



RAMA JUDICIAL DEL PODER
JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLÍN

Veintiséis (26) de junio de dos mil trece (2013)

Acción	Nulidad y Restablecimiento -Laboral
Demandante	YESENIA MENCO MENCO
Demandado	MUNICIPIO DE NECHÍ
Radicado	Nº 05001 33 33 010 2012 00199 00
Providencia	Sentencia No. 7 de 2013

Procede el Juzgado a emitir sentencia de primera instancia en el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter laboral promovida por la YESENIA MARÍA MENCO MENCO en contra del MUNICIPIO DE NECHÍ - ANTIOQUIA.

1. ANTECEDENTES.

Se solicita se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Decreto Número 109 del 29 de marzo de 2012, emitida por la entidad demandada, por la cual se declaró insubsistente a la señora YESENIA MARÍA MENCO MENCO como Secretaria de Hacienda, del Municipio de Nechí. Como consecuencia de la anterior declaración, solicita que se reintegre a la demandante en el cargo que ostentaba antes de su retiro o en su defecto, a uno similar. También implora que se indique que no hubo solución de continuidad, por lo que se le deberá cancelar todos los emolumentos comprendidos entre el momento en que fue separada de la administración, hasta que se de cumplimiento al fallo y todo lo atinente al pago de los valores correspondientes a la seguridad social. Esas sumas de dinero deberán ser reajustadas con fundamento en el IPC. Por último, que se condene en costas y solicita la aplicación del artículo 192 del CPACA.

2. HECHOS.

2.1 El Alcalde Municipal de Nechí mediante el Decreto No. 079 del 31 de Agosto 31 de 2010 nombró a la señora Yesenia María Menco Menco, identificada con la cedula de ciudadanía No. 33.069.728, para desempeñar el cargo de Secretaria de Hacienda y Tesorera Municipal de Nechí, de la Planta de Personal del Municipio de Nechí, con una asignación básica mensual de \$ 1.091.545,00.

2.2 La señora Yesenia María Menco Menco, tomó posesión del cargo como Secretaria de Hacienda y Tesorera Municipal de Nechí, de la Planta de Personal del Municipio de Nechí, el 31 agosto de 2010, con el lleno de los requisitos determinados en el Manual de Funciones y Competencias Laborales vigente para dicho momento.



- 2.3 Que la señora Yesenia María Menco Menco inició Licencia de Maternidad, por el nacimiento de su hijo Juan Felipe Alarcón Menco, ocurrido el día 9 de diciembre de 2011.
- 2.4 Que mediante Decreto No.108 del 13 de Diciembre de 2011, se prorrogó el encargo al señor Luís Alberto Regino Villera, del cargo de Secretario de Hacienda y Tesorero Municipal, mientras durara la Licencia de Maternidad de su titular - en este caso - de Yesenia María Menco Menco.
- 2.5 Que el señor Eduardo Enrique Cabrera Urbina, en octubre del año 2011 ganó las elecciones de Alcalde en representación de un movimiento político opuesto al cual milita Yesenia María Menco Menco, para lo cual toma posesión del cargo de Alcalde Municipal de Nechí, el 1º de enero de 2012.
- 2.6 Que mediante Decreto No.0005 del 03 de enero de 2012, se dio por terminado el encargo del señor Luís Alberto Regino Villera, del cargo de Secretario de Hacienda y Tesorero Municipal, lo cual fue notificado mediante oficio No.00021 del 03 de enero de 2012.
- 2.7 Que en el mismo Decreto No.0005 del 03 de enero de 2012, se encargó temporalmente al señor Evaristo Manuel Márquez Tejada, en el empleo de Secretario de Hacienda y Tesorero Municipal, quien no venía vinculado a la Administración para el momento de su encargo, porque como se explicó, la titular del cargo disfrutaba de la licencia de maternidad
- 2.8 Que la señora Yesenia María Menco Menco se reincorporó a su empleo el día 29 de marzo de 2012, una vez terminó la Licencia de Maternidad por el nacimiento de su hijo Juan Felipe, que inició el 09 de diciembre de 2011.
- 2.9 Que mediante el Decreto No. 0109 del 29 de Marzo de 2012, procedió el nuevo Alcalde Municipal a declarar insubsistente a la señora Yesenia María Menco Menco, del cargo de Secretaria de Hacienda y Tesorera Municipal de Nechí, violentando el derecho Constitucional que le asiste por ley a la madre y al menor como es la protección a la maternidad y lactancia, por lo que ella cuenta con estabilidad laboral reforzada en el empleo, con el fin de continuar con la lactancia a favor del menor.
- 2.10 Durante la vigencia de la relación legal y reglamentaria que vinculó a señora Yesenia María Menco Menco, el cargo de Secretaria de Hacienda y Tesorera Municipal de Nechí, de la Planta de Personal del Municipio de Nechí, cumplió sus funciones con eficiencia, responsabilidad, honestidad y diligencia, observando y conservando a cabalidad con las exigencias impuestas por el Manual de Funciones, por el jefe inmediato y siempre buscando la buena prestación del servicio.
- 2.11 Igualmente durante la vigencia de la relación legal y reglamentaria, la señora Yesenia María Menco Menco en ningún momento fue investigada disciplinariamente por ninguna autoridad competente.



2.12 En el momento de la desvinculación de la señora Yesenia María Menco Menco por la Declaratoria de Insubsistencia del cargo de Secretaria de Hacienda y Tesorera Municipal de Nechí, devengaba una asignación mensual promedio de \$ 2.344.825,00.

3. NORMAS VULNERADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

Como normas violadas y concepto de violación señala la trasgresión del Preámbulo de la Constitución Política de Colombia y artículos 1º, 2º, 6º, 13, 25, 53, 90 y 125, de la Constitución Política. Además, hace relación las siguientes normas: Ley 1437 de 2011 artículos 155-2, 156-3, 138, 157, 163 192 y demás artículos concordantes; Ley 446 de 1998 artículo 16, Ley 734 de 2002 y demás leyes concordantes junto a la jurisprudencia de la jurisdicción Contenciosa Administrativa que se asimile a los hechos y normas planteadas.

En su concepto de violación afirma:

“...El acto administrativo que se ataca con esta demanda es susceptible de nulidad y restablecimiento del derecho de conformidad con el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) por cuanto los fines que tuvo en cuenta el señor Eduardo Cabrera Urbiña, Alcalde Municipal de Nechí, son diferentes del interés público y general de la colectividad; porque el propósito que persiguió es otro al previsto en la ley que le atribuye la competencia discrecional, con arreglo a las normas vigentes, para desvincular a un empleado con nombramiento de Libre Nombramiento y Remoción; toda vez que no persiguió razones del buen servicio en las funciones que debía desplegar la Secretaria de Hacienda y Tesorera Municipal de Nechí, menos aún donde la misma Corte Constitucional ha sostenido que aquella discrecionalidad del nominador no es absoluta, como se lee en la Sentencia de Unificación No.917 de 2010.

Igualmente la doctrina y la jurisprudencia de las altas cortes afirman que, en los actos administrativos cuando se da la desviación de poder, se hace referencia a un vicio de tipo subjetivo, en el sentido de que el autor del acto es quien conoce las intenciones y fines que se tienen al expedirlo, porque se presenta bajo una aparente legalidad, para el caso planteado, no queda la menor duda de su certeza al existir prueba directa, plena y objetiva, como representar un movimiento político opuesto al que ella militaba, lo llevó a declararla insubsistente sin tener en cuenta el tiempo de lactancia que debió esperar que se cumpliera para poder utilizar la facultad discrecional

Está tan demostrada la desviación de poder en la expedición del Decreto No.0109 del 29 de marzo de 2012, que ordenó declarar insubsistente del cargo de Secretaria de Hacienda y Tesorera Municipal de Nechí; y como consecuencia de ello la desvinculación de la señora Yesenia María Menco Menco al día siguiente de haber regresado de su licencia de maternidad, ya que ella se reincorporó el 29 de marzo de 2012 e inmediatamente le fue entregado el acto administrativo, sin mediar notificación o comunicación alguna, simplemente se le informó verbalmente de tal hecho y se le entregó físicamente copia del Decreto N° 0109, siendo a todas luces una desviación de poder en el Acto Administrativo el cual se impugna ya que ella gozaba de la estabilidad laboral reforzada como un



derecho fundamental y que implica una garantía real y efectiva de protección a favor de las empleadas en estado de gestación o de lactancia – en este caso en particular.

En consecuencia, por su especial situación, la madre en la época de lactancia ostenta una particular protección por parte del Estado. De acuerdo con lo anterior, la legislación colombiana ha reforzado la protección constitucional a la maternidad, con una serie de beneficios que amparan a las madres trabajadoras y ha consagrado la prohibición de despido en estado de embarazo o lactancia”.

4. RESPUESTA A LA DEMANDA.

La entidad demandada presentó la contestación de la demanda de manera oportuna, tal como se verifica a folios 57 y siguientes. En su escrito señaló que parte de los hechos eran ciertos, pero que nunca se obró por motivos de índole política y que además se le respetaron los términos de maternidad. Propuso las excepciones de falsa motivación de las pretensiones de la demandante para impugnar el acto de retiro de la administración municipal de Nechí, cobro de lo no debido en su integridad y la genérica

5. AUDIENCIA INICIAL.

El 4 de abril de 2013, se llevó a cabo la Audiencia Inicial de que trata el artículo 180 del CPACA y que obra a folios 158. Es de advertir que ninguno de los apoderados asistió, lo que no impidió el desarrollo de la misma. El Juzgado determinó que las excepciones presentadas en contestación a la demanda no configuraban tales desde el punto de vista procesal; se determinaron los hechos a probar y se decretaron las pruebas conducentes y pertinentes.

Sobre los oficios se dijo lo siguiente:

“... Los oficios de las pruebas decretadas quedan a disposición de la parte interesada para que gestione dentro del término correspondiente, lo necesario para su práctica; entendiéndose que la parte demandante desiste de su ejecución, si éstos no son recogidos en el término de diez (10) días a partir del día siguiente de la celebración de ésta audiencia. Se advierte al Municipio de Nechí, que el oficio que reciba de la parte demandante para aportar la documentación ordenada como medio de prueba en esta audiencia, deberá aportarla en un término no mayor a cinco (05) días hábiles; además de allegarla, tal y como lo dispone el artículo 289 del CPC, dándose traslado Secretarial por cinco días a efectos de que se cumpla el principio de contradicción”.

6. AUDIENCIA DE PRUEBAS.

Esta diligencia tuvo lugar el 4 de junio de 2013, según consta a folios 169. En ella se señaló que como los exhortos no habían sido reclamados a tiempo por la parte



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLÍN

Radicado 2012-199

Demandante: YESENIA MARÍA MENCO MENCO

Demandado: MUNICIPIO DE NECHÍ

Referencia: FALLO

Página 5

demandante, en el plazo fijado por el Despacho, se entendió que habían desistido. En cuanto a los testigos y a la parte demandante, no concurrieron a la diligencia.

Al considerar innecesaria la realización de audiencia de alegaciones y juzgamiento, se ordenó allegar los alegatos de conclusión escritos, que se sintetizan a continuación.

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

7.1 PARTE DEMANDANTE.

Es de anotar que no alegó de conclusión.

7.2 PARTE DEMANDA.

En su breve escrito señala que el período de lactancia fue respetado, que no tiene fuero de estabilidad y que su declaratoria de insubsistencia no obedeció a motivos políticos ni relacionados con la maternidad de la actora.

8. CONCEPTO DEL PROCURADOR.

En su extenso documento, primero hace una disertación de las pretensiones, hechos y fundamentos de la demanda. Luego narra lo sucedido con la contestación de la demanda y el trámite de la misma.

Luego de un profundo análisis sobre los temas de la declaración de insubsistencia y de desviación de poder, así como de las normas que protegen la maternidad señala lo siguiente:

“... El juzgamiento de la arbitrariedad del señor Alcalde de Nechí en el ejercicio de su facultad discrecional se basa en determinar si ese poder de remoción se utilizó en forma legal o arbitraria, y esta carga le correspondía exclusivamente a la actora que, en sentir de esta Agencia del Ministerio Público, no colma las aspiraciones probatorias para inclinar la balanza a su favor. Así las cosas, para este defensor judicial, en el sub lite, después de realizar el examen de las pruebas y hacer el estudio crítico racional, se puede concluir que no hubo desvío de poder, ni se contravinieron las normas que sustentan dicha potestad, lo cual no afecta el acto hasta el punto de pretender desvirtuar la presunción de legalidad que lo ampara.

Esta presunción de legalidad del acto administrativo de retiro no quedó desvirtuada en el plenario por la accionante, quien en cumplimiento de la carga de



probar que la decisión fue adoptada con algún motivo o fin específico ajeno al interés general, no se dio en el presente caso, toda vez que los medios probatorios arrimados al expediente no permiten determinar la discriminación o persecución alegada por la señora YESENIA MARÍA MENCO MENCO.

“ ..”

“.. Los comentarios normativos que anteceden y las probanzas que militan en el expediente llevan a concluir por parte de esta Agencia Ministerial que si el nacimiento del hijo de la señora YESENIA MARÍA MENCO MENCO tuvo lugar el día nueve (9) de diciembre de 2011, según el certificado de nacido vivo y el acta de registro civil de nacimiento visibles a folios 25 y 25 del expediente, los que se cotejan con la licencia de maternidad por catorce (14) semanas – o 98 días - expedida por la Clínica Pajonal Ltda., es claro que la misma tuvo su finalización el día 17 de marzo de 2012. Y si a ello se le suma lo predicado en las líneas precedentes teniendo en cuenta que el acto declaratorio de insubsistencia, Decreto 0109, tuvo lugar el día 29 de marzo de los mismos mes y año, el espacio de tiempo había sido ya superado en amplio margen al momento de emitirse por parte del burgomaestre el citado decreto, pues se reitera que ya había concluido su licencia de maternidad y por ende la afectación de su mínimo vital y de su descendencia no sufrieron desmedro alguno.

Nota final: El anexo visible a folios 24 no se compadece con los demás aportados al proceso, pues trata de una incapacidad o licencia que expide la entidad Coomeva EPS, la cual no guarda concordancia con las demás pruebas, toda vez que tiene una vigencia totalmente diferente – inicial 10 de enero de 2012 y final 16 de abril del mismo año- lo cual, en sentir de esta Delegación, a más de ser reconocido dicho error por la apoderada de la actora en el numeral quinto (5°) del acápite probatorio, podría dar pié a inducir en error al sentenciador al momento de su verdadera valoración, pues bastaba la aportada a folios 23”..

Como corolario de lo antes expuesto, esta Agencia del Ministerio Público solicita del señor Juez del conocimiento, con toda cortesía, despachar desfavorablemente las súplicas de la demanda”.

9. CONSIDERACIONES.

Debe determinar el despacho si al momento de promulgarse el Decreto #0109 del 29 de marzo de 2012, expedido por el señor alcalde del municipio de Nechí, mediante la cual se declaró insubsistente a la señora Yesenia María Menco (demandante) del cargo de Secretaria de hacienda y Tesorera Municipal de Nechí - Antioquia y cuya notificación personal se realizó 30 de marzo de 2012, a la actora la protegía la protección reforzada de la maternidad y lactancia, y por esa causal deviene la nulidad del acto impugnado.



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLÍN

Radicado 2012-199

Demandante: YESENIA MARÍA MENCO MENCO

Demandado: MUNICIPIO DE NECHÍ

Referencia: FALLO

Página 7

10. HECHOS PROBADOS.

Sea lo primero decir que con los antecedentes administrativos y los documentos adosados a la demanda, la accionante estuvo trabajando para el Municipio de Nechí, en diversos cargos, desde el año 2004 hasta el 29 de marzo de 2012, fecha en la cual se le declaró insubsistente, mediante decreto 109 del 29 de marzo de 2012, emitido por el Alcalde de Nechí. (Folios 17 y del 64 al 154).

Sin embargo, lo que observa el Despacho es que el registro civil de nacimiento de JUAN FELIPE ALARCÓN MENCO y el certificado de nacido vivo que obran a folios 25 y 26, no están en copia auténtica. Es de anotar que la parte actora los solicitó por exhorto, lo cual fue decretado por el Despacho en la audiencia inicial, pero con la condición de que en el término de diez días hábiles siguientes a la finalización de la audiencia, estos fueran reclamados, cuestión que no sucedió, por lo que se entendió desistida la prueba.

Este elemento probatorio es fundamental ya que para las licencias de maternidad, la prueba idónea es el registro civil de nacimiento que ordena la ley 1468 de junio 30 de 2011. Aún más, las pruebas de parentesco entre una y otra persona, solo se pueden acreditar con la copia auténtica del registro civil.

De otra parte, la licencia de maternidad se acredita no con el certificado médico como el que obra a folios 23, sino con la certificación de incapacidad dada por la EPS COOMEVA, el cual está en copia simple a folios 24. Es de anotar que la parte actora los solicitó por exhorto, lo cual fue decretado por el Despacho en la audiencia inicial, pero con la condición de que en el término de diez días hábiles siguientes a la finalización de la audiencia, estos fueran reclamados, cuestión que no sucedió, por lo que se entendió desistida la prueba.

11. EL TEMA DE LA MATERNIDAD.

Es de anotar que desde los artículos 43 y 56 de la Carta Política se consagra una protección especial a la mujer y a la maternidad.

Ahora bien, el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 2° de la Ley 1468 de 2011 consagra la prohibición de despedir, sin hacer ninguna salvedad, a la trabajadora que se encuentre en embarazo o lactancia.

Fuera de lo anterior, la disposición contenida en el artículo 240 de la misma obra, en lo concerniente al permiso para despedir a una trabajadora durante el periodo de embarazo o los tres meses posteriores al parto, necesita - el empleador o nominador en este caso - la autorización del Inspector del Trabajo, o del Alcalde Municipal, en los lugares en donde no existiere aquel funcionario, practicando las pruebas que fueren conducentes y previamente haber sido oída la trabajadora o funcionaria.

Ese beneficio, es de un período de 14 semanas, y según la Ley 1468 de 2011, puede ampliarse a 16 semanas, como el en caso de embarazo múltiple.



También cabe resaltar que en múltiples oportunidades, la Corte Constitucional, vía acción de tutela ha protegido los derechos fundamentales de los menores y de la mujer en estado de embarazo, tal como lo ha hecho en fallos como el T-404 de 2005 o T- 649 de 2009.

12. CASO CONCRETO.

En el caso sometido a estudio, todas las partes de la litis reconocen que la Señora YESENIA MARÍA MENCO MENCO, fue objeto de una licencia de maternidad y que fue declarada insubsistente por el Decreto #0109 del 29 de marzo de 2012, proferido por la Alcaldía de Nechí - Antioquia y que fue comunicado el 20 de marzo de 2012.

Pero debido a los defectos probatorios en que incurrió la parte actora, que no puede suplir el Juez de Oficio, nunca se pudo determinar con precisión, dos elementos fundamentales para establecer la licencia de maternidad:

- 1- Cuando nació el menor de edad, y la relación de parentesco con la accionante que se acredita copia auténtica del registro civil de nacimiento, prueba insustituible.
- 2- La fecha de inicio de la licencia de maternidad, que se constata con el certificado original de la EPS.

En vista de que no se pudo establecer estos hechos, para el Despacho es imposible declarar la nulidad del Decreto #0109 del 29 de marzo de 2012, emitido por la Alcaldía Municipal de Nechí, ya que no tiene elementos probatorios para contabilizar con exactitud el tiempo de protección especial que le da Constitución y la Ley para evitar el retiro de una funcionaria, debido a su estado de gravidez.

Dado lo anterior, se deniegan las pretensiones de la demanda.

Con respecto a la condena en costas, conforme con lo establecido por el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con lo regulado por el numeral 9 del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, norma que determina que *“Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*, no se condena a ninguna de las partes, ya que no se encuentra demostrado en el expediente que se hayan generado las mismas.

Con fundamento en lo expuesto, el **JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLÍN**, en nombre de la República y por autoridad de la ley,



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLÍN

Radicado 2012-199

Demandante: YESENIA MARÍA MENCO MENCO

Demandado: MUNICIPIO DE NECHÍ

Referencia: FALLO

Página 9

F A L L A

1. **NEGAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA**, dentro del negocio de la referencia.
2. **ARCHIVAR** el expediente una vez en firme la presente decisión.
3. **NO CONDENAR** en costas, conforme a lo expuesto en la parte motiva.
4. La presente providencia se notificará personalmente a las partes y al Ministerio Público conforme dispone el artículo 203 de la Ley 1437 de 2011.
5. **ARCHIVAR** el expediente una vez en firme la presente decisión.

NOTIFÍQUESE

DIEGO ALBERTO VÉLEZ GIRALDO
JUEZ