

MATERNIDAD - Protección constitucional / EMBARAZO - Especial asistencia y protección del estado / DERECHOS DE LOS NIÑOS – Protección a la mujer

Por mandato constitucional, durante el embarazo y después del parto la mujer goza de la especial asistencia y protección del Estado. Inherente a esta protección a la mujer en estado de gravidez se encuentran los derechos de los niños, todos de linaje constitucional fundamental. Y qué decir del perentorio mandato constitucional, según el cual, el Estado reconoce sin discriminación alguna la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.

INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD – Vulneración de las normas sobre protección a la maternidad / EMBARAZO - Protección. Conocimiento de la entidad / MUJER GESTANTE - Protección de los derechos de la mujer y del niño que esta por nacer

Del material probatorio se concluye que para el momento a partir del cual se ordenó el retiro de la demandante, 1° de enero de 2001, ella estaba embarazada, situación que informó por escrito el 28 de diciembre de 2000, esto es, días después de que le fue comunicado su retiro en virtud de la resolución demandada, pero antes de que se ejecutara. La actora manifiesta haber puesto en conocimiento de la administración antes de la expedición del acto, y en relación con éste punto el único medio probatorio que en este sentido se encuentra y que no fue controvertido por la demandada, es el testimonio de Elías Oliveros Canencio, quien indica haberse enterado de la comunicación verbal de la demandante. Argumenta la entidad que el retiro se dispuso para darle prelación al traslado de una funcionaria en carrera administrativa. Tal situación implica el enfrentamiento de garantías con respaldo constitucional, esto es, el fuero de maternidad frente a los derivados de la carrera administrativa. Sin embargo, en este caso considera la Sala que el fuero que ampara a la mujer gestante, no hace distinción del tipo de vinculación y en cualquier caso se le debe dar prevalencia, pues como ya se dijo no solo se trata de los derechos de la mujer sino también del niño que está por nacer, garantías que de acuerdo con el artículo 44 de la Constitución Política *“prevalecen sobre los derechos de los demás”*.

DERECHOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA - No prevalecen sobre los derechos emanados de la maternidad / CARRERA ADMINISTRATIVA - No se pierden los derechos / PROTECCION A LA MATERNIDAD - Retiro ilegal de empleada en estado de gravidez / MUJER EMBARAZADA - Discriminación / REINTEGRO - Procedente

En el asunto particular, si en gracia de discusión, se hicieran prevalecer los derechos de carrera administrativa sobre los emanados de la maternidad, implicaría un desconocimiento absoluto de dicha condición biológica, mientras que lo contrario, no implica que la titular de las prerrogativas de la carrera administrativa las perdiera, pues no puede dejarse de lado que la administración podía estudiar otras posibilidades para el traslado de la Registradora Municipal proveniente de Puerto Guzmán (Putumayo), frente al hecho de que la actora estaba en embarazo. En este orden de ideas, el nominador no podía desvincular a la demandante, pues está demostrado que se encontraba en estado de gravidez y que además la administración

conocía dicha situación al momento del retiro, y no se desvirtuó la presunción según la cual el retiro de la actora tuvo lugar en razón a su estado de embarazo (artículo 21 del Decreto 3135 de 1968 y artículos 39, 40 y 41 del Decreto 1848 de 1969). En consecuencia, la administración contrarió el mandato contenido en el artículo 43 de la Constitución Política, invocado en la demanda, que ordena que la mujer no puede ser sometida a ninguna clase de discriminación, y “durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviera desempleada o desamparada”; mandato que encuentra cabal cumplimiento en las disposiciones legales que consagran una especial protección para la mujer en estado de embarazo.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCÓN

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de septiembre de dos mil doce (2012)

Radicación número: 41001-23-31-000-2001-00398-01(2406-10)

Actor: MARÍA MARCELA CALDERÓN RAMÍREZ

Demandado: NACION - REGISTRADURIA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL

Autoridades Nacionales

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 17 de septiembre de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila.

ANTECEDENTES

MARÍA MARCELA CALDERÓN RAMÍREZ por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó del Tribunal Administrativo del Huila, la nulidad de la Resolución No. 241 de 13 de diciembre de 2001 suscrita por los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil en el Departamento del Huila, por la cual se dio por terminado su nombramiento en provisionalidad en el cargo de Registrador Municipal 4085-14 en Altamira (Huila).

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicitó el reintegro al cargo que desempeñaba o a otro de similar categoría, y

el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde que se declare la nulidad del retiro hasta que se ordene su reintegro. Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y s.s. del C.C.A.

Como hechos en que sustenta sus pretensiones señala los siguientes:

María Marcela Calderón Ramírez fue nombrada en provisionalidad en el cargo de Registrador Municipal (C) 4085-14 en la Delegación Departamental del Huila de la Registraduría Nacional del Estado Civil, del cual tomó posesión el 1° de febrero de 2000.

Para el 14 de noviembre de 2000 tenía aproximadamente 13 semanas de embarazo, según lo diagnosticó la E.P.S a la que se encontraba afiliada, estado del cual fue enterada la entidad.

Por Resolución 241 de 13 de diciembre de 2000 emanada de los Delegados del registrador Nacional del Estado Civil en el Departamento del Huila, se dio por terminada su vinculación a partir del 1 de enero de 2001.

NORMAS VIOLADAS

Se invocaron en la demanda los artículos 43 y 53 de la Constitución Política, 5° literal b) y 11 numeral 2° de la Ley 51 de 1981, 21 del Decreto 3135 de 1968 y 39 y 40 del Decreto 1848 de 1969.

Como concepto de violación de las normas invocadas como desconocidas, señaló que la maternidad ha sido objeto de especial protección en la Constitución Política, de acuerdo con la tendencia del derecho internacional contemporáneo, tal y como se refleja en distintos tratados aprobados por Colombia como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convenio No. 3 de la OIT.

Por su parte la Ley 51 de 1981, aprobó la Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación de la mujer. Dicho instrumento concibe la maternidad como una función social y establece medidas para prevenir la discriminación por razón de este estado o por causa del matrimonio.

En el mismo sentido la jurisprudencia del Consejo de Estado ha expresado que la maternidad es un estado biológico que amerita especial protección.

Los anteriores señalamientos son suficientes para declarar la ilegalidad del acto demandado.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Huila, mediante la sentencia de 17 de septiembre de 2010, declaró la nulidad del acto demandado y ordenó el reintegro de la actora sin solución de continuidad por el término que duró el embarazo y 3 meses más, así como el pago de todos los emolumentos salariales y prestacionales dejados de pagar desde su retiro hasta el

momento en el cual se ordena el reintegro, para lo cual expuso las siguientes consideraciones:

El material probatorio aportado al proceso demuestra que la demandante puso en conocimiento su estado de gravidez el 28 de diciembre de 2000, antes de ejecutarse la Resolución 241 del mismo año, la cual fue expedida en virtud del traslado de una funcionaria con derechos de carrera administrativa que laboraba en el municipio de Puerto Gaitán (Putumayo) en razón a que se encontraba bajo amenazas de muerte.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el requisito establecido por la Ley 443 de 1998 de haber informado previamente a la administración sobre el embarazo, ya no es exigible. Dicho estado se ampara por el sólo hecho de haberse presentado en vigencia de la relación laboral en carácter de provisional, y en consecuencia la Resolución demandada por la cual se dio por terminada la vinculación de la actora no podía surtir efectos en razón al fuero de maternidad que la amparaba que le otorga una estabilidad reforzada.

En esas condiciones el retiro de María Marcela Calderón se ejecutó con desconocimiento del fuero constitucional que le asistía por ser madre gestante.

LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión del Tribunal la parte demandada interpuso recurso de apelación, con fundamento en los argumentos que a continuación se exponen:

La Resolución 241 de 13 de diciembre de 2000, fue expedida en ejercicio del poder discrecional del nominador, y se ajustó a lo dispuesto por los numerales 1 y 4 del artículo 33 del Código Electoral y al artículo 5 de la Resolución 3560 de 14 de diciembre de 1988.

Se encuentra demostrado que la demandante estaba nombrada en provisionalidad motivo por el cual no le asistía fuero de estabilidad alguno, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado.

El retiro de María Marcela Calderón obedeció al traslado horizontal de la Registradora Municipal de Puerto Guzmán (Putumayo) quien tenía derechos de carrera administrativa y estaba amenazada en su integridad personal, motivo por el cual el Registrador Nacional del Estado Civil autorizó su reubicación.

Dicha situación implica que si bien el estado de embarazo de la demandante goza de amparo legal, lo cierto es que no fue oportunamente notificado a la entidad, pues lo hizo 15 días después de que le fue notificada su desvinculación momento para el cual ya había sido enterada de la resolución de traslado la funcionaria con derechos de carrera administrativa, creando así derechos a su favor.

Para resolver, se

CONSIDERA

MARÍA MARCELA CALDERÓN RAMÍREZ solicita que se declare la nulidad de la Resolución No. 241 de 13 de diciembre de 2000, expedida por los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil en el Departamento del Huila, por la cual se dio por terminado su nombramiento en provisionalidad como Registradora Municipal 4035-14 en Altamira (Huila).

Solicita la parte demandada que se revoque la sentencia que accedió a las pretensiones de la demanda, toda vez que el acto demandado fue expedido en virtud de la facultad discrecional del nominador de remover a la demandante quien se encontraba nombrada en provisionalidad, además, su retiro se dispuso para trasladar a una funcionaria, inscrita en el escalafón de carrera administrativa que había sido amenazada en su integridad personal. Agrega que aunque su estado de embarazo tenía especial protección constitucional, lo cierto es que lo informó cuando el acto ya había sido expedido.

El problema jurídico se contrae a establecer si el acto demandado por medio del cual se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de la demandante debe ser declarado nulo al haber sido retirada a pesar de encontrarse en estado de embarazo.

Para efecto de decidir se tiene lo siguiente:

Por mandato constitucional, durante el embarazo y después del parto la mujer goza de la especial asistencia y protección del Estado. Inherente a esta protección a la mujer en estado de gravidez se encuentran los derechos de los niños, todos de linaje constitucional fundamental. Y qué decir del perentorio mandato constitucional, según el cual, el Estado reconoce sin discriminación alguna la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.

Así lo establece el artículo 43 de la Constitución Política al expresar:

*“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.”*

Estos no son conceptos muertos, constituyen los principios o dogmas sobre los cuales se edifica el Estado Social de Derecho que nos rige.

Por su parte, el artículo 21 del Decreto 3135 de 1968 y los artículos 39, 40 y 41 del Decreto 1848 de 1969 establecen el régimen de protección a la maternidad. En ellos se contemplan precisos derechos para la mujer embarazada y la prohibición de despido de su trabajo por motivos de

lactancia o embarazo, consagrando la presunción de que el acto de retiro, en estos casos, tiene como causa dicho estado. Igualmente consagró el pago de la indemnización por despido.

En el plenario se encuentra acreditado lo siguiente:

Mediante Resolución 012 de 31 de enero de 2000 María Marcela Calderón Ramírez fue nombrada en provisionalidad como Registradora Municipal (C) 4035-14 en Altamira (Huila).

Obra a folio 17 escrito radicado el 28 de diciembre de 2000, por el cual la actora informó a la Entidad sobre su estado de embarazo de acuerdo con el documento médico que adjuntó, examen que le fue practicado el 14 de noviembre de 2000.

A folios 58 y siguientes del expediente, obra la Resolución No. 5641 de 11 de diciembre de 2000 por la cual el Registrador Nacional del Estado Civil dispuso el traslado a partir del 2 de enero de 2001, de Lida María Ortega Calvache, de Puerto Guzmán (Putumayo) a Altamira (Huila) como Registradora Municipal 4035-14.

Por Resolución 241 de 13 de diciembre de 2000 los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil dispusieron el retiro de la actora en los siguientes términos:

Dar por terminada a partir de del(sic) 1 de enero del 2001, la vinculación del cargo que con carácter de Provisional venía desempeñando, la señora MARIA MARCELA CALDERON RAMIREZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 55.151.977 expedida en Neiva, del cargo de Registrador Municipal (C) 4035-14 en Altamira – Huila, por traslado horizontal de la Registradora Municipal de Puerto Guzmán, autorizado por el Registrador Nacional.

La anterior decisión le fue comunicada a la demandante a través del Oficio No. 2033 de 13 de diciembre de 2000.

Obra a folios 149 a 151 el testimonio del señor Elías Oliveros quien afirma ser esposo de una tía de la actora. Manifiesta tener conocimiento de que ella informó verbalmente de su estado a la entidad, además de que él mismo sostuvo una conversación con uno de los Delegados de la Registraduría que suscribió el acto demandado (Hernando González), antes de que se produjera el retiro.

A folios 154 a 200, obra la historia clínica de María Marcela Calderón Ramírez, donde indica que dio a luz el 29 de junio de 2001.

Para efecto de decidir se tiene lo siguiente:

Afirma el apoderado de la demandada que la actora no puso en conocimiento su estado sino hasta 15 días después de que se profiriera el acto de retiro, razón por la que no estaba obligada a respetar el fuero que le asistía.

Sobre el particular la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en señalar que la administración debe tener conocimiento del estado de gravidez previamente o por lo menos de manera simultánea y por su parte la Corte Constitucional ha relevado a la mujer gestante de esta carga probatoria¹.

Del material probatorio se concluye que para el momento a partir del cual se ordenó el retiro de la demandante, 1° de enero de 2001, ella estaba embarazada, situación que informó por escrito el 28 de diciembre de 2000, esto es, días después de que le fue comunicado su retiro en virtud de la resolución demandada, pero antes de que se ejecutara.

La actora manifiesta haber puesto en conocimiento de la administración antes de la expedición del acto, y en relación con éste punto el único medio probatorio que en este sentido se encuentra y que no fue controvertido por la demandada, es el testimonio de Elías Oliveros Canencio, quien indica haberse enterado de la comunicación verbal de la demandante.

En efecto, a folio 149 expresa “... me enteré que verbalmente sí lo había hecho, si no estoy mal a VICENTE ORTIZ”. Luego señala “...No le puedo precisar el tiempo pero si fui a la oficina de él y le manifesté el respaldo que yo solicitaba para ella por lo que era buena funcionaria y que estaba embarazada, esto si fue antes de que se produjera su retiro”.

De los medios probatorios se puede concluir que María Marcela Calderón Ramírez quedó en estado de gravidez durante su relación laboral con la Registraduría Nacional del Estado Civil y que así lo hizo saber a la entidad demandada.

Por lo anterior no cabe duda de que la señora María Marcela Calderón Ramírez vinculada a la administración mediante nombramiento provisional, gozaba de la protección legal y constitucional de la mujer en embarazo, es decir, gozaba de fuero materno del orden Constitucional que prevalecía sobre cualquier otro derecho.

Argumenta la entidad que el retiro se dispuso para darle prelación al traslado de una funcionaria en carrera administrativa. Tal situación implica el enfrentamiento de garantías con respaldo constitucional, esto es, el fuero de maternidad frente a los derivados de la carrera administrativa.

Sin embargo, en este caso considera la Sala que el fuero que ampara a la mujer gestante, no hace distinción del tipo de vinculación y en cualquier caso se le debe dar prevalencia, pues como ya se dijo no solo se trata de los derechos de la mujer sino también del niño que está por nacer, garantías que de acuerdo con el artículo 44 de la Constitución Política “*prevalecen sobre los derechos de los demás*”.

En el asunto particular, si en gracia de discusión, se hicieran prevalecer los derechos de carrera administrativa sobre los emanados de la maternidad, implicaría un desconocimiento absoluto de dicha condición biológica,

¹ Ver sentencia T-088 de 2010.

mientras que lo contrario, no implica que la titular de las prerrogativas de la carrera administrativa las perdiera, pues no puede dejarse de lado que la administración podía estudiar otras posibilidades para el traslado de la Registradora Municipal proveniente de Puerto Guzmán (Putumayo), frente al hecho de que la actora estaba en embarazo.

En este orden de ideas, el nominador no podía desvincular a la demandante, pues está demostrado que se encontraba en estado de gravidez y que además la administración conocía dicha situación al momento del retiro, y no se desvirtuó la presunción según la cual el retiro de la actora tuvo lugar en razón a su estado de embarazo (artículo 21 del Decreto 3135 de 1968 y artículos 39, 40 y 41 del Decreto 1848 de 1969).

En consecuencia, la administración contrarió el mandato contenido en el artículo 43 de la Constitución Política, invocado en la demanda, que ordena que la mujer no puede ser sometida a ninguna clase de discriminación, y “durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviera desempleada o desamparada”; mandato que encuentra cabal cumplimiento en las disposiciones legales que consagran una especial protección para la mujer en estado de embarazo.

De igual manera, se incurrió en violación del precepto consagrado en el artículo 21 del Decreto 3135 de 1968 el cual dispone que durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto sólo podrá efectuarse el retiro por justa causa comprobada por resolución motivada, pues el traslado de la otra funcionaria no se constituye en justa causa para desconocer el fuero de maternidad. Sin tales formalidades **se presume** que el retiro se ha efectuado por motivo del embarazo.

Por lo anterior se confirmará la sentencia del Tribunal Administrativo del Huila que accedió a las pretensiones de la demanda.

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida el 17 de septiembre de 2010 por el Tribunal Administrativo del Huila por la cual accedió a las pretensiones de la demanda.

Reconócese personería al doctor Jorge Alberto Cardona Montoya como apoderado de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en los términos y para los efectos del poder conferido a folio 299 del expediente.

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

Discutida y aprobada en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO