

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA - Se deberá pagar la protección consistente en el pago de prestaciones que garanticen la licencia de maternidad / EMPLEADA PROVISIONAL - El retiro no obedeció a la supresión del cargo, sino al nombramiento de la persona de la lista de elegibles / CONCURSO DE MÉRITOS - Nombramiento en propiedad de quien estaba en lista de elegibles

Corresponde a la Sala determinar si como lo plantea la actora en su impugnación, en aplicación de la sentencia T-353 de 2016 debe ordenarse como medida sustitutiva en su caso, pagarle el valor de los salarios dejados de percibir desde cuando fue retirada hasta tres meses después del parto, y las cotizaciones a la E.P.S., a la cual se encuentra afiliada, desde el momento de su retiro hasta cuando su hijo cumpla un año de vida. O si la medida sustitutiva ordenada por el Tribunal en el fallo impugnado, para que se le reconozca los aportes al Sistema de Salud, con el fin de que el Sistema Social de Seguridad Social le garantice el disfrute efectivo del derecho a la licencia de maternidad que le asiste, así como la prestación integral del servicio de salud que requieran tanto la accionante como su hijo recién nacido, se ajusta a lo que ha determinado la jurisprudencia en situaciones como la de la actora (...). En el caso que nos ocupa, el retiro de la [actora] no obedeció a la supresión del cargo, sino al nombramiento de la persona que aparece en lista de elegibles, por eso el Tribunal aplicó (...), como medida sustitutiva: se deberá pagar a la mujer embarazada la protección consistente en el pago de prestaciones que garanticen la licencia de maternidad (...). Teniendo en cuenta que el asunto revisado (...) no es igual a la de la [actora], porque en su caso el retiro obedeció al nombramiento en propiedad de quien estaba en lista de elegibles por haber ganado concurso de méritos, estima esta Sala que la medida sustitutiva asumida por el Tribunal en el fallo impugnado se ajusta a las pautas que ha delineado nuestro Tribunal constitucional para situaciones como la suya.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 86 / DECRETO 2591 DE 1991

NOTA DE RELATORÍA: Respecto de la estabilidad laboral reforzada de mujer embarazada, ver: Corte Constitucional, sentencia T- 353 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, sentencia SU-070 de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejero ponente: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

Bogotá, D.C., nueve (9) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 50001-23-33-000-2016-00549-01 (AC)

Actor: MARÍA JOSEFINA PRETELT AYALA

Demandado: SALA ADMINISTRATIVA DEL CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DEL META, DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE VILLAVICENCIO Y OTRO

La Sala decide la impugnación interpuesta contra la sentencia del 19 de agosto de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, que en el trámite de la acción de tutela de la referencia resolvió:

“PRIMERO: NEGAR las pretensiones objeto de la tutela presentada por la señora María Josefina Pretelt Ayala.

SEGUNDO: EXHORTAR al Consejo Seccional de la Judicatura del Meta y a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Seccional Villavicencio, Meta, para que, si aún no lo hubiere hecho, adelante las gestiones pertinentes a reconocer a la señora María Josefina Pretelt Ayala, los aportes al Sistema de Salud, con el fin de que el Sistema de Seguridad Social le garantice el disfrute efectivo del derecho a la licencia de maternidad que le asiste, así como la prestación integral del servicio de salud que requieren tanto la accionante como su hijo recién nacido.”

ANTECEDENTES

El 5 de agosto de 2016¹, actuando en su propio nombre, la señora MARÍA JOSEFINA PRETELT AYALA instauró acción de tutela contra la DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE VILLAVICENCIO, LA SALA ADMINISTRATIVA DEL CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DEL META Y EL JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO MIXTO DE VILLAVICENCIO, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, trabajo, mínimo vital , seguridad social y fuero de maternidad.

1. Pretensiones

Las pretensiones de la demanda de tutela son las siguientes:

“1. Que se tutelen mis derechos fundamentales y los de mi hijo que está por nacer, a la estabilidad laboral reforzada, al trabajo, al mínimo vital, a la seguridad social y el fuero de maternidad.

2. Que como consecuencia del amparo concedido se ordene, en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de la providencia, lo siguiente:

¹ Ver fl.12.

- *ORDENAR a la SALA ADMINISTRATIVA DEL CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DEL META, que proceda a reintegrarme o en su defecto a reubicarme en un cargo de igual o mejor categoría del que venía ocupando en provisionalidad en la RAMA JUDICIAL - Seccional Villavicencio.*

- *ORDENAR a la DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL VILLAVICENCIO que me reconozca y cancele los salarios y demás prestaciones laborales dejadas de percibir desde el despido hasta el momento que se haga efectivo el reintegro.”*

2. Hechos

Del expediente, se advierten como hechos relevantes los siguientes:

2.1. Que mediante Resolución No. 4 del 10 de noviembre de 2015 fue nombrada en provisionalidad como sustanciadora del Juzgado Noveno Administrativo Mixto del Circuito de Villavicencio, y el mismo día se posesionó.

2.2. Informa que en febrero de 2016 el Juzgado Noveno Administrativo nombró en propiedad en el otro cargo de sustanciadora a la señora Paola Cagua, a quien se le concedió licencia no remunerada para ejercer un cargo en otro despacho, y por el tiempo que durase su licencia se nombró en provisionalidad a María Alejandra Merchán.

2.3. Dice que el 29 de marzo de 2016 informó a la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura del Meta y al Juzgado Noveno Administrativo Mixto del Circuito de Villavicencio, que se encontraba en estado de embarazo.

2.4. Indica que el 4 de abril de 2016 la mencionada Sala envió al Juzgado la lista de elegibles de la persona (Andrea del Pilar Muñoz), quien había optado para ocupar en propiedad el cargo de sustanciadora que ella ejercía en provisionalidad, pese a tener conocimiento de su estado de embarazo.

2.5. Afirma que una vez fue nombrada la señora Andrea del Pilar Muñoz, declinó el nombramiento. Motivo por el cual el Juzgado comunicó tal situación, y nuevamente, mediante Acuerdo SCJMA16-688 del 10 de junio de 2016, la referida Sala volvió a enviar lista de elegibles, y la primera de esa lista rechazó el

nombramiento, pero la segunda -Ana milena Jojoa Jojoa- aceptó, y el Juzgado la nombró en propiedad, terminando su relación laboral el 2 de agosto de 2016.

3. Fundamentos de la acción

Sostiene la demandante que las accionadas vulneran los derechos cuyo amparo solicita, porque conforme el artículo 43 Superior, durante el embarazo y después del parto la mujer goza de una protección laboral reforzada, por tanto no puede ser despedida. Además, señala que de conformidad con el artículo 25-2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, desarrollado por el artículo 10-2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que hacen parte del bloque de constitucionalidad, los estados partes están obligados a conceder especial protección laboral a la mujer en estado de gestación.

Solicita se apliquen los precedentes de la jurisprudencia constitucional relacionados con la protección laboral reforzada que merece la mujer en estado de embarazo (mencionó las sentencias SU-70 de 2013, T-238 de 2015 y T-092 de 2016, entre otras).

4. Trámite impartido e intervinientes

4.1. Mediante providencia del 8 de agosto de 2016 el Magistrado del Tribunal Administrativo del Meta inicialmente designado como ponente manifestó su impedimento (fl.14), y por auto del 10 del mismo mes y año fue aceptado el impedimento (fls.16-17²).

El nuevo ponente, mediante auto del 11 de agosto de 2016 admitió la acción de tutela y dispuso vincular a las señoras María Alejandra Merchán y Ana Milena Jojoa Jojoa, como terceras con interés (fl.18³).

Estando a despacho del suscrito para resolver la impugnación contra el fallo proferido por Tribunal, se evidenció que mediante oficio No. 4217 del 19 de

² Expediente remitido de la Corte Constitucional.

³ *Ibidem*.

octubre de 2016 el Secretario del Tribunal Administrativo del Meta informó al Secretario del Consejo de Estado, que por error involuntario había remitido el original del expediente a la Corte Constitucional. Motivo por el cual a través de proveído del 24 de noviembre de 2016 este despacho ordenó oficiar a la Corte Constitucional para que remitiera el referido expediente, ya que con las piezas procesales existentes no era posible entrar a decidir la impugnación (fls.31-32).

El 20 de enero de 2017 fue recibido en el Consejo de Estado el expediente enviado por la Corte Constitucional (fl.43 cuaderno inicial), y al despacho fue subido el 2 de febrero de 2017(fl.45).

4.2. **El Consejo Seccional de la Judicatura del Meta** (fl.26⁴), a través de su Presidenta solicitó negar la tutela, al estimar que no se le ha conculcado ningún derecho fundamental a la accionante, en tanto que procedía el retiro del empleo que ejercía en provisionalidad por una razón objetiva y legítima como es el nombramiento en propiedad de la persona que estaba en lista de elegibles con ocasión del concurso de méritos, sin perjuicio de la eventual medida de protección sustitutiva consistente en el reconocimiento de las prestaciones en materia de seguridad social en salud.

4.3. **El Juzgado Noveno Administrativo Mixto del Circuito de Villavicencio** (fls.27-32) por intermedio de su titular solicitó declarar que no se presentó vulneración de los derechos fundamentales invocados por la actora, por cuanto la línea jurisprudencial de las Altas Cortes es que no se vulneran o amenaza derechos cuando el empleo que se ocupa en provisionalidad debe ser provisto en propiedad con la persona que ganó el concurso de méritos. Situación que es ajena al estado de embarazo de la demandante, por consiguiente no tiene cabida el reintegro.

Que si bien en ese despacho existen dos cargos de sustanciador, los dos están provistos en propiedad. Dado que uno de ellos lo ocupa la señora Paola Alejandra Cagua Reina, que se halla en licencia no remunerada, y el vacante que ejercía en provisionalidad la actora se proveyó con el nombramiento en propiedad y posesión de Ana Milena Jojoa Jojoa, que dio lugar al retiro. Aclara que el nombramiento de la señora María Alejandra Merchán se produjo con ocasión de la licencia no remunerada de la señora Cagua Reina.

⁴ *Ídem.*

4.4. La Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Villavicencio (fls.52-59), por intermedio de la Coordinadora del Área de Asistencia Legal pidió se declare improcedente la acción de tutela, toda vez que el retiro de la demandante obedeció a una causa objetiva y legítima, cual es la designación en propiedad de quien estaba en lista de elegibles para ocupar el cargo por haber aprobado todas las etapas del concurso de méritos que en su momento convocó la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura para proveer los cargos de empleados de Tribunales, Juzgados y Centro de Servicios del Distrito Judicial de Villavicencio.

Con sustento en decisiones de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, expuso que el retiro de la actora no obedeció a su estado de embarazo, sino a una causal objetiva y razonable, y que en situaciones como esta lo que procede es garantizarle el derecho a la seguridad social de la gestante, mientras dure el embarazo y hasta la culminación de la licencia de maternidad.

5. Providencia impugnada

Mediante sentencia del 19 de agosto de 2016 (fls.63-70⁵), el Tribunal Administrativo del Meta negó las pretensiones de la tutela encaminadas al reintegro, pero como medida sustitutiva de protección exhortó a las accionadas, si aún no lo habían hecho, reconocer los aportes al Sistema de Salud con el fin de que se le garantice el disfrute efectivo del derecho a la licencia de maternidad y la prestación integral del servicio de salud a la actora y a su hijo recién nacido.

El Tribunal señaló que conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional una de las justas causas para la desvinculación del empleado que ejerce un cargo de carrera en provisionalidad es la provisión del cargo por concurso de méritos.

Dicho lo anterior, anotó que para el caso puntual de la mujer en estado de embarazo o lactante, si bien es cierto gozan de una estabilidad laboral reforzada, no es menos cierto que en los términos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional (citó la sentencia SU-070 de 2013), cuando ocupan un cargo en

⁵ Expediente remitido de la Corte Constitucional.

provisionalidad y deba ser retirada para surtir el empleo con quien ganó el concurso de méritos, se trata de una causal objetiva, general y legítima, y proceden medidas sustitutivas en razón de esa protección especial, consistente en reconocerle las cotizaciones respectivas a la seguridad social, después de la cesación de la relación laboral y hasta el momento en que acceda a la prestación económica de la licencia de maternidad.

Que si bien no estaba demostrado que la administración judicial no estuviera cumpliendo con dicho precedente jurisprudencial, procedía a exhortar a las instituciones accionadas para que si todavía no lo han hecho, garantizaran esa medida sustitutiva.

6. Impugnación

La anterior decisión fue impugnada por la actora (fls.76-86). Su inconformidad únicamente se centra en la medida sustitutiva ordenada en el fallo del Tribunal.

Luego de transcribir apartes de la sentencia T-353 de 2016, solicitó se aplique ese precedente relacionado con la medida sustitutiva que allí se dispuso, de manera que se ordene pagarle el valor de los salarios dejados de percibir desde cuando fue retirada hasta tres meses después del parto, y el pago de las cotizaciones a la E.P.S., a la cual se encuentra afiliada, desde el momento de su retiro hasta cuando el bebé cumpla un año de vida.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, reglamentado por el Decreto 2591 de 1991, fue concebida como un mecanismo para la protección inmediata, oportuna y adecuada de derechos fundamentales, ante situaciones de amenaza o vulneración, por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en casos concretos y excepcionales. Sin embargo, es subsidiaria a otras herramientas judiciales, salvo cuando se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2. Problema Jurídico

Corresponde a la Sala determinar si como lo plantea la actora en su impugnación, en aplicación de la sentencia T-353 de 2016 debe ordenarse como medida sustitutiva en su caso, pagarle el valor de los salarios dejados de percibir desde cuando fue retirada hasta tres meses después del parto, y las cotizaciones a la E.P.S., a la cual se encuentra afiliada, desde el momento de su retiro hasta cuando su hijo cumpla un año de vida.

O si la medida sustitutiva ordenada por el Tribunal en el fallo impugnado, para que se le reconozca *“los aportes al Sistema de Salud, con el fin de que el Sistema Social de Seguridad Social le garantice el disfrute efectivo del derecho a la licencia de maternidad que le asiste, así como la prestación integral del servicio de salud que requieran tanto la accionante como su hijo recién nacido”*, se ajusta a lo que ha determinado la jurisprudencia en situaciones como la de la actora.

3. Decisión del caso concreto

3.1. En la sentencia SU-070 del 13 de febrero de 2013, la Corte unificó 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 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". (Resaltado y subrayas ajenas al texto citado).

En el caso que nos ocupa, el retiro de la señora María Josefina Pretelt Ayala no obedeció a la supresión del cargo, sino al nombramiento de la persona que aparece en lista de elegibles, por eso el Tribunal aplicó el siguiente aparte del fallo de unificación, como medida sustitutiva: "se deberá pagar a la mujer embarazada la protección consistente en el pago de prestaciones que garanticen la licencia de maternidad".

3.2. Entre tanto, en la sentencia T-353 de 2016 -en virtud de la cual la accionante sostiene que la medida sustitutiva en su caso debe ser variada en las condiciones que lo plantea en su impugnación- la Corte analizó la situación de una funcionaria que desempeñaba un cargo de descongestión en la Rama Judicial, y estando en embarazo fue retirada al quedar suprimido el empleo por la terminación de la descongestión.

En ese fallo, además de reiterar lo relacionado con la protección del fuero de maternidad y que esa protección no está supeditada a que la mujer tenga la carga de notificar a su empleador acerca de su estado de gravidez, volvió a ilustrar los eventos en los que la medida de reintegro no procede, sino medidas sustitutivas, entre ellas: i) "Cuando el origen de la desvinculación es que el cargo que la mujer embarazada ocupaba, ha sido provisto por concurso de méritos", y ii) "Cuando el origen de la desvinculación es que el cargo que la mujer embarazada ocupaba fue creado por la administración pública, para el desempeño puntual de funciones transitorias relativas a la eficacia, celeridad y mejoramiento de la función pública, como por ejemplo los cargos denominados de descongestión".

Anotando que corresponde al juez constitucional decidir en cada caso bajo su conocimiento, atendiendo la forma en que ocurrió la terminación del vínculo laboral que impide su reintegro y/o reubicación, aplicar medidas de protección sustitutivas, tales como: **a)** el reconocimiento de las prestaciones en materia de seguridad social en salud, hasta el momento en que la mujer adquiera el derecho al reclamo de las derivadas de la licencia de maternidad; o **b)** el pago de los salarios dejados de cancelar desde el momento en que dejó de trabajar hasta después de tres meses del parto y además, que se realicen las cotizaciones correspondiente al Sistema de Salud, desde el momento de su retiro hasta cuando el bebé cumpla un año de vida.

3.3. Teniendo en cuenta que el asunto revisado en la sentencia T-353 de 2016, se trató de una empleada Judicial embarazada cuya desvinculación obedeció a que el empleo que desempeñaba desapareció como resultado de la terminación de la descongestión, la Corte dispuso como medida sustitutiva reconocerle *“el valor de los salarios dejados de percibir, desde cuando fue retirada hasta tres meses después del parto, y [pagarle] las cotizaciones a la E.P.S. a la cual se encontraba afiliada la actora, desde el momento de su retiro hasta cuando el bebé cumpla un año de vida”*.

Como esa situación no es igual a la de la señora María Josefina Pretelt Ayala, porque en su caso el retiro obedeció al nombramiento en propiedad de quien estaba en lista de elegibles por haber ganado concurso de méritos, estima esta Sala que la medida sustitutiva asumida por el Tribunal en el fallo impugnado se ajusta a las pautas que ha delineado nuestro Tribunal constitucional para situaciones como la suya.

3.4. Consecuencia de lo expuesto y considerado, el fallo impugnado será confirmado.

En mérito de lo expuesto, la **Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

1. **CONFÍRMASE** la sentencia del 19 de agosto de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, conforme la parte motiva.
2. **NOTIFÍQUESE** la presente decisión a los interesados, por el medio más expedito.
3. **ENVÍESE** a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

**HUGO FERNANDO BASTIDAS
BÁRCENAS**
Presidente de la Sección

**STELLA JEANNETTE CARVAJAL
BASTOS**

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ