

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCION B

CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., dos (2) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Expediente No	250002342000201200122 01
Número Interno:	2181 – 2015
Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	María Cristina Blanco Contreras
Demandado:	Departamento de Cundinamarca
Asunto:	Insubsistencia

La Sala decide¹ el recurso de apelación que la parte demandante presentó contra la sentencia de 16 de diciembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección B, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda. Al respecto:

A N T E C E D E N T E S

La señora María Cristina Blanco Contreras presenta demanda a través de apoderado y en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento

¹ El proceso ingresó al Despacho el 22 de enero de 2016, con el informe de la Secretaría de la Sección Segunda (fl. 248).

del Derecho previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 contra el Departamento de Cundinamarca con la finalidad de obtener la nulidad de la Resolución No 0141 de 13 de enero de 2012, por medio de la cual se declaró insubsistente su nombramiento como Gerente Provincial Código y Grado 02408 del Despacho del señor Gobernador.

Como restablecimiento del derecho solicita el pago de \$48.707.754 por concepto de indemnización sancionatoria prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, que se reintegre al mismo cargo o a otro de igual o superior categoría, se le paguen los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir desde la desvinculación y hasta cuando el reintegro sea efectivo. Además que los valores resultantes se indexen de conformidad con lo previsto por el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 (fl. 22).

HECHOS

La situación fáctica se concreta en que la demandante se desempeñaba en el cargo de Gerente Provincial Código 024, Grado 08 y que a la fecha del retiro acreditaba excelente trayectoria en el servicio, cumplía a cabalidad las funciones y no tenía sanciones disciplinarias.

Mediante la Resolución No 0141 de 13 de enero de 2012 fue declarada insubsistente, lo cual se comunicó hasta el 17 del mismo mes y año.

Dice que en el “formato acuerdo de gestión”, el Gobernador de Cundinamarca al realizar la evaluación cualitativa la calificó con el 100%, es decir, muy satisfactoria y que además precisó: “se desarrollaron todos los compromisos adquiridos de forma permanente en un 100%”.

Informó que a finales del año 2011 sufrió un accidente y al momento del retiro sufría limitaciones en su salud, estaba en tratamiento médico y discapacidad. Que son evidentes las secuelas por las limitaciones generadas por el accidente (fl. 22 vuelto).

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La demandante citó como normas violadas los artículos 13, 25, 29, 48 y 53 de la Constitución Política; el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; la Ley 74 de 1968; la Ley 16 de 1972; la Ley 319 de 1996; la Ley 82 de 1988; los Convenios 111 y 159 de la Organización Internacional del Trabajo y el artículo 14 del Código Sustantivo del Trabajo.

Señaló que la condición de discapacidad le otorgaba lo que se denomina estabilidad reforzada que obliga al nominador a tramitar un permiso para proceder a la desvinculación de una persona que se encuentra en ese estado. Por tanto, el desconocimiento de lo dispuesto por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 es causal de anulación del acto por desconocimiento del derecho de audiencia y defensa.

Argumentó que la Resolución que la declaró insubsistente fue expedida con desviación de poder porque que se inspiró en móviles distintos al buen servicio público (fl. 23).

OPOSICIÓN A LA DEMANDA

El Departamento de Cundinamarca se opone a la prosperidad de las pretensiones y manifiesta que los hechos narrados deben ser probados. Sostuvo que en virtud del artículo 3º del Decreto 2400 de 1968 y la Ley 909 de 2004, la demandante ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción.

Sobre el punto de la discapacidad señaló que 5 días después del retiro se informó a la entidad las incapacidades por enfermedad general, por lo que, en su sentir, carece de sentido partir del hecho posterior a su desvinculación para soportar sobre él que no se podía ejercer la facultad discrecional.

Señaló que si se invoca como fuente de protección lo previsto por la Ley 361 de 1997, se debe tener en cuenta que se refiere a los mecanismos de integración social de las personas con limitación y que por tanto deben aparecer calificadas como tales en el Sistema de Seguridad en Salud.

En cuanto a la desviación de poder señaló que debe ser materia de prueba conforme lo ha indicado la jurisprudencia del Consejo de Estado.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda – Subsección “B” manifestó que en razón a que la actora ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción, el nominador tenía amplio margen de discrecionalidad para disponer su retiro sin motivación expresa y en procura del buen servicio público, por tanto, carecía de estabilidad laboral.

Anotó que no existía obstáculo legal para ejercer la facultad discrecional del nominador y remover a la actora quien tenía un empleo de libre nombramiento y remoción durante las incapacidades médicas.

Sobre el cargo de desviación de poder precisó que cuando se acusa un acto de naturaleza discrecional debe demostrarse el elemento subjetivo contrario al postulado del buen servicio público que impulsó al nominador a ejercitar esa potestad. Agregó que en este caso, no se demostró que el móvil del retiro fuese la arbitrariedad, pues, solo se limitó a arrojar dudas acerca del proceder de la administración en lo relacionado con la idoneidad del remplazo.

Señaló que la actora tampoco probó que su incapacidad médica hubiese sido la causa de la insubsistencia, pues, de manera tardía realizó el trámite de las incapacidades y el conocimiento formal de éstas a la entidad, ya que hasta el 27 de enero de 2012 radicó las incapacidades, por ende, no le dio la oportunidad a la administración de analizar su situación y ponderarla con razones de buen servicio.

Indicó que solo cuando el origen del acto administrativo encuentra su fuente de inspiración en el arbitrio, la nulidad de aquél es la enmienda del abuso de la administración; sin embargo, dijo, que corresponde a la parte que alega el vicio demostrar la existencia y desvirtuar la presunción de legalidad del acto, lo cual en este caso no se logró.

Concluyó que teniendo en cuenta que el cargo ocupado por la actora era de libre nombramiento y remoción, el nominador tenía la facultad discrecional de declarar la insubsistencia en cualquier momento por motivos del buen servicio y que como quiera que no se demostró finalidad distinta, la presunción de legalidad continúa incólume (fl. 195).

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante en el recurso de apelación señaló que el A quo eludió el tema central que es la aplicación del artículo 26 de la Ley 361 de 7 de febrero de 1997, “por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones”, pues, en su sentir, se limitó a unir los temas de facultad discrecional más confianza y concluir que no existía obstáculo legal para el ejercicio de la facultad discrecional del nominador para remover a un empleado de libre nombramiento y remoción, pero que en parte alguna se analiza el contenido del artículo 26 citado.

Dice que no entiende qué quiere decir el Tribunal con la frase “obstáculo legal”, pero que deduce que se ancla en un dogma jurisprudencial no válido

porque las citas de decisiones anteriores no involucran la norma invocada en la demanda.

Afirmó que no se acata ni se obedece el imperio de la Ley 361 de 1997 porque el A quo optó por ignorarla y acude a conceptos jurisprudenciales contruidos bajo hipótesis no vinculadas con el artículo 26 de la citada ley.

Manifestó que hay ausencia de motivación en la sentencia porque no se afrontó el tema central, por tanto, dice que se debe abordar el asunto como si se tratase de única instancia. Además, que a la fecha de desvinculación de la actora se encontraba vigente el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, y que la administración tenía conocimiento de la incapacidad de la demandante, quien durante 47 días estuvo en tal situación.

Argumentó que la demandante informó a su superior jerárquico, esto es, al Gobernador de Cundinamarca y acudió a las oficinas pese a su incapacidad, como lo señaló el testigo Edilberto Espinoza.

Indicó que se tiene aceptado que la información no está sometida a ninguna formalidad en la legislación actual, según lo ha dicho la Corte Constitucional. Agregó que la citada Corporación en la Sentencia T-148 de 2 de marzo de 2012 analizó la afirmación “desconocimiento de la discapacidad”. Agregó que la demandante al momento de su retiro tenía el status de discapacitada (fl. 212).

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En esta etapa del proceso el Ministerio Público guardó silencio. La parte demandante se ratificó de lo expuesto en el escrito contentivo del recurso de apelación (fl. 236). Por su parte la entidad demandada solicita que se confirme la sentencia de primera instancia (fl. 239),

C O N S I D E R A C I O N E S

Problema Jurídico

Se circunscribe a determinar si el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, “por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones”, se aplica al caso de la señora María Cristina Blanco Contreras quien para la época en que fue declarada insubsistente sufría de limitaciones en su salud como consecuencia de un accidente de tránsito y se encontraba en tratamiento médico.

Como en el presente caso, el cargo que se formula a la sentencia de primera instancia se concreta en señalar que el estudio se concentró en el análisis de los empleos de libre nombramiento y remoción y la facultad discrecional que tiene el nominador para retirar a la persona que se encuentra en un cargo de esta naturaleza dejándose de lado el análisis relativo al supuesto del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la resolución del problema jurídico se hará teniendo en cuenta el contenido de esta disposición con la finalidad de establecer si la demandante está amparada por la misma.

El Cargo: Desconocimiento del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Conforme al escrito de la apelación, se dice que la sentencia no tuvo en cuenta el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y se centró únicamente en el tema de la facultad discrecional y la confianza para concluir que no existía obstáculo legal para que el nominador retirara a un empleado de libre nombramiento y remoción. Agregó que se acudió a conceptos jurisprudenciales y se soslayó la norma mencionada.

Pues bien, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, dice lo siguiente:

“Artículo 26º.- [Modificado por el art. 137, Decreto Nacional 019 de 2012](#). En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren²

La norma transcrita señala que en ningún caso la condición de discapacidad de una persona puede ser obstáculo para vincularse laboralmente, salvo que aquélla sea demostrada como incompatible con el cargo que se pretende

² NOTA: El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE CONDICIONADO por la Corte Constitucional mediante Sentencia [C-458](#) de 2015, en el entendido de que deberán reemplazarse por las expresiones “discapacidad” o “en situación de discapacidad”. NOTA: El texto en negrita fue declarado EXEQUIBLE CONDICIONADO por la Corte Constitucional mediante Sentencia [C-458](#) de 2015, en el entendido de que deberán reemplazarse por las expresión “personas en situación de discapacidad”.

desempeñar o que tal discapacidad no pueda ser superada. Además ninguna persona puede ser despedida o su contrato terminado argumentando que se encuentra en una condición de discapacidad. Sin embargo, si existe la autorización de la oficina de trabajo se podrá despedir a la persona o terminar su contrato laboral.

Ahora bien, en aquellos casos en que la persona sea despedida o su contrato terminado con fundamento en la discapacidad, y sin que medie el requisito de la autorización de la oficina del trabajo, se tiene que indemnizar de acuerdo con lo que al respecto dispone el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo adicionen, complementen o aclaren.

Significa lo anterior que no puede existir discriminación hacia una persona en situación de discapacidad ni oponerse tal circunstancia para impedirle el acceso al mercado laboral ya sea en el desempeño de funciones públicas o en el sector privado en desarrollo del contrato laboral.

La Corte Constitucional³ al hacer el estudio de constitucionalidad de los artículos 26, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45 y 157 de la Ley 100 de 1993, contenidas en los artículos 26, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45 y 157 de la Ley 100 de 1993, “por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones” en los cuales se utilizan expresiones como: “Los discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales”, “invalidez”, “inválido”, “minusvalía” o “discapacitados”, dijo:

³ Corte Constitucional. Sentencia C- 458 de 22 de julio de 2015.

“[...]La Corte Constitucional concluye que (i) el juez constitucional se encuentra facultado para ejercer el control constitucional del lenguaje legal; (ii) el examen anterior está orientado a establecer si mediante la utilización de signos lingüísticos con una alta carga emotiva, el legislador transmite de manera tácita o encubierta mensajes que descalifican a determinados grupos sociales, y si la emisión de los mismos se encuentra prohibida constitucionalmente, en virtud del deber de neutralidad del órgano parlamentario frente a todos los grupos sociales; (iii) el escrutinio judicial se efectuará en relación con los dos principios anteriores, más no en relación con el deber constitucional del Estado de adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración, y de adoptar medidas para garantizar los derechos reconocidos en la CADH, el PIDCP y el PIDESC y con el propósito de promover, proteger y asegurar el pleno goce de los derechos reconocidos en tales instrumentos, normas respecto de las cuales no se indicó la razón de su transgresión...”.

En esta misma sentencia la Corte Constitucional consideró que aunque estas expresiones pueden tener en algunos escenarios distintos al normativo el sesgo discriminatorio, las mismas no tienen una connotación peyorativa y tampoco transmiten ideas negativas en contra de las personas que se encuentren en esas circunstancias. Agregó que es un hecho constitucionalmente relevante que la normatividad demandada fue expedida entre los años 1993 y 2012, periodo en el cual las expresiones demandadas no tenían la connotación peyorativa que hoy los accionantes le atribuyen; y que muchas de esas normas cuestionadas se concibieron como una alternativa léxica neutra y de esa manera sustituyeron otros vocablos que adquirieron un matiz discriminatorio.

Dijo, además, que las expresiones cuestionadas cumplen una función denotativa o referencial dentro del texto legal que se orienta a delimitar el universo de individuos de los que se predicen los efectos jurídicos allí establecidos; y que al hacer parte de subsistemas normativos que buscan la

protección de los sujetos a los que hacen referencia, el lenguaje utilizado sí atenta contra la dignidad humana y la igualdad, pues, no se trata de palabras o frases que respondan a criterios definitorios de técnica jurídica sino formas escogidas para referirse a ciertos sujetos o situaciones siendo opciones para designar que no son sensibles a los enfoques más respetuosos de la dignidad humana.

La Corte enfatizó en que los fragmentos acusados generan discriminación porque corresponden a un tipo de marginación sutil y silenciosa consistente en usar expresiones reduccionistas y que radican la discapacidad en el sujeto y no en la sociedad. Con ello, definen a los sujetos por una sola de sus características, que además no les es imputable a ellos, sino a una sociedad que no se ha adaptado a la diversidad funcional de ciertas personas. El poder del lenguaje como forma en la que se manifiesta la legislación, es un vehículo de construcción y preservación de estructuras sociales y culturales. Ese rol de las palabras explica que las normas demandadas puedan ser consideradas inconstitucionales por mantener tratos discriminatorios en sus vocablos.

El Caso Concreto

La señora MARÍA CRISTINA BLANCO CONTRERAS se encontraba vinculada con el Departamento de Cundinamarca en el cargo de Gerente Providencial Código 024 Grado 08 en el Despacho del señor Gobernador, según nombramiento efectuado mediante la Resolución No. 0787 de 26 de mayo de 2011 (fl. 68).

El 5 de noviembre de 2011 sufrió un accidente que afectó la movilidad del pie izquierdo al tener fractura del 5º metatarsiano. Por tal razón estuvo incapacitada en los siguientes períodos: 1) del 28 de noviembre al 27 de diciembre de 2011; 2) del 28 de diciembre de 2011 al 16 de enero de 2012. La anterior información se obtiene de la prueba documental que obra en el Expediente a los folios 9 a 14 y 90 a 105.

Mediante la Resolución No. 0141 de 13 de enero de 2012 fue declarada insubsistente en el cargo (fl. 2) lo cual se le comunicó con Oficio de la misma fecha y la demandante lo recibió el 17 de enero de 2012 (fl.4).

La entidad demandada fue informada por la demandante el 24 de enero de 2012 sobre su situación a través de un documento manuscrito que dice:

“...Como es de conocimiento de la entidad, sufrí una fractura del 5 metatarsiano, pie izquierdo, durante el mes de noviembre de 2011; motivo por el cual, me permito enviarle las incapacidades otorgadas por colsanitas y debidamente transcritas por la eps sanitas...” (fl. 76).

Como se observa de la situación fáctica anterior, sólo cuando la demandante fue notificada de la decisión de la administración de declararla insubsistente procedió a enterarla de su situación de incapacidad allegando para el efecto la prueba relacionada con esa situación.

En el recurso de apelación se afirma que este hecho no fue objeto de análisis en la sentencia de acuerdo con lo regulado por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues, la actora considera que se encontraba en la situación que

describe la norma, por ende, no podía ser retirada del servicio sin que mediara la autorización de la oficina de trabajo o el pago de una indemnización.

Pues bien, es extraño para la Sala que la demandante dada su condición de profesional del derecho hubiese informado su situación de manera tardía a la entidad, es decir, solo cuando se notifica del acto de insubsistencia (17 de enero de 2012), 7 días después de este hecho se le ocurrió allegar los documentos o certificados médicos (24 de enero de 2012), lo cual, se considera como una muestra de negligencia en informar oportunamente a la entidad empleadora con los documentos idóneos sobre su situación de incapacidad por causa del accidente sufrido.

La Sala considera que la incapacidad de la demandante que se originó en un accidente, en el cual se fracturó el 5 metatarsiano del pie izquierdo, no la hace quedar dentro del supuesto o situaciones que prohíbe el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 toda vez que la limitación física no lo imposibilitaba en la realización de las labores propias del cargo y menos las pruebas médicas sobre su estado de salud.

Igualmente, como lo consideró el A quo, no se puede afirmar que la causa del acto de declaratoria de insubsistencia hubiese tenido como móvil la situación de incapacidad a lo que se agrega que la demandante no realizó actividad probatoria tendiente a demostrar que el despido se fundó en esa circunstancia.

Sobre el punto del recurso de apelación, se concluye que la demandante no está dentro del supuesto del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 porque allí se habla de personas con discapacidad, esto es, la falta de una facultad física o mental que imposibilite o dificulte su desarrollo normal como persona, es decir, aquella se puede considerar como permanente, en cambio la incapacidad es transitoria, como en este caso, producto de un accidente que con el transcurso del tiempo y las terapias habrá recuperación.

Por otra parte, la apelante señala que al momento de la insubsistencia se encontraba vigente el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el cual es aplicable a los empleados de libre nombramiento y remoción, de acuerdo con lo considerado por la Corte Constitucional en la Sentencia C – 470 de 1997. En esta providencia, se analizó el ordinal 3º del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1990, en lo que tiene que ver con el despido de la trabajadora en estado de embarazo⁴. En esa oportunidad, la Corte Constitucional, dijo:

“[...] DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA-casos especiales.

Si bien, conforme al artículo 53 de la Carta, todos los trabajadores tienen un derecho general a la estabilidad en el empleo, existen casos en que este derecho es aún más fuerte, por lo cual en tales eventos cabe hablar de un

⁴ ARTICULO 239. PROHIBICION DE DESPEDIR. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.

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

^{3º} 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.

derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada. Esto sucede, por ejemplo, en relación con el fuero sindical, pues sólo asegurando a los líderes sindicales una estabilidad laboral efectiva, resulta posible proteger otro valor constitucional, como es el derecho de asociación sindical (CP art. 39). Igualmente, en anteriores ocasiones, esta Corporación también señaló que, debido al especial cuidado que la Carta ordena en favor de los minusválidos (CP art. 54), estas personas gozan de una estabilidad laboral superior, la cual se proyecta incluso en los casos de funcionarios de libre nombramiento y remoción. En efecto, la Corte estableció que había una inversión de la carga de la prueba cuando la constitucionalidad de una medida administrativa sea cuestionada por afectar los derechos fundamentales de los minusválidos. La Corte considera que, por la mujer embarazada tiene un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, pues una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual ha sido, y sigue siendo, el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, debido a los eventuales sobrecostos o incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las empresas (...)

No es entonces suficiente que los Estados protejan los ingresos laborales de estas mujeres sino que es necesario que, además, se les asegure efectivamente la posibilidad de trabajar. Esto concuerda con la Recomendación No 95 de la O.I.T de 1952, sobre protección de la maternidad, la cual si bien no tiene en sí misma fuerza normativa, pues no es un tratado internacional, constituye una pauta hermenéutica para precisar el alcance constitucional de la protección a la estabilidad de la mujer embarazada.

MUJER TRABAJADORA EMBARAZADA-Protección laboral/MUJER
TRABAJADORA EMBARAZADA-Estabilidad Laboral/MUJER
EMBARAZADA-Protección eficaz

En general el derecho a la estabilidad laboral consiste en la garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido. Una estabilidad reforzada implica que el ordenamiento debe lograr una garantía real y efectiva al derecho constitucional que tiene una mujer embarazada a no ser despedida, en ningún caso, por razón de la maternidad. La protección tiene entonces que ser eficaz, por lo cual su regulación y aplicación está sometida a un control constitucional más estricto pues, la Constitución ordena un amparo especial a la estabilidad laboral de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, por lo cual no es suficiente que el ordenamiento legal asegure unos ingresos monetarios a

esas trabajadoras, sino que es necesario protegerles eficazmente su derecho efectivo a trabajar.

SENTENCIA INTEGRADORA/DESPIDO DE MUJER EMBARAZADA SIN AUTORIZACION PREVIA-Ineficacia/ OMISION LEGISLATIVA

La única decisión admisible en este caso es integrar en el ordenamiento legal los mandatos constitucionales sobre la igualdad (CP art 13) y la protección a la maternidad en el ámbito laboral (CP arts 43 y 53), de suerte que debe entenderse 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 competente. Esto significa que para que el despido sea eficaz, el patrono debe obtener la previa autorización del funcionario del trabajo, para entonces poder entregar la correspondiente carta de terminación del contrato. Y en caso de que no lo haga, no sólo debe pagar la correspondiente indemnización sino que, además, el despido es ineficaz. Esto significa que existe una suerte de omisión relativa del Legislador, puesto que el ordinal acusado no consagró una protección suficiente a la maternidad.

UNIDAD NORMATIVA/DESPIDO DE MUJER EMBARAZADA SIN AUTORIZACION PREVIA-Caso de servidoras públicas

La Corte considera necesario extender los alcances de la presente sentencia integradora a estos artículos que regulan el mecanismo indemnizatorio en el caso de las servidoras públicas, aun cuando, como es obvio, sin que se desconozcan las reglas jurídicas especiales que rigen estas servidoras, según que se trate de relación contractual (trabajadora oficial) o de relación legal y reglamentaria (empleada pública). Por ello, la Corte precisará que la indemnización prevista por esas normas es exequible, siempre y cuando se entienda que carece de todo efecto el despido de una servidora pública durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, en el caso de las trabajadoras oficiales, o sin la correspondiente resolución motivada del jefe del respectivo, en donde se verifique la justa causa para el despido, en el caso de las empleadas públicas.

Como se puede observar de la lectura y análisis de la Sentencia C-470 de 1997, sobre la cual el apoderado de la parte demandante sustenta el recurso de apelación contra la sentencia del A quo, la demandante no se encuentra

dentro de la situación que describe el ordinal 3º del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1990, pues, a la fecha de la declaratoria de la insubsistencia, no estaba en estado de gravedad para recibir del Estado protección reforzada a sus derechos.

Y, finalmente, también se alude a la Sentencia T – 148 de 2 de marzo de 2012 de la Corte Constitucional⁵, en donde se dijo:

“[...] De conformidad con la línea trazada por la Corte en la sentencia T-198 de 2006, recogida por la sentencia T-906 de 2011, “se encuentra establecido que se presenta una clara diferencia entre los conceptos de discapacidad e invalidez. En efecto, podría afirmarse que la discapacidad es el género, mientras que la invalidez es la especie, y en consecuencia no siempre que existe discapacidad necesariamente nos encontramos frente a una persona inválida. La invalidez sería el producto de una discapacidad severa”. De allí se desprende que si una persona pierde el 50% o más de su capacidad laboral, es inválida y pertenece al grupo más amplio de discapacitados; y si pierde menos del 50%, es discapacitada. Sin embargo, este concepto de discapacidad obliga a que la persona haya sido calificada, exigencia que la jurisprudencia constitucional no ha impuesto a las personas que aspiran ser cubiertas por la estabilidad laboral reforzada. Esto implica, entonces, que la estabilidad laboral reforzada no es un derecho exclusivo de los discapacitados calificados sino también de los no calificados, pues la discapacidad es una condición comprobable empíricamente en la realidad que no puede sujetarse a una formalidad como el dictamen de las Juntas de

⁵ 1.1.1. El demandante aseguró haber trabajado en el Juzgado Segundo Civil Municipal de Santa Marta desde el 16 de junio de 1987 hasta el 03 de marzo de 2011 como notificador, “fecha en la cual fue notificado de su desvinculación de la carrera administrativa, por haber obtenido una calificación insatisfactoria”.

1.1.2. Señaló que interpuso recurso de reposición en contra de esta decisión, argumentando que su padecimiento de epilepsia fue determinante al momento de calificarlo de manera insatisfactoria, enfermedad que, a su juicio, ha “incidió en su estado psicológico y social, y de contera afecta su comportamiento laboral”. Finalmente, esta decisión no fue repuesta, ya que la juez del Juzgado demandado afirmó no tener conocimiento de que el recurrente sufriera de epilepsia.

1.1.3. Sin embargo, el accionante manifestó en la demanda de tutela que “nunca le notificó nada a la funcionaria actual, de manera verbal, pero éste era un hecho del cual se tenía conocimiento por parte de todos los funcionarios del Juzgado, y en época anterior, cuando hizo una licencia en ese Despacho, ella tuvo conocimiento de mí (sic) situación particular, debido a una incapacidad que presentó el señor CARLOS MARIO SILVA, y además porque él mismo se lo comentó de manera directa”¹⁴.

Calificación de Invalidez, en estricto apego al principio de la primacía de la realidad sobre las formas (art. 53 de la C.N.).

Cuando un trabajador que razonablemente pueda catalogarse como persona (i) con discapacidad, (ii) con disminución física, síquica o sensorial en un grado relevante, y (iii) en general todas aquellos que (a) tengan una afectación grave en su salud; (b) esa circunstancia les 'impida[a] o dificult[e] sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares', y (c) se tema que, en esas condiciones particulares, pueden ser discriminados por ese solo hecho, está en circunstancias de debilidad manifiesta y, por tanto, tiene derecho a la 'estabilidad laboral reforzada.

Es forzoso que el empleador conozca la discapacidad del trabajador como instrumento de protección de la seguridad jurídica. Esto evade el hecho de que posteriormente en la jurisdicción se asuma intempestivamente que el trabajador es discapacitado y se le impongan al empleador diversas obligaciones que no preveía, debido a su desconocimiento de la discapacidad. Ahora bien, este deber del trabajador de informar no está sometido a ninguna formalidad en la legislación actual, de modo que atropellaría la Sala el artículo 84 constitucional si impone vía jurisprudencia algún requisito formal para efectos del ejercicio de los derechos que se desprenden de la discapacidad. De tal suerte que el deber de informar puede concretarse con la historia clínica, con frecuentes incapacidades e, incluso, con la realidad cuando ella es apta para dar cuenta de la discapacidad, en concordancia con el principio de primacía de la realidad sobre las formas.

La Sala admite que la importancia del mérito en los cargos de carrera, como materialización de los principios de eficacia y eficiencia en la función pública, podría conllevar a un desconocimiento del derecho a la estabilidad laboral reforzada de las personas con alguna limitación física, sensorial o síquica, razón por la cual juzga oportuno ponderar y armonizar los principios de eficacia y eficiencia con el derecho a la estabilidad laboral reforzada (Se subrayó)

En esta sentencia de tutela, la Corte analizó un caso en el cual la persona demandante y que acudió a la protección de su derecho fundamental al trabajo sufría de epilepsia que es una enfermedad que se manifiesta a través de convulsiones, de lo cual el empleador, en el caso analizado, tenía pleno conocimiento del hecho así no hubiese sido informado por el trabajador,

pues, según se cuenta en la demanda, muchas veces en el sitio de trabajo se presentaron episodios de la enfermedad.

Lo anterior no se puede equiparar a la del caso en estudio porque aquella situación del enfermo de epilepsia cuando se presentan las convulsiones las personas y compañeros de trabajo que están a su alrededor se enteran; en cambio el hecho que le ocurrió a la aquí demandante tenía que ser informado por la trabajadora a su empleador como era su deber ya que no se puede presumir tal circunstancia.

De acuerdo con lo anterior, en esta oportunidad, la Sala hace énfasis en que es una obligación legal del trabajador poner en conocimiento del empleador las situaciones adversas que se presenten en su integridad personal y que se relacionen con la salud, con lo cual se evita obtener provecho de la falta de información del empleador que como lo dijo la Corte, pues, de esta manera se *“evade el hecho de que posteriormente en la jurisdicción se asuma intempestivamente que el trabajador es discapacitado y se le impongan al empleador diversas obligaciones que no preveía, debido a su desconocimiento de la discapacidad”*.

En conclusión, no se demostró que la atribución legal de que está investido el nominador para nombrar y remover libremente a los empleados, se hubiese desviado hacia fines distintos al mejoramiento del servicio público y menos que la declaratoria de insubsistencia, en este caso, hubiese sido porque la demandante se encontrara discapacitada. Por tanto, no hay lugar a que se aplique el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Así, pues, como el cargo endilgado a la sentencia de primera instancia, no se demostró, se debe confirmar la sentencia proferida por el a quo.

Por lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segundas – Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de dieciséis (16) de diciembre de dos mil catorce (2014) proferida por la Subsección “B” de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el proceso adelantado por la señora MARÍA CRISTINA ROSARIO BLANCO CONTRERAS contra el Departamento de Cundinamarca, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. Por la Secretaría de la Sección Segunda devuélvase el proceso al Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “B”, y déjense las constancias de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Providencia estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ
Consejera

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ (E)
Consejero

CARMELO PERDOMO CUÉTER
Consejero

(Impedido)