, pues hay la presunción de que el retiro tiene como única causa la gravidez de la empleada.

Por lo demás, el artículo 21 del Decreto No. 3135 de 1968, sanciona el despido durante el estado de embarazo y los tres meses posteriores al parto o al aborto, retiro que solo procede *"por justa causa comprobada y mediante autorización del inspector de trabajo"* si es trabajadora oficial, o mediante resolución motivada del jefe del organismo, si la embarazada es empleada pública.

Se consideran vulnerados los Decretos Nos. 2400 de 1968, artículo 27 y 1950 de 1973, artículos 110 a 116, según los cuales la renuncia debe ser escrita, espontánea e inequívoca; en el sub lite, hubo una *"renuncia exigida"*, que cobijó a la señora Forero Guerrero y a los demás empleados de libre nombramiento y remoción.

CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

La Lotería de Boyacá, se pronunció sobre cada uno de los hechos enunciados en la demanda y replicó a las pretensiones con base en los siguientes argumentos (Fls. 35 a 40):

Aduce que no existe un acto directo de desvinculación de la demandante, por el contrario, se admitió la renuncia presentada por ella, quien además no agotó la vía gubernativa. A juicio de la demandada *"cuando se trata de actos de desvinculación no se requiere agotar la vía gubernativa, en el presente caso, si bien es cierto que en últimas, la demandante se desvinculó de la entidad demandada, su vínculo legal y reglamentario terminó por su decisión y no por el (sic) de la administración"*. Añade que la administración no tuvo la ocasión de revisar si la demandante podía tener razón, porque ella no se dirigió directamente a la entidad plantea primero su reclamo por vía administrativa.

La demanda contra el *"Instituto de Beneficencia y Lotería de Boyacá"* no es idónea por confusión con la Beneficencia, que es una institución diferente el *"instituto"*. No obstante, de manera inexplicable el *a quo*, corrigió de oficio la demanda, y notificó a la Empresa Industrial y Comercial del Departamento de Boyacá *"Lotería de Boyacá"*.

A pesar de la importancia de los derechos de las futuras madres, en este caso el retiro fue una decisión libre, lícitamente aceptada por el empleador.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante la Sentencia de 27 de marzo de 2008, accedió a las pretensiones de la demandante, decisión judicial amparada en los siguientes argumentos (Fls. 122 a 138):

Con sujeción al artículo 125 de la Carta, la actora no gozaba de estabilidad en el cargo, puesto que no ingresó por el sistema de mérito ni mediante concurso público; en consecuencia, su nombramiento fue hecho en provisionalidad, despojado por tanto de inamovilidad propia de los funcionarios de carrera.

No obstante que la demandante carece de estabilidad legal, ello no impide examinar si la renuncia fue una decisión espontánea, libre, soberana y voluntaria para definir así la legalidad del proceder de la administración.

El Tribunal echó mano tanto del artículo 27 del Decreto Ley 2400 de 1968, como del Decreto No.1950 de 1973, con fundamento en los cuales concluyó que la renuncia debe ser voluntaria, libre y espontánea, como ha determinado el Consejo de Estado, entre otras en la Sentencia de 19 de abril de 2007, Consejero Ponente: Dr. Jaime Moreno García. Sentadas esas condiciones de la renuncia, determinó el Tribunal que la renuncia presentada por la demandante no se ajustó a la ley, porque ella fue resultado de la presión y el engaño, pues a la empleada se le dijo que se trataba de una renuncia protocolaria, bajo la garantía de que no sería aceptada. No hubo entonces voluntariedad ni espontaneidad, sino inducción al engaño, como muestran las pruebas:

Así Gladys Álvarez Salamanca, quien a pesar de no haber presenciado los hechos, se enteró de ellos porque tal cosa expresaban todos sus compañeros, que señalaban cómo el Secretario General, José Armando Farfán, hizo la misma maniobra con la señora Forero Guerrero, a quien presionó en la llamada “renuncia protocolaria”. (fls 47 a 50)

Declaró Joselín Estupiñán Amaya, ex funcionario de la Lotería de Boyacá, quien reveló que *“...el señor secretario general nos manifestó que a raíz del cambio de gerente de la lotería era conveniente que todos presentáramos renuncia protocolaria para dejar al nuevo gerente en libertad de conformar su nuevo equipo de trabajo. A ésta reunión en principio faltó la Doctora Luz Oneida Forero, y el*

secretario general la mandó llamar, ella fue, estando allí el Secretario General le dijo que renunciara protocolariamente, que esa posiblemente no le sería aceptada, ella se rehusó a hacerlo por cuanto manifestó que se encontraba en estado de embarazo y que ya con anterioridad había informado a la oficina de personal.(...). Me entere por comentarios de compañeros y de él mismo, del secretario, de que había dialogado con ella y le había prometido que no le aceptaría la renuncia pero que de todas maneras fuera y la presentara de forma protocolaria (...) " .

En síntesis, para el Tribunal la renuncia no fue voluntaria, ni libre, ni espontánea, en tanto la demandante fue presionada y engañada. La presión consistió en que el Secretario General forzó su presencia en una reunión en la Secretaría General, y en la insistencia en una renuncia "*protocolaria*"; que ella rechazó amparada en su estado de embarazo, ante la cual la tranquilizaron con que no sería aceptada.

La ausencia de voluntad, el engaño y la promesa incumplida, vician de ilegalidad el acto acusado. Además de ello en la Resolución 747, expedida el 31 de mayo de 1999, por la que se aceptó la renuncia, no se especificó la fecha de separación del cargo, lo que viola la ley. La actora renunció "*a partir de la fecha*", 24 de mayo de 1999, y la aceptación se produjo el 31 de mayo de 1999, sin que se estableciera exactamente la fecha de retiro. Se trata entonces de una renuncia prohibida por el ordenamiento, resultado de la coacción y el engaño, ilegalmente aceptada y por lo mismo contraria al ordenamiento jurídico.

En lo que toca con la gravidez de la demandante es claro que las directivas conocían de tal embarazo, lo que se demuestra con las siguientes pruebas:

- Constancia del control prenatal al cual asistía la actora, expedida por la E.P.S. "Saludcoop" el 29 de abril de 1999, donde se manifestó que se para la fecha de expedición de la constancia, se encontraba en control prenatal en esa institución y contaba con 12 semanas de gestación (fl. 7)
- Testimonio de la señora Gladys Álvarez Salamanca, donde manifestó que: "*Para el caso particular de la Señora Oneida, por comentarios de los compañeros y propio, dado su estado de gravidez, de aproximadamente cuatro meses, no creíamos que se le fuera a aceptar la renuncia amén de que era hecho notorio para todos el abultamiento del vientre*"

Las madres en estado de gestación y de lactancia deben recibir la especial protección a la maternidad, porque tal obligación constitucional se desprende de los artículos 43 y 56 de la Carta.

Igualmente el artículo 3º de la Ley 53 de 1938, modificado por el artículo 20 de la Ley 197 de 1938, así como los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, protegen la maternidad. En el mismo sentido la Ley 50 de 1990, en su artículo 35, modificó el artículo 239 del C.S.T.

Con sujeción a esta normatividad para el legislador la mujer en estado de embarazo, o en periodo de lactancia, merece especial protección, lo que adquiere mayor énfasis si el empleador tiene conocimiento de la particular situación, protección que le otorga estabilidad laboral.

Por todo lo anterior, la coacción o engaño de que fue víctima tiene relación directa con el despido a sabiendas de que la empleada estaba embarazada, y las directivas considerando el fuero no debieron aceptar la renuncia.

La administración obró irregularmente, al dar por terminado el vínculo laboral que tenía con la señora Luz Oneida Forero Guerrero, a sabiendas de que al momento del retiro estaba embarazada, y que fue inducida a engaño para renunciar. Además el acto que contiene la aceptación de su retiro no se definió la fecha exacta en que éste se produciría.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La entidad demandada pidió revocar la sentencia de primera instancia, para sustentar la impugnación plantea los siguientes argumentos (Fls. 212 a 218):

Como el cargo que ocupaba la demandante era un empleo de libre nombramiento y remoción, ella y otros empleados presentaron renuncia, para permitir al Gerente entrante conformar un grupo de trabajo de su entera confianza y así adelantar su gestión y sus políticas. La señora Luz Oneida Forero Guerrero, cuando renunció gozaba de plena capacidad y suficiente raciocinio, pues el embarazo no le impedía discernir, contaba con los elementos de juicio y la conciencia de su estado de maternidad.

Quienes suscribieron el documento de 24 de mayo de 1999, entre ellos la señora Luz Oneida Forero Guerrero, expresaron su deseo de renunciar ante el nuevo gerente, lo hicieron en forma libre y sin ningún tipo de constreñimiento. Esa renuncia tenía el único propósito de permitir que el Gerente entrante organizara su propio equipo de trabajo.

Para el recurrente no hay la ilegalidad del acto administrativo, artículo 11 de la Resolución No 0747 de 31 de mayo de 1999, toda vez que éste fue proferido como consecuencia de la discrecionalidad de quien renuncia, así se halle en estado de gravidez.

Si bien, la legislación protege a la mujer y al que está por nacer, la madre tiene la libertad de elegir a su conveniencia, incluso declinar su estabilidad laboral.

Para la parte demandada las normas citadas en la sentencia recurrida, tratan del despido, pero no comprenden el caso de quien renuncia voluntariamente.

Cita decisiones del Consejo de Estado, según las cuales puede pedirse la renuncia a los funcionarios de libre nombramiento y remoción, para permitir al nuevo administrador quedar en la libertad de organizar su equipo de trabajo, así en Sentencia de esta Sección Segunda, subsección A, proferida dentro del proceso No. 227303 el 6 de mayo de 2004, Magistrado Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicación número 25000-23-25-000-2003-00260-01 (6881-05).

EI CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Ministerio Público, se abstuvo de conceptuar en el presente asunto.

CONSIDERACIONES

Para decidir el presente asunto es menester abordar los siguientes problemas jurídicos: 1.- El efecto de la renuncia protocolaria respecto de los cargos de libre nombramiento y remoción y 2.- Si gozaba la demandante de la especial protección que merece la mujer embarazada en sus relaciones laborales.

Para desatar la cuestión que exige la atención de la Sala, se encuentran probados los siguientes hechos:

- Copia de la Resolución No. 0747 de 31 de mayo de 1999, expedida por el Gerente de la Lotería de Boyacá, mediante la cual se causaron novedades de personal, en especial ratificar en sus cargos a algunos funcionarios; aceptar la renuncia de otros, incluyendo a la demandante y efectuar algunos nombramientos (Fls. 2 y 3).
- Copia de la renuncia colectiva presentada el 24 de mayo de 1999 por los siguientes funcionarios de la Lotería de Boyacá: José Armando Farfán, Abel Fuentes Galvis, Sonia Leonor Castro, Gladys Álvarez, José Agustín Becerra, Joselín Estupiñán, Hilda Lucía Jiménez, Carlos Arturo Caro, Eduardo Hernandez, Germán Barbosa, Jorge Díaz, y Luz Oneida Forero (Fl. 4).
- Certificación del tiempo de servicios de la demandante como Tesorera, Código 201 Grado 06 de la Lotería de Boyacá, donde consta que laboró desde el 1º de febrero de 1999, hasta el 1º de junio de 1999 (Fl. 6).
- Constancia del control prenatal al cual asistía la actora, expedida por la E.P.S. "Saludcoop" el 29 de abril de 1999 (Fl. 7).
- Copia del Decreto No. 000722 de 1996, sobre existencia y representación legal de la Lotería de Boyacá, del que se desprende que la Lotería de Boyacá es una Empresa Industrial y Comercial del Departamento de Boyacá, vinculada a la Administración Departamental; que es función del gerente nombrar y remover el personal de la Lotería de Boyacá, de acuerdo con el régimen de personal propio de una Empresa Industrial y Comercial del Estado (Fls. 22 a 31)
- Copia del Decreto No. 1107 de 2000, mediante el cual se nombró al doctor José Armando Farfán López, como Gerente (E) de la Lotería de Boyacá. (Fl. 32)
- Copia del Acta de posesión del Doctor Jose Armando Farfán López, como Gerente (E) de la Lotería de Boyacá. (Fl.33)
- Constancia del ejercicio actual de funciones del Doctor José Armando Farfán López como Gerente (E) de la Lotería de Boyacá. (Fl. 34)
- Diligencia de recepción del testimonio de Gladys Álvarez Salamanca (Fls. 47 a 50)
- Diligencia de recepción del testimonio de Joselín Estupiñán Amaya. (Fls 73 a 75)
- Obra copia del acta de conciliación prejudicial, realizada el 21 de febrero de 2002 por la Procuraduría Judicial 18 ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá. (Fls. 8 a 10).

1.- Sobre la renuncia sugerida o provocada.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha determinado que no toda insinuación de renuncia suprime o elimina la voluntad del empleado, ni le coloca en la alternativa inexorable de retirarse del cargo. Esta opción interpretativa toma en cuenta que los empleos de libre nombramiento y remoción, por su importancia son desempeñados por funcionarios de gran experiencia y versación, quienes por excelencia son profesionales de vasta capacidad y trayectoria, lo que garantiza que estén familiarizados con la toma de decisiones de gravedad e importancia. Por esa circunstancia, cuando un funcionario de confianza y manejo adopta la decisión de renunciar, se supone que ese acto de renuncia está precedido de suficiente maduración, reposo y reflexión; por lo mismo, en principio la renuncia no es fruto del temor o la reverencia. Así se ha pronunciado la jurisprudencia en casos semejantes:

“Además, en reiterada jurisprudencia de la Subsección “A” de la Sección Segunda de esta Corporación¹ la simple insinuación o solicitud de renuncia por sí misma no constituye una coacción invencible que elimine el acto voluntario porque frente a dichas propuestas, el empleado puede desechar la oferta, insinuación o solicitud sin que ello le acarree consecuencias desfavorables. En el presente caso frente a la solicitud del nominador, como ya se dijo, bien pudo el demandante optar de forma diferente y no lo hizo. No resulta válido entonces desconocer posteriormente el contenido de su voluntad expresada sin coacción, para deshacer una situación jurídica que con la aceptación se hizo irrevocable. En efecto, ha sostenido esta Corporación en reiteradas oportunidades que la presentación de esta clase de renunciaciones, suscritas por personas que tienen calidades profesionales y un alto status jerárquico, como es el caso del actor, en atención a la discrecionalidad de que goza el nominador para separarlos del servicio, no irradia un propósito que pueda calificarse como torcido, sino que tal postura atiende a consideraciones de índole peculiar dada la importancia del cargo, que le permiten al respectivo funcionario desvincularse de una manera más decorosa de la entidad. Además, las renunciaciones protocolarias obedecen a la llegada de un nuevo Jefe y tienen por objeto dejarlo en libertad para reorganizar la respectiva entidad, de manera que por razones administrativas pueda aceptar las que estime convenientes e inadmitir la de los funcionarios que considere le pueden colaborar adecuadamente en su gestión.”²

¹ Entre otras, sentencia del 6 de mayo de 2004. Expediente número 2273-03.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección “A”, consejero ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, 27 de marzo de 2008, Referencia N°: 25000 23 25 000 2003 00260 01, (6881-05), Actor: Evaristo Barreto Bustos, demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje - Sena

En el mismo sentido puede verse la Sentencia de 8 de febrero de 2001, Expediente 1904-2000, Consejero Ponente: Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado.

Puestas así las cosas, no toda insinuación de renuncia doblega la voluntad del empleado, ni se erige en un caso de abuso de la discrecionalidad, pues siempre cabe la posibilidad de que el funcionario resista la sugerencia o la presión que sobre él se cierne, en tanto normalmente es una persona acostumbrada a manejar circunstancias adversas y conocedora de cómo opera la administración pública.

Se resalta que los empleos de libre nombramiento y remoción pertenecen al entorno más cercano de los presidentes, directores, gerentes, representantes de la institución, es decir son la propia dirección, como tales conocen, manejan situaciones de crisis, expresan y ejecutan las ideas y las políticas del director. Por lo mismo no puede tomárseles como personas vulnerables ni objeto de fácil manipulación mediante una simple solicitud de renuncia.

2.- Sobre el entorno normativo general de la protección a la mujer embarazada.

La Constitución Nacional se ocupa del estatus de la mujer embarazada en las normas que aluden a los derechos sexuales y reproductivos y a la maternidad:

"ART. 43.-La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.

(...)

ART. 53.-El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y

al trabajador menor de edad ...

(...) La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores."

Antes de la Constitución de 1991, la Ley 53 de 1938 "por la cual se protege la maternidad", había establecido:

"Art. 3º. La mujer que sea despedida sin causa que se justifique ampliamente, dentro de los tres meses anteriores o posteriores al parto, comprobada esta circunstancia mediante certificado de facultativo, sin perjuicio de las indemnizaciones a que pudiere dar lugar con forme a los contratos de trabajo o a las disposiciones legales que rijan la materia, tiene derecho a los salarios correspondientes a noventa días."

La Ley 197 de 1938 modificó el anterior precepto, y a propósito dispuso:

"Art. 20. El artículo 30 de la Ley 53 de 1938 quedará así: la mujer que sea despedida sin causa que justifique ampliamente dentro del período del embarazo y los tres meses posteriores al parto. Comprobada esta circunstancia mediante certificado de 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."

Igualmente el Decreto No. 3135 de 1968 previó:

"Art. 21. Prohibición de despido. Durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto o aborto, sólo podrá efectuarse el retiro por justa causa comprobada, y mediante autorización del Inspector del Trabajo si se trata de trabajadora, o por resolución motivada del Jefe del respectivo organismo se trata de empleada"

Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo cuando ha tenido lugar dentro de los periodos señalados en el inciso anterior sin las formalidades que el mismo establece. En este caso, la empleada o trabajadora tiene derecho a que la entidad donde trabaja le pague una indemnización equivalente a los salarios o sueldos de sesenta días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiera lugar de acuerdo con su situación legal o contractual y, además, al pago de las ocho (8) semanas de descanso remunerado, si no lo ha tomado. "

A su vez el Decreto No. 1848 de 1969 estableció que:

"Artículo 39. Prohibición de despido.

1. Ninguna empleada oficial podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.

2. Durante el embarazo y los tres (3) meses subsiguientes a la fecha del parto o aborto, solamente podrá efectuarse el retiro de la

empleada, por justa causa comprobada y mediante la autorización expresa que al efecto deberá solicitarse del respectivo Inspector del Trabajo, cuando se trate de trabajadoras oficiales vinculadas por contrato de trabajo.

Si la empleada oficial estuviere vinculada por una relación de derecho público, se requerirá para tal efecto resolución motivada de la correspondiente entidad nominadora. "

Art. 40. Presunción de despido por embarazo. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando tiene lugar dentro de los periodos señalados en el artículo anterior sin la observancia de los requisitos exigidos en dicha norma legal".

Por su parte, la Ley 50 de 1990, en su artículo 35, modificó el artículo 239 del C.S.T., para establecer la prohibición de despido a las trabajadoras por motivos de embarazo a lactancia. Dicha disposición reza:

"Artículo 239. Prohibición de despedir,

1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.

2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del periodo de embarazo o dentro de los tres (3) meses posteriores al parto, y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente.

3. La trabajadora despedida sin autorización de la autoridad tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta (60) días fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo, y, además, al pago de las doce (12) semanas del descanso remunerado de que trata este Capítulo, si no lo ha tomado. "

De otro lado, la jurisprudencia siempre ha estado en defensa de los derechos de la mujer embarazada, así en la Sentencia de 2 de marzo de 2000, expediente No.612-99, Consejera Ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero se expresó:

"Esta corporación en innumerables fallos ha reiterado que en el ordenamiento jurídico vigente, la maternidad se toma como un estado biológico que exige una especial protección, dada su incidencia en la vida y desarrollo del ser humano. Es así como a nivel oficial, mediante los decretos 3135 de 1968 y 1849 de 1969 se estableció el fuero de maternidad, que consagra la presunción legal de que el retiro de la empleada se considera ocasionado por motivos de embarazo o lactancia, cuando se produce dentro de las épocas que en ellos se prevé y el empleador lo dispone sin haber obtenido la autorización previa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en el caso de las servidoras vinculadas por contrato de trabajo o mediante resolución inmotivada, cuando se trata de una empleada pública.

Con base en lo anterior, se ha precisado que cuando se encuentre probado el estado de embarazo y que este es conocido por la entidad y el acto respectivo no esta motivado, el mismo se presume ilegal."

3.- Sobre cómo opera la protección laboral reforzada a la mujer embarazada en el presente caso.

Es cierto, como antes se dijo, que en consideración a la experiencia y capacidad de los funcionarios de confianza, frente a ellos tiene menor incidencia la exhortación a una renuncia voluntaria. No obstante, las cosas cambian cuando se trata de una funcionaria en estado de embarazo, pues esa condición, siempre ha sido objeto de especial consideración por la Constitución, la ley y la jurisprudencia.

La situación de la mujer embarazada sí afecta sus decisiones, en particular porque no se la puede tomar en condiciones de igualdad con los demás empleados de libre nombramiento y remoción que presentan una renuncia.

Por lo demás, de modo general cuando la mujer embarazada suscribe una renuncia protocolaria, puede esperar razonablemente que esa situación especial sea tomada en cuenta por el destinatario de la renuncia para que sus derechos sean salvaguardados.

En el caso presente, no se ha negado ni discutido, que hubo sugerencia de que fuera presentada la renuncia, tanto, que es innegable que ella fue colectiva. Además, está demostrado que la administración fue advertida del estado de embarazo y lo que es más significativo, tanto el asesor como el Secretario que comunicaron el deseo del nuevo Gerente de que se presentara esa renuncia colectiva, hizo creer fundadamente a la demandante, que por su estado de embarazo esa renuncia no sería aceptada. Es decir, en la demandante razonablemente se forjó la expectativa legítima de que su condición de gestante, sería tomada en cuenta para no admitirle la renuncia. Esa expectativa legítima viene fortalecida por el entorno constitucional, legislativo y jurisprudencial, que otorgan una protección judicial reforzada a la mujer en estado de embarazo. Dicho en breve, había suficientes vestigios para que la demandante esperara fundadamente que su renuncia, a pesar de ser voluntaria, no pasara de ser simplemente protocolaria, atendido su embarazo y las señales tranquilizantes que le brindó la nueva administración, y lo que la ley manda sobre la protección especial a la mujer en estado de embarazo.

El Consejo de Estado en un caso semejante al que ahora se despacha determinó que:

“Así las cosas, como no hay duda del estado de embarazo de la demandante y que su renuncia fue provocada, se presume que fue objeto de discriminación y, por tal razón, surge la obligación de un trato especial favorable (artículo 13 de la C. P.) Estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo: El derecho a la estabilidad laboral reforzada en cabeza de la mujer embarazada se encuentra reconocido tanto en la Constitución como en las leyes laborales y ha sido garantizado, en reiterada jurisprudencia, por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. En estos términos es importante recordar que el reconocimiento de este derecho no es una reciente innovación constitucional. Por el contrario, incluso antes de expedida la Carta de 1991, con el fin de combatir la discriminación laboral contra la mujer embarazada y la consecuente vulneración de sus derechos a la libre determinación, a la maternidad, al trabajo y a la igualdad, el legislador preconstitucional consagró el derecho de la mujer gestante a no ser despedida de su empleo sin que previamente la autoridad laboral competente hubiere producido, con todas las garantías del debido proceso, la respectiva autorización. Para garantizar este derecho el legislador estableció dos salvaguardas: la presunción de la discriminación cuando la trabajadora en estado de embarazo era despedida sin que existiera la respectiva autorización y la obligación de indemnizar a la trabajadora despedida en estas circunstancias.

Las normas legales que establecían las garantías antes mencionadas fueron demandadas ante la Corte Constitucional. Esa Corporación, a través de la sentencia C-470/97 resolvió declarar exequibles las disposiciones objeto de control constitucional (el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo y los artículos 2º de la Ley 197 de 1938 y 21 del decreto 3135 de 1968). No obstante, tal declaratoria se produjo bajo el entendido de que “carece de todo efecto” el despido de una trabajadora durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo para las trabajadoras oficiales o privadas, o, para el caso de las servidoras públicas, sin la correspondiente resolución motivada del jefe respectivo, a través de la cual se verifique la justa causa para la desvinculación. En efecto, en casos como el mencionado existe una presunción de discriminación que opera en contra de la administración y, por consiguiente, el acto administrativo correspondiente – con independencia de la facultad que se ejerza para expedirlo y de la autoridad administrativa que lo expida - tiene la carga de desvirtuar tal presunción. En este sentido se ha afirmado que la mujer en Estado de embarazo no tiene un derecho absoluto a permanecer en su lugar de trabajo, lo que ocurre es que la administración debe demostrar que el retiro no se produce por el hecho del embarazo de la servidora pública sino por la ocurrencia de una justa causa debidamente demostrada.”³

³ Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "A", Consejero Ponente: Jaime Moreno García, 18 de octubre de 2007, exp. No. 76001-23-31-000-2000-01772-01 (1495-2006), Autoridades Nacionales, actor: María Cristina Palau Salazar

La identidad del precedente con el caso presente, exonera a la Sala de hacer razonamientos distintos a los ya expresados en esta providencia, y ratificar así el acierto del *a quo* al conceder las pretensiones de la demanda y confirmar por ende la decisión materia de la apelación.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFIRMASE la sentencia proferida el 27 de marzo de 2008, por el Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante la cual accedió a las pretensiones de la demanda instaurada por Luz Oneida Forero Guerrero contra el Departamento de Boyacá.

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

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

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

(En comisión)

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

FARF

