

SUPRESION DEL CARGO – Estudio técnico / ESTUDIO TECNICO – Existencia

Con el estudio técnico se allegó copia de la Planta Administrativa Municipal existente antes de la modificación y la adoptada con posterioridad para evidenciar la reducción de cargos y dependencias. Se advierte también que la Secretaría de Salud que asumió en parte las funciones de la Secretaría de Asuntos Sociales mantuvo el número de cargos que la conformaban (Secretario de Despacho y Secretario). Lo anterior evidencia que no tiene razón la demandante al afirmar que no existió estudio técnico porque el Municipio de San Marcos sí lo realizó y lo sustentó en razones de mejoramiento del servicio, modernización del ente territorial y racionalización del gasto público que hacían necesaria la supresión de la dependencia denominada Secretaría de Asuntos Sociales y en consecuencia los tres cargos que la conformaban, entre ellos el de la actora.

FUENTE FORMAL: LEY 443 DE 1998 – ARTICULO 4

SUPRESION DE CARGO DE EMPLEADO DE CARRERA – Indemnización frente a silencio del empleado

En el sub lite se encuentra demostrado que el Jefe de Personal del Municipio de San Marcos, mediante oficio fechado el 19 de marzo de 1999 le informó a la actora sobre la supresión de su cargo y en consecuencia el derecho a optar por la indemnización o incorporación a un empleo equivalente sin recibir respuesta alguna y por tanto aplicó lo dispuesto en la norma citada liquidando la indemnización por supresión de cargo por valor total de \$7.508.474.

FUENTE FORMAL: LEY 443 DE 1998 – ARTICULO 39 / LEY 443 DE 1998 – ARTICULO 45

SUPRESION DE CARGO DE EMPLEADA EN ESTADO DE EMBARAZO – Protección a la maternidad. Indemnización

La indemnización por maternidad establecida en la ley pretende darle cumplimiento al principio dispuesto en los artículos 43 y 53 de la Constitución Política de protección especial a la mujer y a la maternidad. Observa la Sala que el cargo relacionado con la violación del principio de protección a la maternidad no puede prosperar porque el ente demandado cumplió con lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley 443 de 1998, vigente al momento de la supresión, incluyendo en el valor de la indemnización por supresión de cargo los salarios dejados de percibir en la etapa de gestación y la licencia de maternidad, efectivizando el principio constitucional de protección a la mujer antes y después del parto.

FUENTE FORMAL: LEY 443 DE 1998 – ARTICULO 62 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 43 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 53

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "B"

Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá, D.C., veinte (20) de enero de dos mil once (2011).-

Radicación número: 70001-23-31-000-1999-01105-01(9255-05)

Actor: LENIS ISABEL MEJIA CARDENAS

Demandado: MUNICIPIO DE SAN MARCOS - SUCRE

AUTORIDADES MUNICIPALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 23 de febrero de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre que declaró no probadas las excepciones y negó las súplicas de la demanda incoada por LENIS ISABEL MEJIA CARDENAS contra el Municipio de San Marcos, Sucre.

LA DEMANDA

Estuvo encaminada a obtener la nulidad del Decreto No. 044 de 19 de marzo de 1999, expedido por el Alcalde del Municipio de San Marcos, Sucre, que suprimió una "**Secretaría en la planta de personal de la Alcaldía Municipal de San Marcos**" y como consecuencia el cargo de Trabajadora Social que ocupaba la actora.

A título de restablecimiento del derecho solicitó el reintegro al cargo que desempeñaba o a otro de igual o superior categoría y remuneración, el pago de los sueldos, primas, vacaciones, cesantías, subsidio familiar, dotación (calzado y vestido de labor) y demás prestaciones sociales con los aumentos legales anuales "**por encima del salario mínimo legal**", debidamente indexados con la declaración de que no existió solución de continuidad en la prestación del servicio y darle cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Fundamentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

La actora fue nombrada por el Alcalde del Municipio de San Marcos, Sucre, mediante Decreto No. 051 de 23 de mayo de 1997, para el cargo de Trabajadora Social de la Secretaría de Asuntos Sociales del que tomó posesión el 3 de junio.

A través del Acuerdo No. 007 de 1999, el Concejo Municipal de San Marcos, Sucre, suprimió de la planta de personal la Secretaría de Asuntos Sociales del Municipio indicando que modificaba la estructura administrativa pero no fijó la nueva.

El Concejo Municipal suprimió algunos cargos pero mantuvo todas las dependencias existentes, entre ellas, la Secretaría de Asuntos Sociales es decir que no modificó la estructura orgánica, contrario a lo expresado en el Acuerdo de supresión de cargos.

La actora estaba inscrita en carrera administrativa por tal razón el ente municipal le informó sobre las opciones que le otorga la ley en caso de supresión.

La supresión de cargos en el Municipio de San Marcos no contó con el estudio técnico que exige el artículo 154 del Decreto 1572 de 1998.

Mediante Decreto 044 de 19 de marzo de 1999, el Alcalde Municipal de San Marcos suprimió el cargo que ocupaba la actora sin tener competencia para ello pues la misma está radicada en el Concejo Municipal.

Al momento de la desvinculación la asignación básica mensual de la actora era de \$712.820 pesos más lo percibido por otros conceptos.

NORMAS VIOLADAS

Como normas violadas cita las siguientes:

Constitución Política, preámbulo y artículos 1, 2, 6, 13, 25, 53, 58, 90, 123, 125 y 209; Decreto Ley 2400 de 1968; Decreto 1950 de 1973; Decreto 1042 de 1978; Ley 443 de 1998; Decretos 1568 y 1572 de 1998 y Código Contencioso Administrativo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado del Municipio de San Marcos se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso la excepción de falta de legitimación en la causa (sic). Manifestó que el Concejo Municipal, atendiendo lo dispuesto en el artículo 313 de la Constitución Política, procedió a modificar la planta de personal atendiendo las consideraciones expuestas en el estudio técnico (fl.67).

El Alcalde Municipal, en cumplimiento de los Acuerdos expedidos por el Concejo procedió a las supresiones de cargo informándole a los empleados de carrera la opción de reintegro o indemnización. Como la actora no informó sobre la opción que escogía se le pagaron **“sus prestaciones sociales e indemnizaciones por supresión de cargo y por maternidad”**.

La actuación administrativa de supresión de cargos se ajustó a lo dispuesto en la Constitución y la ley pues se cumplieron todos los requisitos que las mismas disponen **“es más la actora aceptó la supresión al recibir las Prestaciones Sociales, Indemnización por supresión de cargo e indemnización por maternidad, es más por este último concepto se le canceló más de lo estipulado por la ley y por ello se le solicito su devolución que hasta la fecha no lo ha hecho.”**.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Sucre declaró no probadas las excepciones y negó las pretensiones de la demanda (fls. 177 a 183). La excepción de falta de legitimación en la causa propuesta por el ente territorial demandado fue sustentada con argumentos que atacan el derecho reclamado y por tal motivo la misma se revolverá con el fondo del asunto.

El Alcalde del Municipio de San Marcos a través del Decreto No. 044 de 19 de marzo de 1999 ordenó la supresión de la Secretaría de Asuntos Sociales de la planta de personal a la que pertenecía el cargo de la actora en cumplimiento de lo establecido en el Acuerdo No. 007 de 10 de marzo del mismo año, proferido por el Concejo Municipal.

La Administración Municipal retiró del servicio a la actora previa comunicación en la que le informaba las opciones de recibir la indemnización o el tratamiento preferencial de ser incorporada a un cargo equivalente al desempeñado; derecho del cual no hizo uso por lo que la entidad procedió a pagarle la indemnización.

La modificación de la estructura orgánica estuvo precedida por el estudio técnico que tuvo en cuenta las necesidades del servicio, el mejoramiento del mismo y la reducción del recurso humano que se refleja comparando la planta antigua con la nueva.

Si bien es cierto la carrera administrativa genera estabilidad a los empleados inscritos en ella también lo es que dicha permanencia no es absoluta pues la Administración no está en la obligación de mantener a un funcionario indefinida e incondicionalmente en el cargo cuando se presentan motivos **“que impongan la primacía del interés general de mejoramiento del servicio sobre el particular de los empelados públicos”**.

Resultan desacertados los argumentos de la actora relacionados con la violación del derecho de protección a la maternidad porque si bien es cierto su estado de gravidez fue comunicado al Alcalde con anterioridad a la supresión del cargo también lo es que tal circunstancia no impide adecuar la estructura de la Entidad a las necesidades del servicio.

La supresión del cargo no se dio por razones de maternidad sino para lograr el mejoramiento del servicio público y la buena marcha de la Administración, pagándole a la demandante la indemnización equivalente al lapso correspondiente al embarazo y a la licencia por maternidad.

Transcribió apartes de una sentencia de la Corte Constitucional en la que se trató, por vía de tutela, la protección de las mujeres embarazadas a las que se les suprimió el cargo con motivo de la extinción de la Caja Agraria, concluyendo que en estos casos lo que se pretende proteger es el derecho de la mujer a no ser discriminada o rechazada por su embarazo, sin embargo dicho concepto **“se excluye per se, cuando se trata de una terminación masiva de contratos de trabajo por desaparición de la entidad empleadora¹ ...”**.

¹ SU-879-00

EL RECURSO

La demandante interpuso recurso de apelación contra el anterior proveído en los siguientes términos (fl.184):

La estabilidad laboral reforzada pretende la protección de las empleadas en estado de embarazo consistente en un fuero que las cobija durante todo el embarazo y los tres meses posteriores al parto (licencia por maternidad).

“En desarrollo de la especial protección a la mujer embarazada, del derecho a una estabilidad laboral reforzada y del llamado “fuero de maternidad”, el legislador ha establecido una presunción de discriminación, en todos aquellos casos en los cuales el despido se produce durante el embarazo o dentro de los tres meses después del parto y sin los requisitos legales o reglamentarios pertinentes” (Corte Constitucional Sent. T-373).

En el caso de las empleadas públicas embarazadas el retiro debe estar precedido de un estudio técnico que reúna los requisitos de ley para evidenciar el mejoramiento del servicio.

En este caso el Alcalde de San Marcos fue notificado del embarazo de la actora el 22 de octubre de 1998 con la copia de la prueba realizada en un laboratorio clínico, es decir, que la supresión ocurrió durante el tiempo de la gestación y por tal razón se presume que la causa del retiro fue el estado de gravidez y no el mejoramiento del servicio.

La decisión de primera instancia contraría la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (decisiones aplicables por integración de la norma a las empresas oficiales Sentencia C-470), según la cual el retiro de mujer embarazada se presume por causa del estado de gravidez a menos que exista autorización o estudio técnico.

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

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Consiste en determinar si la actora tiene derecho a ser reintegrada al cargo de carrera administrativa que desempeñaba en la Secretaría de Asuntos Sociales del Municipio de San Marcos, suprimido por el Alcalde Municipal y establecer si la supresión del empleo tuvo en cuenta el fuero materno que cobijaba a la demandante.

Acto Acusado

Decreto 044 de 19 de marzo de 1999, expedido por el Alcalde Municipal de San Marcos, Sucre, que suprimió la Secretaría de Asuntos Sociales de la planta de personal de la Alcaldía compuesta por tres cargos, Secretario del Despacho, Secretario y Trabajadora Social. Lo anterior, atendiendo lo dispuesto en el Acuerdo No. 007 de 16 de marzo de 1999 expedido por el Concejo Municipal (fl. 43).

De lo Probado en el Proceso

Mediante Decreto 051 de 23 de mayo de 1997, el Alcalde del Municipio de San Marcos, Sucre, nombró en período de prueba a quienes conformaron la lista de elegibles en el Concurso convocado por el ente territorial, entre ellos a la demandante, en el cargo de Trabajadora Social Código 325 Grado 02 de la Secretaría de Asuntos Sociales (fl. 11).

Según certificación expedida por la Secretaria Técnica de la Comisión del Servicio Civil, Sucre, la actora fue inscrita en carrera administrativa el 3 de agosto de 1998 en el cargo de trabajadora Social código 3025, grado 02, de la Alcaldía de San Marcos (fl. 18)

A folio 39 obra copia del oficio por medio del cual la demandante le informó al Alcalde Municipal de San Marcos su estado de embarazo anexando la copia del

resultado clínico. En el documento aparece firma de recibido el 27 de octubre de 1998.

En la calificación de desempeño realizada a la demandante por el período comprendido entre el 9 de febrero de 1998 y el 11 de septiembre del mismo año, se le recomendó **“Revisar el Manual de Funciones para ampliar las actividades a realizar”** (fl.108 anexos).

Según copia del Decreto 168 de 31 de diciembre de 1998, el Alcalde de San Marcos, Sucre, teniendo en cuenta la supresión de la Secretaría de asuntos Sociales y por ende el cargo de Trabajadora Social, ordenó la reubicación de la actora en la Secretaría de Salud en el mismo empleo con el fin de otorgarle la protección a su maternidad (fl. 110 anexos).

El mencionado acto regiría a partir de su ejecutoria, sin embargo, según certificación expedida el 6 de mayo de 2006 por el Jefe de Recursos Humanos de la Alcaldía, la señora Lenis Isabel Mejía ocupó como último cargo el de Trabajadora Social de la Secretaría de Asuntos Sociales, es decir que la reubicación no fue ejecutada² (fl.58 anexos).

Mediante Oficio de 19 de marzo de 1999, el Jefe de Personal del Municipio de San Marcos, le comunicó a la demandante la supresión de la Secretaría de Asuntos Sociales y en consecuencia del cargo de Trabajadora Social que ocupaba en esa dependencia, informándole sobre el derecho a optar entre la indemnización o la incorporación a un empleo equivalente en los términos de la Ley 443 de 1998 y el Decreto 1572 del mismo año (fl.45).

Mediante Resolución No. 155 de 27 de abril de 1999, el Alcalde Municipal reconoció a favor de la actora la indemnización por supresión de cargo por valor de \$7.508.474, advirtiendo que la señora **“no manifestó su decisión de optar entre percibir la indemnización (...) o de tener tratamiento preferencial para ser incorporada a un empleo equivalente, lo que se debe entender que optó por la indemnización, según lo preceptuado en los artículos 45 y 46 del Decreto 1568 de 1998 y Decreto 1572 de 1998”** (fl.83).

Supresión de la Secretaría de Asuntos Sociales y de los cargos que la integraban

Mediante Acuerdo No. 007 de 10 de marzo de 1999, el Concejo Municipal de San Marcos, Sucre, con base en lo dispuesto por el artículo 313, numeral 6 de la Constitución Política y de la Ley 136 de 1994, artículo 91, numeral 3, literal d), modificó la estructura administrativa de la Alcaldía Municipal determinando lo siguiente:

“ARTICULO PRIMERO: Suprímase de la Planta de Personal de la Alcaldía de San Marcos, Sucre, la Secretaría de Asuntos Sociales, la cual posee los cargos anotados a continuación así:

No. Cargo	SECRETARIA DE ASUNTOS SOCIALES DENOMINACIÓN DE CARGO
1	Secretario de Despacho
1	Secretario
1	Trabajador Social

ARTICULO SEGUNDO: El presente acuerdo rige a partir de la fecha de su publicación”.

A través del acto demandado el Alcalde Municipal suprimió de la planta de personal de la Alcaldía la denominada Secretaría de Asuntos Sociales compuesta por los tres cargos descritos en el Acuerdo Municipal, entre ellos, el de Trabajadora Social que ocupaba la demandante.

Análisis de la Sala

La demandante en el libelo demandatorio afirma que la supresión de cargos ocurrió sin la realización de un estudio técnico serio que reuniera los requisitos que exige la Ley 443 de 1998. Insiste en que el fuero de maternidad que la cobijaba al momento de la supresión no se respetó pues fue retirada a pesar de la “Estabilidad laboral reforzada” que ostentaba. Teniendo en cuenta lo anterior la Sala desatará el problema jurídico en el siguiente orden:

Supresión de cargos en el nivel territorial

² Según copia de la Planta de Personal vigente antes de la supresión, el cargo de Trabajadora Social no existía en la Secretaría de Salud (fl.113)

La Constitución Política en sus artículos 313 y 315 determina las funciones de los Concejos Municipales y del Alcalde, entre las que se encuentran la determinación de la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias.

El artículo 313, numeral 6, de la Constitución Política dispone:

“Corresponde a los Concejos:

(...)

7. Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo; (...).

(....).”.

A su vez, el artículo 315, numerales 4 y 7 ibidem, establecen:

“Son atribuciones del alcalde:

(...)

4. Suprimir o fusionar entidades y dependencias municipales, de conformidad con los acuerdos respectivos.

(...)

7. Crear, suprimir y fusionar los empleos de sus dependencias, señalarles funciones especiales y fijar sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes. (...)

(...).”.

De la normatividad en cita se tiene que los Consejos Municipales son competentes para determinar la estructura de la administración con base en la cual el Alcalde podrá ejercer la atribución de suprimir los empleos de sus dependencias.

Con base en las facultades antes mencionadas el Concejo Municipal de San Marcos a través del Acuerdo No. 007 de 16 de marzo de 1996 modificó la estructura administrativa de la Alcaldía suprimiendo la Secretaría de Asuntos Sociales y fue con base en este que el Alcalde procedió a suprimir los empleos que la conformaban entre los que se encontraba el de Trabajador Social que desempeñaba la demandante.

Estudio de los cargos

En relación con el estudio técnico la Sala Observa lo siguiente:

El artículo 41 de la Ley 443 de 1998, vigente para la fecha en que se produjo la supresión del cargo, disponía³:

“Con el fin de garantizar la preservación de los derechos de los empleados de carrera, las reformas de planta de personal de las entidades de la rama ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, que impliquen supresión de empleos de carrera, deberán motivarse expresamente; fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración y basarse en estudios técnicos que así lo demuestren, elaborados por las respectivas entidades, la Escuela Superior de Administración Pública, firmas especializadas en la materia, o profesionales en Administración Pública u otras profesiones idóneas, debidamente acreditados, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional”.

...

PARAGRAFO. En el orden territorial, los estudios de justificación de reformas a las plantas de personal serán remitidas para su conocimiento a las Comisiones Departamentales del Servicio Civil y a las Comisiones Seccionales de Contralorías, según el caso⁴.”.

De folios 20 a 38 obra copia del Estudio Técnico para la **“MODIFICACIÓN A LA PLANTA DE PERSONAL DE LA ALCALDÍA DE SAN MARCOS”** elaborado por la Comisión Integrada por la Secretaria de Gobierno, el Jefe de Planeación, el Asesor Jurídico y los Jefes de Personal y de Presupuesto del Municipio de San Marcos, culminado el 15 de enero de 1999.

El objetivo del estudio fue que la Alcaldía Municipal adoptara una planta de personal acorde con las disponibilidades reales de flujos de efectivo y el cumplimiento adecuado de las funciones asignadas en el Manual de Funciones siendo necesaria la reducción de las Secretarías del Despacho de la Alcaldía y por tal razón se recomendó la supresión de las Secretarías de Obras Públicas, suprimida en 1998, y la de Asuntos Sociales.

Dada la categoría del Municipio se debe racionalizar el gasto más aún al haberse disminuido el porcentaje que se destina a funcionamiento de los Ingresos Corrientes de la Nación que en 1996 financiaban un 27% y en 1998 pasaron a 21%, 1999 18% y 2000 15%, **“lo que hace obligatorio la reducción de la planta de personal”**.

³ Derogado por el artículo 58 de la Ley 909 de 2004

⁴ Parágrafo declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-372 de 26 de mayo de 1999, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo

En relación con la Secretaría de Asuntos Sociales determinó que las funciones realizadas por los empleados que la componen podían ser asumidas por las Secretarías de Salud y Planeación. En relación con el cargo de Trabajador Social se concluyó **“que las funciones no se están cumpliendo en la actualidad por lo tanto serán asumidas por la secretaria de Salud para comenzar con su correspondiente ejecución” (fl.27).**

Con el estudio técnico se allegó copia de la Planta Administrativa Municipal existente antes de la modificación y la adoptada con posterioridad para evidenciar la reducción de cargos y dependencias. Se advierte también que la Secretaría de Salud que asumió en parte las funciones de la Secretaría de Asuntos Sociales mantuvo el número de cargos que la conformaban (Secretario de Despacho y Secretario) (fl. 115).

Lo anterior evidencia que no tiene razón la demandante al afirmar que no existió estudio técnico porque el Municipio de San Marcos sí lo realizó y lo sustentó en razones de mejoramiento del servicio, modernización del ente territorial y racionalización del gasto público⁵ que hacían necesaria la supresión de la dependencia denominada Secretaría de Asuntos Sociales y en consecuencia los tres cargos que la conformaban, entre ellos el de la actora.

Derechos de los empleados en supresión de cargos de carrera

La Ley 443 de junio de 1998, “Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones” vigente para la época de la supresión⁶, disponía en su artículo 39 que los empleados de carrera a quienes se les suprime el cargo por alguna de las razones dispuestas en la Ley pueden optar por la incorporación a un empleo equivalente o una indemnización.

En los casos en que el empleado no le informe a la entidad sobre la opción que escoge, el artículo 45 del Decreto 1568 de 1998⁷ dispone lo siguiente:

“El empleado cuyo cargo hubiere sido suprimido deberá manifestar su decisión, mediante escrito dirigido al Jefe de la entidad, dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la fecha del recibo de la comunicación de que trata el artículo anterior.

⁵ Causal de supresión de empleos dispuesta en el artículo 149 del Decreto 1572 de 1998, modificado por el artículo 7º del Decreto 2504 de 1998

⁶ Derogado por el artículo 58 de la Ley 909 de 2004

⁷ Derogado por el artículo 49 del Decreto 760 de 2005

Si el empleado no manifestare su decisión dentro del término señalado, se entenderá que opta por la indemnización.

Parágrafo.- Adoptada y comunicada la decisión por parte del ex empleado es irrevocable y en consecuencia aquella no podrá ser variada por él ni por la administración.”.

En el sub lite se encuentra demostrado que el Jefe de Personal del Municipio de San Marcos, mediante oficio fechado el 19 de marzo de 1999 le informó a la actora sobre la supresión de su cargo y en consecuencia el derecho a optar por la indemnización o incorporación a un empleo equivalente (fl.45) sin recibir respuesta alguna y por tanto aplicó lo dispuesto en la norma citada liquidando la indemnización por supresión de cargo por valor total de \$7.508.474.

Supresión de cargo de empleada en estado de embarazo

En relación con la protección a la maternidad de las empleadas a quienes se les suprime el cargo, la Ley 443 de 1998, en el artículo 62, vigente al momento de la supresión, previó una indemnización especial así⁸:

“PROTECCION A LA MATERNIDAD.

(...) Cuando por razones del buen servicio deba suprimirse un cargo ocupado por una empleada de carrera, en estado de embarazo, y no fuere posible su incorporación en otro igual o equivalente, además de la indemnización a que tendría derecho, deberá pagársele, a título de indemnización por maternidad, el valor de las doce (12) semanas de descanso remunerado a que se tiene derecho como licencia de maternidad.

”.

La parte subrayada de la norma en cita fue declarada condicionalmente exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-199 de 7 de abril de 1999, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz en el sentido de que la indemnización básica debe incluir el pago de los salarios dejados de percibir desde el retiro hasta la fecha del parto junto con los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, por las siguientes razones:

“No está exento de contradicción el intento de fundar un régimen diferenciado sobre la base de ciertos rasgos o situaciones que afectan a las funcionarias embarazadas de carrera - hasta el punto de que su presencia o ausencia significa protección total o meramente parcial -,

⁸ Derogado por el artículo 58 de la Ley 909 de 2004. Dicha norma establece la protección a la maternidad en el artículo 51 incluyendo lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-199-99.

cuando simultáneamente se desestima la importancia de los mismos rasgos o situaciones. La protección en el primer caso se confiere, pese a la provisionalidad de la inserción en la carrera y a la calificación insatisfactoria, pero son estos dos hechos desencadenantes los que sirven para sustentar el tratamiento diferenciado que se da respecto del segundo caso en el que únicamente provee una protección parcial. Lo anterior indica que el rasgo o situación que lógicamente ha debido servir de presupuesto al régimen de protección no podía ser distinto de la maternidad. El mismo Legislador al hacer un uso contradictorio de los rasgos o situaciones que seleccionó, socavó la validez de los regímenes diferenciados establecidos. El patrón de comparación escogido por el Legislador, por las razones expuestas, no permite en vista de la finalidad perseguida - protección a la maternidad -, estructurar sobre su base supuestos distintos para crear regímenes diferenciados. La violación al principio de igualdad es patente, salvo que se interprete el precepto en el sentido de que la "indemnización básica" comprende, adicionalmente, (1) la respectiva compensación por los salarios dejados de percibir entre la fecha del retiro del servicio y la verificación del parto, y (2) el pago mensual, a la correspondiente entidad promotora de salud, de la parte de la cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud que corresponde a la entidad pública en los términos de la ley, durante toda la etapa de gestación y los tres meses posteriores al parto. Sólo si se prohíja esta interpretación, que es plausible sostener en razón de la equívocidad del texto legal, no se quebrantaría el principio de igualdad. (...)"

Así, la indemnización por maternidad establecida en la ley pretende darle cumplimiento al principio dispuesto en los artículos 43 y 53 de la Constitución Política de protección especial a la mujer y a la maternidad.

En relación con el tema, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 3 de agosto de 2006, Exp. No. 1734-03, M.P. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, manifestó lo siguiente:

"(...) El artículo 43 de la Constitución Política, señala que durante el embarazo y después del parto, la mujer gozará de la especial protección y asistencia del Estado.

Esta protección se ve reflejada en innumerables disposiciones, entre ellas la del inciso tercero del artículo 62 de la Ley 443 de 1998, que sobre el particular, señala que "Cuando por razones del buen servicio deba suprimirse un cargo ocupado por una empleada de carrera, en estado de embarazo, y no fuere posible su incorporación en otro igual o equivalente, además de la indemnización a que tendría derecho, deberá pagársele, a título de indemnización por maternidad, el valor de las doce (12) semanas de descanso remunerado a que se tiene derecho como licencia de maternidad."

Atendiendo lo anterior, el ente territorial fijó el monto de la indemnización de la señora Lenis Isabel Mejía de la siguiente manera (fl.83 anexos):

1. INDEMNIZACION

SUELDO PROMEDIO PARA LIQUIDAR \$825.228

Total días laborados: 647 que equivalen a 56.96 días

INDEMNIZACIÓN \$ 1.566.833

2. INDEMNIZACIÓN POR EMBARAZO

Fecha de retiro: 20 de marzo de 1999

Fecha probable de parto: 1 de agosto de 1999

Total: 132 días \$ 3.631.003

LICENCIA DE MATERNIDAD

Total: 84 días \$ 2.310.638

TOTAL \$ 7.508.474

En este orden de ideas, observa la Sala que el cargo relacionado con la violación del principio de protección a la maternidad no puede prosperar porque el ente demandado cumplió con lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley 443 de 1998, vigente al momento de la supresión, incluyendo en el valor de la indemnización por supresión de cargo los salarios dejados de percibir en la etapa de gestación y la licencia de maternidad, efectivizando el principio constitucional de protección a la mujer antes y después del parto.

Por las razones expuestas la sentencia apelada que negó las pretensiones de la demanda amerita ser confirmada.

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 de Colombia y por autoridad de la Ley.

F A L L A

CONFIRMASE la sentencia de 23 de febrero de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre que negó las pretensiones de la demanda incoada por la señora LENIS ISABEL MEJIA CARDENAS contra el Municipio de San Marcos Sucre.

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

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

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE

BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ