



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B**

CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., primero (1º) de junio de dos mil diecisiete (2017).

Radicado No.	250002342000201402869 01
No. Interno:	4778-2015
Actor:	Arisalenis Mosquera Bonilla.
Demandado:	Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.
Trámite:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho / Segunda Instancia.
Asunto:	Establecer si el acto de aceptación de renuncia es el resultado de la fuerza o coacción o, si en su defecto, hubo una vulneración al fuero de maternidad.

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección de 1º de julio de 2016¹, después de surtidas a cabalidad las demás etapas procesales y de establecer que no obran en el proceso irregularidades o nulidades procesales que deban ser saneadas, para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 14 de agosto de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C², por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda incoada por la señora Arisalenis Mosquera Bonilla en contra de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

1. ANTECEDENTES³

1.1 La demanda y sus fundamentos.

Arisalenis Mosquera Bonilla, por intermedio de apoderado judicial⁴, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho – *Ley 1437 de 2011*-, presentó demanda con el fin de que se declare la nulidad de la Resolución 2014520000465 de 14 de enero de 2014, por medio del cual la Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios aceptó su renuncia al cargo de Director Técnico, código 0100, grado 20.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho solicitó, el reintegro, sin solución de continuidad, al cargo que ocupaba o a otro de igual o superior categoría; el pago de salarios, prestaciones y demás

¹ Informe visible a folio 258.

² Con ponencia de la Dra. Amparo Oviedo Pinto.

³ Demanda visible a folios 1 a 23.

⁴ La abogada Carmen Virgilia Valencia Mosquera.

emolumentos dejados de percibir inherentes al empleo que ocupaba, con efectividad desde la fecha del retiro y hasta cuando sea reincorporada al servicio público; el reconocimiento de la sanción moratoria por el despido injusto; y, la cancelación de perjuicios morales y materiales causados evaluados en 527 salarios mínimos legales vigentes.

Para una mejor comprensión del caso, la Sala se permite realizar un resumen de la situación fáctica presentada por el apoderado de la demandante, así:

Indicó que la señora Arisalenis Mosquera Bonilla estuvo vinculada en la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, inicialmente, en el cargo de Profesional Especializado código 2028 grado 15, desde el 4 de octubre de 2007 hasta el 1º de febrero de 2009; luego, como Directora Territorial Suroccidente (e) desde el 2 de febrero de 2009 al 15 de diciembre de 2011; y finalmente, como Directora de Entidades Intervenidas y en Liquidación del 16 de diciembre de 2011 al 15 de enero de 2014.

Comentó, de un lado, que el 4 de octubre de 2013 nació su hijo, razón por la que estuvo incapacitada hasta el 9 de enero de 2014, inclusive; y de otro, que a sabiendas de que ostentaba un cargo de libre nombramiento y remoción y que se encontraba protegida laboralmente por encontrarse en un periodo de lactancia, presentó renuncia al cargo que venía desempeñando por cuanto el Secretario General de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios se la solicitó el 13 de enero de 2014.

Afirmó que por medio de la Resolución 2014520000465 de 14 de enero de 2014, la Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios aceptó su renuncia a partir del 15 de enero del mismo año.

En su sentir, no debieron haber aceptado su renuncia por cuanto se encontraba cobijada por un régimen excepcional por ser junto a su hijo sujetos de especial protección de Estado, tras encontrarse en el periodo de lactancia, el cual se encuentra establecido en el artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo⁵; en ese sentido, se vulneraron derechos irrenunciables, máxime cuando existía una familia que dependía económicamente de ella.

1.2 Normas violadas y concepto de violación.

Como disposiciones violadas citó las siguientes:

Constitución Política, los artículos 11, 13, 43 y 44; y Ley 153 de 1887, artículo 12.

Como concepto de violación de las normas invocadas, la demandante consideró que el acto acusado está viciado de nulidad, por las siguientes razones:

La Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios al aceptar su renuncia desconoció los derechos de las mujeres que se encuentran en gestación y lactancia, pues además de que estuvo obligada a perder la estabilidad laboral, el mínimo vital y cualquier otra posibilidad de seguir desarrollando su vida en condiciones de normalidad, no se tuvo en cuenta que se debió garantizar el buen cuidado y la alimentación del recién nacido.

⁵ “(...) **ARTICULO 238. DESCANSO REMUNERADO DURANTE LA LACTANCIA.**

1. <Numeral modificado por el artículo 7o. del Decreto 13 de 1967. El nuevo texto es el siguiente:> El {empleador} esta en la obligación de conceder a la trabajadora dos descansos, de treinta (30) minutos cada uno, dentro de la jornada para amamantar a su hijo, sin descuento alguno en el salario por dicho concepto, durante los primeros seis (6) meses de edad.

(...)”.

Enunció que han sido varios los pronunciamientos⁶ en materia del denominado fuero de maternidad que busca proteger a la madre del recién nacido, específicamente, en relación con el permiso que se debe exigir al Inspector de Trabajo para despedir a una mujer embarazada o en periodo de lactancia.

Agregó que el Inspector de Trabajo solo podrá otorgar el permiso si verifica la existencia de alguna de las justas causas que tiene el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo (sic⁷), situación que no ocurrió en su caso, por cuanto además de que contaba con buenos puntajes en la calificación de servicios y una conducta ejemplar, no existió razón alguna que sustentara su despido.

1.3 Contestación de la demanda.

La Superintendencia de Servicios Públicos, mediante apoderado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoada por la parte actora con fundamento en los siguientes argumentos:

Indicó que la demandante y su hijo no estaban protegidos laboralmente, por cuanto el fuero de maternidad cubre el embarazo y los 3 meses posteriores al parto, es decir que finalizó el 9 de enero de 2014, tiempo antes de que presentara la renuncia.

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias T-005 de 2009, T179 de 1993, T694 de 1996, entre otras.

⁷ La señora Arisalenis Mosquera Bonilla mantenía una vinculación legal y reglamentaria.

Afirmó que el Secretario General de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en ningún momento le solicitó la renuncia a la señora Arisalenis Mosquera Bonilla, tan es así que en ésta no se hizo alusión alguna al citado funcionario.

Destacó que la renuncia presentada por la demandante es la manifestación inequívoca de la voluntad de querer dejar el cargo por su propia voluntad; no obstante, si en gracia de discusión se admitiera que la dimisión fuera protocolaria, se debe tener en cuenta que el Consejo de Estado⁸ ha establecido, que esta situación busca dejar en libertad al nominador para que tome las medidas pertinentes de nombrar al personal directivo o de confianza, y con ello, no recurrir a la insubsistencia.

Expresó que a la demandante no se le despidió ni se desvinculó de manera unilateral, dado que la terminación de su vínculo laboral se ocasionó como consecuencia de la renuncia espontánea que presentó, es por esta razón que no se puede alegar vulneración del fuero de maternidad, pues además de que éste ya había fenecido, fue una determinación voluntaria.

Afirmó que la demandante no demostró la calidad de madre cabeza de familia, pues esta información no la informó durante la vinculación legal y reglamentaria que mantuvo con la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y, además, en el registro civil del menor se encuentran los datos del padre, con lo cual se prueba que no está bajo el cuidado exclusivo de la madre.

⁸ CONSEJO DE ESTADO, sentencia de 25 de marzo de 2010, radicado interno 7716-2005, C. P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

Finalmente propuso las siguientes excepciones: presentación de la renuncia en forma libre y espontánea; inexistencia del fuero de maternidad y de la calidad de madre cabeza de familia.

1.4 La sentencia apelada⁹.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C¹⁰, mediante sentencia de 14 de agosto de 2015, declaró probadas las excepciones de mérito propuestas por la entidad demandada y negó las pretensiones de la demanda. Lo anterior por las razones que a continuación se pasan a exponer:

Enunció, de un lado, que por disposición del artículo 5^o de la Ley 909 de 2004, el cargo de Director Técnico de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios es de aquellos que corresponde a los denominados libre nombramiento y remoción; y de otro, que el artículo 41 *ibídem* estableció como una de las causales de retiro, la renuncia regularmente aceptada.

Precisó, de conformidad al alcance jurisprudencial¹¹ que se le ha brindado a la renuncia protocolaria, que el nominador se encuentra facultado para insinuar o pedir a los empleados de libre nombramiento y remoción la deserción del cargo, teniendo en cuenta que no gozan de fuero de estabilidad propio de los escalafonados en carrera administrativa.

Agregó que el fuero de maternidad comprende varios amparos, entre ellos, el derecho de la empleada o trabajadora a disfrutar de un descanso

⁹ Visible a folios 181 a 207 del expediente.

¹⁰ Con ponencia de la Dra. Amparo Oviedo Pinto.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, sentencia de 12 de julio de 2012, expediente 050012331000199802319 01, C. P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

remunerado antes y después del parto, la prestación de servicios médicos y hospitalarios, la licencia remunerada para la lactancia del recién nacido y la estabilidad laboral reforzada. Ahora bien, este fuero comprende el periodo de gestación y los tres meses posteriores al parto.

Afirmó que si bien es cierto se estableció que la Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios se posesionó el 4 de julio de 2013 y que algunos empleados presentaron la renuncia protocolaria, también lo es que, entre ellos no se encontraba la demandante, dada su condición de gravidez.

Señaló que no es de recibo la afirmación de la demandante, según la cual, el superior jerárquico le solicitó le renuncia protocolaria luego de que se le venciera la licencia de maternidad; pues dentro del expediente no obra prueba que demuestre tal situación; pero si en gracia de discusión se admitiera lo contrario, este proceder encuentra sustento en la facultad discrecional del nominador, que le permite sugerir a los empleados de libre nombramiento y remoción, la presentación de sus renunciaciones, bajo el concepto de renuncia protocolaria.

Destacó que si la renuncia provocada tuvo lugar dentro del periodo de lactancia (*6 meses después del parto*) y la empleada estima que su retiro tuvo origen en la discriminación por su condición de madre lactante, así debió demostrarlo, ya que el simple señalamiento no es suficiente para la prosperidad de sus pretensiones, puesto que superada la licencia de maternidad, incluso podía ser removida libremente.

1.5 El recurso de apelación

La parte demandante interpuso recurso de apelación con fundamento en los motivos que se exponen a continuación¹²:

Aseguró que la renuncia al cargo que ostentaba la señora Arisalenis Mosquera Bonilla fue provocada.

Destacó que es madre cabeza de familia que no cuenta con ningún otro sustento económico y que su desvinculación se produjo dentro del periodo de maternidad y lactancia, concretamente, a los 3 meses y 10 días posteriores a la fecha del parto, en ese sentido, quedó despojada de la protección en salud, alimentación y bienestar que solventaba con el empleo.

Enunció que se encontraba en fuero de lactancia, cuando fue despedida con la aceptación de la renuncia provocada, situación que no se podía presentar dado que debía solicitar permiso a la oficina del trabajo para efectos de desvincularla, máxime cuando se encontraba en la primera semana de lactancia.

II. CONSIDERACIONES

Planteamiento del problema jurídico

De acuerdo a lo señalado en la sentencia de primera instancia y atendiendo los motivos de oposición aducidos por la parte demandante en calidad de apelante único, se extrae que en el *sub-lite* el problema jurídico se contrae a determinar, de un lado, si la renuncia presentada por la señora Arisalenis Mosquera Bonilla al empleo de Director Técnico código 0100 grado 20, fue

¹² Visible a folios 181 a 207 del expediente.

de carácter libre y espontánea o, si por el contrario, es el resultado de la fuerza o coacción ejercida por la Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, en abierta contradicción a lo dispuesto en los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973; y de otro, si a la citada señora se le vulneró el fuero de maternidad.

Para desatar los problemas jurídicos se abordarán los siguientes aspectos: i) de la renuncia como causal de retiro del servicio; ii) del amparo laboral de la mujer en estado de embarazo o en periodo de lactancia; y, iii) del caso en concreto.

i. De la renuncia como causal de retiro del servicio

En primer lugar se debe tener en cuenta que de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua¹³, renunciar es el acto de “*Dimisión o dejación voluntaria de algo que se posee, o del derecho a ello*”, por su parte, desde el punto de vista legal y jurisprudencial ha sido concebida como aquella en la que no cabe duda acerca de la voluntad de quien la suscribe, de cesar en el ejercicio del empleo que se viene desempeñando¹⁴. Otra de las definiciones que ha adoptado esta Corporación es la siguiente¹⁵:

“(...) la renuncia es un acto espontáneo y voluntario por excelencia, nacido de la libre facultad intrínseca que posee la persona de hacerlo o no hacerlo. Si no cumplen estas condiciones, es indudable que aquélla carece de tales elementos y está, por tanto, viciada y no puede producir los efectos que sufría una dimisión presentada sin coacciones de ninguna especie (...)”.

¹³ <http://lema.rae.es/drae/?val=renuncia>.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, sentencia de 23 de enero de 2003, radicación No. 25000-23-25-000-2000-1405-01, C.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, sentencia de 10 de junio de 1992, expediente No. 4068, C.P. Dr. Álvaro Lecompte Luna

Una vez que se ha definido el concepto de renuncia, es pertinente destacar que dentro de las causales de retiro del servicio, se encuentra la renuncia regularmente aceptada de un empleo público, entendida ésta como la manifestación espontánea y voluntaria de separarse definitivamente del ejercicio de la función pública.

Lo anterior, debe precisarse, constituye un desarrollo del derecho de “*escogencia de profesión u oficio*” previsto en el artículo 26 de la Constitución Política, según el cual, toda persona es libre de escoger o dejar de lado un oficio u profesión, de acuerdo a sus intereses, sin que existan limitaciones distintas de aquellas que pretendan salvaguardar la continuidad y buena prestación del servicio.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia T-374 de 5 de abril de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynnet, sostuvo:

“(...) La libertad se despliega de maneras diversas a través del ordenamiento. El derecho a ocupar cargos públicos supone el derecho a renunciar al cargo, pues constituye desarrollo de la libertad de la persona decidir si permanece o no en un cargo. En este orden de ideas, por principio la decisión sobre la permanencia en un cargo, o en un puesto de trabajo, no puede restringirse o impedirse.

Ahora bien, al ser la renuncia a un cargo público manifestación de la voluntad personal, es decir, una expresión del ejercicio de su libertad, el deber de respeto de la libertad exigible al Estado comporta la obligación de aceptar, dentro de un término razonable, la renuncia. En estas condiciones, la actuación de las autoridades demandadas, antes que configurarse en una violación de sus derechos políticos fundamentales, supone el cumplimiento del deber jurídico de respeto por el ejercicio de su libertad. (...).”

En relación con la causal de retiro del servicio en comento, el Decreto 2400 de 1968, “*Por el cual se modifican las normas que regulan la administración*

del personal civil”, en su artículo 27 preceptuó que, quien sirva en un empleo de voluntaria aceptación puede manifestar su dimisión voluntariamente. Así se observa en la citada norma.

“(…) ARTICULO 27. Todo el que sirva un empleo de voluntaria aceptación puede renunciarlo libremente.

La renuncia se produce cuando el empleado manifiesta en forma escrita e inequívoca su voluntad de separarse definitivamente del servicio.

La providencia por medio de la cual se acepte la renuncia deberá determinar la fecha de retiro y el empleado no podrá dejar de ejercer sus funciones antes del plazo señalado, so pena de incurrir en las sanciones a que haya lugar por abandono del cargo. La fecha que se determine para el retiro no podrá ser posterior a treinta (30) días después de presentada la renuncia; al cumplirse este plazo el empleado podrá separarse de su cargo sin incurrir en el abandono del empleo.

Quedan terminantemente prohibidas y carecerán en absoluto de valor, las renunciaciones en blanco o sin fecha determinada o que mediante cualquier otras circunstancias pongan con anticipación en manos del Jefe del organismo la suerte del empleado.

Cuando el empleado estuviere inscrito en el escalafón, la renuncia del cargo conlleva la renuncia a su situación dentro de la carrera respectiva.”.

En este mismo sentido, el Decreto 1950 de 1973, en su artículo 110, reiteró la posibilidad con que cuenta un servidor público de dejar sus funciones mediante la renuncia regularmente aceptada, precisando para ello que, una vez esta sea puesta en conocimiento de la administración, la autoridad nominadora, deberá pronunciarse en relación con su aceptación, dentro de los 30 días siguientes a su presentación, en caso contrario, el servidor público podrá separarse de su empleo, sin incurrir en abandono del cargo o continuar prestando sus servicios, evento en el cual la renuncia presentada no producirá efecto alguno.

Para mayor ilustración se transcriben los artículos 110 y 113 del Decreto 1950 de 1973.

“(...) ARTICULO 110. Todo el que sirva un empleo de voluntaria aceptación puede renunciarlo libremente.

(...)

ARTICULO 113. Presentada la renuncia, su aceptación por la autoridad competente se producirá por escrito y en la providencia correspondiente deberá determinarse la fecha en que se hará efectiva, que no podrá ser posterior a treinta (30) días de su presentación.

Vencido el término señalado en el presente artículo sin que se haya decidido sobre la renuncia, el funcionario dimitente podrá separarse del cargo sin incurrir en abandono del empleo, o continuar en el desempeño del mismo, caso en el cual la renuncia no producirá efecto alguno. (...).”

Y, en relación con la Ley 909 de 2004¹⁶, vigente para el momento en que se presentó la dimisión de la señora Arisalenis Mosquera Bonilla, se preservó dentro como causal de retiro de la función pública de los empleos de libre nombramiento y remoción así como los de carrera administrativa, la renuncia regularmente aceptada, en los siguientes términos:

“(...) ARTÍCULO 41. CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;

b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;

c) <Literal INEXEQUIBLE>

d) Por renuncia regularmente aceptada;

e) <Literal CONDICIONALMENTE exequible> Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;

f) Por invalidez absoluta;

g) Por edad de retiro forzoso;

h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;

i) <Literal CONDICIONALMENTE exequible> Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;

j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 50. de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;

k) Por orden o decisión judicial;

¹⁶ *“(...) Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones. (...).”*

- l) Por supresión del empleo;
- m) Por muerte;
- n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.
(...)" (Lo resaltado en negrilla es de la Sala).

Sea la oportunidad para señalar que el acto administrativo que acepta la renuncia, reconoce efectos jurídicos irrevocables, y además, goza de presunción de legalidad.

i..i Renuncia protocolaria

Las renunciaciones protocolarias se producen por la voluntad inequívoca del funcionario de dejar en libertad al nominador para reorganizar la dependencia respectiva, designando a las personas que a su juicio sean las más idóneas para el ejercicio del cargo.

En el mismo sentido, es preciso indicar respecto de la solicitud de la renuncia, que esta conducta por parte de la administración se acostumbra a realizar más como un acto de cortesía, para no hacer uso de la facultad discrecional de la que se encuentra investido el nominador, máxime cuando se halla frente a un empleado que no goza de fuero de estabilidad.

Al respecto, esta Corporación en sentencia de 25 de marzo de 2010, Consejero Ponente Doctor Luis Rafael Vergara Quintero, radicado interno No. 7716-2005, se consideró:

“Esta situación se ha denominado jurisprudencialmente como RENUNCIA PROTOCOLARIA, con la cual se busca dejar en libertad al nominador para que tome las medidas que considere pertinentes frente al personal Directivo o de confianza, sin necesidad de recurrir al retiro del servicio mediante la declaración de insubsistencia”.

También se ha sostenido, que en niveles directivos de libre nombramiento y remoción la insinuación de la presentación de la renuncia no es ilegal, pues ello obedece, en razón de la naturaleza del cargo, a la posibilidad de la máxima autoridad de la entidad de conformar su equipo de trabajo y de permitirle al funcionario una salida ajena a cualquier connotación negativa, que aunque equivocada, tiene la decisión de que su cargo sea declarado insubsistente.

Obsérvese cómo en sentencia de 29 de mayo de 2008, se confirma lo mencionado¹⁷:

“(...) En efecto, esta Corporación ha sostenido en varias 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 desviado sino que tal postura atiende a consideraciones de distinta índole dada la importancia del cargo, que le permiten al respectivo funcionario desvincularse de una manera más decorosa de la entidad, evitando la declaratoria de insubsistencia.”

Así las cosas, la solicitud de renuncia a funcionarios públicos del nivel directivo, por parte de la autoridad nominadora (investida de la facultad de libre nombramiento y remoción), no constituye una conducta desviada de la administración, atendiendo el rango y las atribuciones de responsabilidad y confianza que deben manejar quienes ocupan dichos cargos.

ii. Amparo laboral de la mujer en estado de embarazo o en periodo de lactancia.

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, sentencia de 29 de mayo de 2008, radicado interno No. 7119-2005, C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

El Legislador, desde antes de la expedición de la Constitución de 1991, ha considerado que la mujer embarazada o en lactancia requiere de una especial protección del Estado, y por eso ha consagrado una serie de medidas de riguroso obedecimiento orientadas a asegurar y garantizar esa protección, prueba de ello, fue con la expedición de la Ley 53 de 1938 “*por la cual se protege la maternidad*”, dado que estableció que:

“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.”

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

“(…) Art. 2. El artículo 3º 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. (…)”

Por su parte, el Decreto 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 se 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".

Ya con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, se pretendió a través del artículo 13, que el Estado protegiera "*especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta*" y debe sancionar "*los abusos o maltratos que contra ellos se cometan*"¹⁸; fue por ello que, entre otros, el artículo 43 *ibídem*, estableció una protección especial de la mujer embarazada y en estado de lactancia al señalar que ella "*gozará de especial asistencia y protección del Estado*" y además el artículo 53 superior, consagró los principios mínimos fundamentales que deben observarse en el

¹⁸ Sentencia C-531 de 2000 que estudió la constitucionalidad de la ley 361 de 1997, mediante la cual se consagró la figura de la protección laboral reforzada a favor de los discapacitados.

estatuto del trabajo, dentro de los cuales se encuentra el principio de estabilidad en el empleo¹⁹.

Con fundamento en estas tres disposiciones constitucionales, tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como la legislación, han protegido especialmente a la mujer embarazada en materia laboral. En efecto, en la sentencia SU-070 del 13 de febrero de 2013²⁰, la citada Corte unificó su criterio en lo que se refiere a la protección laboral reforzada de la mujer embarazada frente a cualquier forma de vinculación existente tanto en el sector público como privado, y las medidas sustitutivas de protección del fuero de maternidad en los eventos que no sea factible ordenar el reintegro, por haber operado causas objetivas, generales y legítimas que ponen fin a la relación laboral.

De manera puntual, en ese fallo la Corte habló del tratamiento cuando se trata de empleada embarazada que ocupaba en provisionalidad un cargo de carrera y el cargo sale a concurso o es suprimido. Dijo la Corte:

“(...) Cuando se trata de una trabajadora que ocupaba en provisionalidad un cargo de carrera y el cargo sale a concurso o es suprimido, se aplicarán las siguientes reglas: (i) Si el cargo sale a concurso, el último cargo a proveerse por quienes lo hayan ganado, deberá ser el de la mujer

¹⁹ Sobre la definición de los principios mínimos fundamentales, se puede consultar la sentencia T-434 de 2008, en la que se afirmó que: “*El principio de estabilidad en el empleo hace parte del conjunto de mandatos constitucionales que informan el desarrollo de las relaciones laborales, y que fueron agrupados por el constituyente bajo la categoría de principios mínimos fundamentales (artículo 53 CP), normas que determinan la solución constitucionalmente adecuada a la tensión que se presenta entre la libertad de empresa y la autonomía privada –fundamento legítimo del actuar del empresario-, y la efectividad del derecho fundamental al trabajo (artículo 25 CP) en condiciones dignas y justas, así como en la construcción de un orden social justo*”.

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia SU070/13, sentencia 13 de febrero de 2013, Acciones de tutela interpuestas individualmente por treinta y tres (33) mujeres contra distintas personas jurídicas y naturales {El ANEXO # 1 contiene un índice con el detalle de las demandantes y los demandados, C. P. Dr. Alexei Julio Estrada.

*embarazada. Lo anterior, teniendo en cuenta que el cargo a ser proveído y la plaza en la que se desempeñará quien ganó el concurso, debe ser el mismo para el que aplicó. **Cuando deba surtirse el cargo de la mujer embarazada o lactante por quién ganó el concurso de méritos, se deberá pagar a la mujer embarazada la protección consistente en el pago de prestaciones que garanticen la licencia de maternidad;** (ii) si hubo supresión del cargo o liquidación de la entidad, se le debe garantizar a la trabajadora en provisionalidad, la permanencia en el cargo hasta que se configure la licencia de maternidad o de ser ello imposible, el pago de salarios y prestaciones, hasta que la trabajadora adquiera el derecho a gozar de la licencia". (Lo Resaltado y subrayado es de la Sala).*

Ahora bien, en el sector privado la estabilidad reforzada de la mujer gestante o lactante, amparada por el fuero de maternidad, se encuentra desarrolla en el Código Sustantivo del Trabajo, concretamente, en los artículos 239 y 240, los cuales prevén:

"(...) ARTÍCULO 239. PROHIBICIÓN DE DESPIDO. <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 1822 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:>

1. <Numeral CONDICIONALMENTE exequible> Ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia sin la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa.

2. Se presume el despido efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando este haya tenido lugar dentro del período de embarazo y/o dentro de los tres meses posteriores al parto.

3. Las trabajadoras que trata el numeral uno (1) de este artículo, que sean despedidas sin autorización de las autoridades competentes, tendrán derecho al pago adicional de una indemnización igual a sesenta (60) días de trabajo, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con su contrato de trabajo.

4. En el caso de la mujer trabajadora que por alguna razón excepcional no disfrute de la semana preparto obligatoria, y/o de algunas de las diecisiete (17) semanas de descanso, tendrá derecho al pago de las semanas que no gozó de licencia. En caso de parto múltiple tendrá el derecho al pago de dos (2) semanas adicionales y, en caso de que el hijo sea prematuro, al pago de la diferencia de tiempo entre la fecha del alumbramiento y el nacimiento a término.

ARTICULO 240. PERMISO PARA DESPEDIR.

1. <Numeral CONDICIONALMENTE exequible> Para poder despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o los tres meses posteriores al parto, el {empleador} necesita la autorización del Inspector del Trabajo, o del Alcalde Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario.

2. El permiso de que trata este artículo sólo puede concederse con el fundamento en alguna de las causas que tiene el {empleador} para dar por terminado el contrato de trabajo y que se enumeran en los artículos [62](#) y [63](#). Antes de resolver, el funcionario debe oír a la trabajadora y practicar todas las pruebas conducentes solicitadas por las partes.
3. Cuando sea un Alcalde Municipal quien conozca de la solicitud de permiso, su providencia tiene carácter provisional y debe ser revisada por el Inspector del Trabajo residente en el lugar más cercano.

”

Por su parte, en el sector público la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública, se protegió la maternidad estableciendo lo siguiente:

“(...) ARTÍCULO 51. PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD.

1. No procederá el retiro de una funcionaria con nombramiento provisional, ocurrido con anterioridad a la vigencia de esta ley, mientras se encuentre en estado de embarazo o en licencia de maternidad.
2. Cuando un cargo de carrera administrativa se encuentre provisto mediante nombramiento en período de prueba con una empleada en estado de embarazo, dicho periodo se interrumpirá y se reiniciará una vez culminé el término de la licencia de maternidad.
3. Cuando una empleada de carrera en estado de embarazo obtenga evaluación de servicios no satisfactoria, la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento se producirá dentro de los ocho (8) días calendario siguientes al vencimiento de la licencia de maternidad.
4. Cuando por razones del buen servicio deba suprimirse un cargo de carrera administrativa ocupado por una empleada en estado de embarazo y no fuere posible su incorporación en otro igual o equivalente, deberá pagársele, a título de indemnización por maternidad, el valor de la remuneración que dejare de percibir entre la fecha de la supresión efectiva del cargo y la fecha probable del parto, y 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 (3) meses posteriores al parto, más las doce (12) semanas de descanso remunerado a que se tiene derecho como licencia de maternidad. A la anterior indemnización tendrán derecho las empleadas de libre nombramiento y remoción y las nombradas provisionalmente con anterioridad a la vigencia de esta ley.

PARÁGRAFO 1o. Las empleadas de carrera administrativa tendrán derecho a la indemnización de que trata el presente artículo, sin perjuicio de la indemnización a que tiene derecho la empleada de carrera

administrativa, por la supresión del empleo del cual es titular, a que se refiere el artículo 44 de la presente ley.

PARÁGRAFO 2o. En todos los casos y para los efectos del presente artículo, la empleada deberá dar aviso por escrito al jefe de la entidad inmediatamente obtenga el diagnóstico médico de su estado de embarazo, mediante la presentación de la respectiva certificación. (...)."

En ese orden de ideas, la estabilidad reforzada laboral de la mujer en embarazo tiene por objetivo impedir que cualquier trabajadora, por razón o causa del embarazo, sea despedida. De allí que la presunción legal entiende que el despido tiene por motivo el embarazo o la lactancia, cuando durante la gestación o dentro de los tres meses siguientes al parto se termina la relación laboral, sin justa causa para ello y sin la observancia de los procedimientos legales establecidos.

iii. Caso en concreto.

Precisó el apoderado de la señora Arisalenis Mosquera Bonilla en el recurso de apelación, dos cargos en particular, el primero, que la renuncia al cargo fue provocada, es decir, que no fue libre y espontánea; y el segundo, que no se tuvo en cuenta su condición de madre lactante, el cual debía ser protegido por parte de la administración.

Con miras a resolver los puntos objeto de controversia, conforme al material probatorio obrante en el expediente, la Sala realizará las siguientes precisiones:

A través de la Resolución SSPD 2007524005915 de 18 de septiembre de 2007 la Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios nombró en provisionalidad a la señora Arisalenis Mosquera Bonilla en el cargo de

Profesional Especializado código 2028, grado 15²¹, del cual tomó posesión el 4 de octubre del mismo año²².

En virtud de la Resolución 20095240002265 de 28 de enero de 2009, la misma autoridad administrativa, encargó a partir del 2 de febrero de 2009 a la demandante de cargo de Director Territorial código 0042, grado 17, asignado a la Dirección Territorial Sur Occidente de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios²³.

Mediante Resolución SSPD 20115240041255 de 15 de diciembre de 2011, el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios nombró a la señora Arisalenis Mosquera Bonilla como Director Técnico código 0100, grado 20,

El 13 de enero de 2014 la señora Arisalenis Mosquera Bonilla presentó la renuncia al cargo que venía desempeñando, en los siguientes términos²⁴:

*“(...) De manera respetuosa presento renuncia al cargo de Directora de Entidades Intervenidas y en Liquidación de la SSPD; no sin antes agradecer toda la confianza, el apoyo y oportunidad brindada durante el tiempo que laboré para la entidad.
(...)”*

Por medio de la Resolución 2014520000465 de 14 de enero de 2014 la Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios aceptó, a partir del 15 de enero del mismo año, la renuncia presentada por Arisalenis Mosquera Bonilla al cargo de Director Técnico código 0100, grado 20²⁵.

²¹ Visible a folios 68 y 69 del cuaderno de pruebas.

²² Información tomada del Acta de Posesión 000094 visible a folio 70 del cuaderno de pruebas.

²³ Visible a folio 93 del cuaderno de pruebas.

²⁴ Visible a folio 16 del cuaderno principal.

²⁵ Visible a folio 15 del cuaderno principal.

A folio 17 del expediente se evidencia del Registro Civil de Nacimiento de Salem David Hinestroza Mosquera, que nació el 4 de octubre de 2004 y que la señora Arisalenis Mosquera Bonilla es su madre.

El 20 de mayo de 2015, la Coordinadora Grupo de Gestión Documental y Correspondencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios informó que revisado el Sistema de Gestión Documental en el periodo comprendido entre el 4 de julio al 31 de agosto de 2013, época en la que se posesionó la Superintendente, presentaron la renuncia las siguientes personas:

Fecha	Nombre	Cargo
19/07/2013	Martha Oliva Medina Mora	Secretario Ejecutivo 4210-18
24/07/2013	Rene Alexander Carvajal Riveros	Profesional Especializado grado 17
05/08/2013	Ramón Fernando Antolinez	Superintendente Delegado para Energía y gas combustible
06/08/2013	María Constanza Mejía	Asesor
06/08/2013	Carlos Alonso Plazas Rojas	Asesor
09/08/2013	María Cristina Álzate Posada	Asesor
09/08/2013	Anselmo Silva Avendaño	Técnico Administrativo grado 18
27/08/2013	Yudy Lorena Salamanca Ríos	Técnico Administrativo grado 17

Pues bien, teniendo en cuenta lo expuesto en el primer acápite que antecede, resulta pertinente recordar que de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 27 del Decreto 2400 de 1968 y 110 y 113 de 1950 de 1973 el acto de la renuncia contiene una serie de elementos característicos que tipifican la expresión de la voluntad del empleado, entre ellos la manifestación propia, espontánea e inequívocamente dirigida a dejar el empleo.

Lo anterior constituye una expresión de la solemnidad de que debe estar rodeado el acto de renuncia, a saber, la forma exacta y precisa en que el empleado público manifiesta su voluntad de dejar sus funciones, en contraposición a las fórmulas imprecisas que pueden dar lugar a confusiones.

Sobre este particular, vale la pena señalar, que la doctrina²⁶ ha sostenido que el acto de renuncia cuenta con características concurrentes entre ellas:

“(…)

- *Debe ser espontánea, expresión del libre albedrío pleno, por oposición al acto presionado, sugerido, provocado, inducido o compelido; es decir, libre de toda coacción o vicio que pueda desvirtuar la voluntad.*
- *Individual, o propia de la persona, por oposición a la colectiva o de arrastre presionado.*
- *Expresa, en cuanto a forma solemne para su validez, e inequívoca, como expresión de voluntad. Debe consignarse en forma exacta y precisa, por oposición a las fórmulas simples protocolarias y vagas.*
- *Escrita, como única forma jurídica de expresión, por exclusión de la verbal. (…).”*

Teniendo en cuenta la situación concreta de la demandante, en lo que se refiere a la renuncia presentada al cargo que venía desempeñando en la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios vale la pena señalar que en el *sub lite*, no se observa una fuerza, coacción o vicio por parte de la Superintendente o de algún otro funcionario que la hubiera llevado a tomar dicha decisión.

En efecto, si bien la señora Arisalenis Mosquera Bonilla manifestó en el recurso de apelación que su renuncia al cargo de Director Técnico código 0100, grado 20, obedeció a que la nominadora se encontraba conformando

²⁶ VILLEGAS ARBELÁEZ, Jairo, Derecho Administrativo Laboral, Tomo I, octava edición, Legis 2008. Pág. 431.

su grupo de trabajo, resulta que tal circunstancia no se encuentra probada dentro del expediente; por el contrario, advierte la Sala que la dimisión presentada por la demandante fue libre, espontánea y alejada de cualquier provocación, presión o sugerencia que realizara la Superintendente o cualquiera de sus colaboradores.

En otras palabras, de la renuncia presentada por la demandante se evidencia que reúne la totalidad de los requisitos previstos en los artículos 27 del Decreto 2400 de 1968 y 110 y 113 del Decreto 1950 de 1973 lo anterior, en primer lugar, porque el escrito de 13 de enero de 2014 constituye una declaración propia, en la medida en que está suscrita por la demandante, tal y como lo acepta en el escrito de la demanda y en el recurso de apelación; en segundo lugar, porque contiene la manifestación inequívoca, esto es, libre de condicionamientos de dejar el empleo que venía desempeñando y, en finalmente, porque ni del escrito de renuncia ni del expediente se desprende indicio o prueba que sugiera que la señora Arisalenis Mosquera Bonilla hubiera sido constreñida u obligada a presentar su renuncia al cargo que venía ocupando.

Ahora, si bien la Coordinadora de Gestión Documental y Correspondencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios informó que durante los dos meses siguientes a la fecha de posesión de la Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios ocho personas habían renunciado a sus cargos, esto es, entre julio y agosto de 2013, se debe tener en cuenta que solo hasta el 13 de enero de 2014 la demandante presentó la renuncia, con lo cual se puede concluir que, en ningún momento existió la solicitud de la renuncia protocolaria.

Pero si en gracia de discusión se admitiera lo contrario, se debe tener en cuenta que la insinuación de renuncia, constituye un mecanismo protocolario encaminado a evitar la expedición de un acto de insubsistencia, pues sin estar amparada por los derechos que confiere la carrera administrativa ni por algún otro sistema o fuero de estabilidad, se encuentra bajo el imperio de una potestad discrecional de libre nombramiento y remoción y, en consecuencia, en una situación de confianza distinta de la que se advierte en los demás niveles de la administración²⁷.

Por otra parte, no es de recibo el argumento de la demandante, según el cual, el retiro se produjo dentro del periodo de lactancia, pues, de un lado, la estabilidad reforzada laboral de la mujer en embarazo se extiende por tres meses siguientes al parto, es decir que en su caso su fuero se prorrogó hasta el 4 de enero de 2014, si se tiene en cuenta que el menor nació el 4 de octubre de 2013; y de otro, en el *sub lite* no se está cuestionado un acto de despido en donde la nominadora deba tener en cuenta todas las situaciones jurídicas que amparen a un empleado, sino que se analiza si el acto administrativo por medio del cual se acepta la renuncia, fue el resultado de la fuerza o, si en su defecto, estuvo ajeno a los fines del servicio público.

Al respecto vale la pena señalar que la voluntad libre y espontánea del empleado está sobre cualquier fuero, ya que si bien el nominador puede contar con la facultad de solicitar la renuncia protocolaria a sus subalternos, el empleador también puede hacer uso o no de su voluntad de aceptar tal proposición, incluso, a costas de perder ciertos beneficios como es el fuero de maternidad.

²⁷ CONSEJO DE ESTADO, sentencia de 30 de marzo de 2017, radicado 150012331000200900058 01, C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, debe concluirse que la renuncia presentada por la señora Arisalenis Mosquera Bonilla al cargo de Director Técnico código 0100, grado 20 de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios reúne la totalidad de los requisitos o elementos característicos previstos en los artículos 27 del Decreto 2400 de 1968 y 110 y 113 del Decreto 1950 de 1973 esto en la medida en que, como quedó visto, fue un acto propio, con un sólo fin y espontáneo, toda vez que, no obra prueba del que el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios o algún otro funcionario del citado ente, hubiera ejercido una fuerza o coacción en su contra para lograr tal propósito; y por lo mismo, habrá de confirmar la sentencia del *A – quo*, que negó las pretensiones de la demanda.

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

CONFIRMAR la sentencia de 14 de agosto 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda incoada por la señora Arisalenis Mosquera Bonilla en contra de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, de conformidad a lo expuesto a la parte motiva de la presente providencia.

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

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

CARMELO PERDOMO CUÉTER

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ