

FUERO DE MATERNIDAD - Protección reforzada de las mujeres durante el estado de embarazo y la lactancia / FUERO DE MATERNIDAD - Es de carácter objetivo / FUERO DE MATERNIDAD - Es presupuesto general el hecho de haber quedado embarazada durante la vigencia de la relación laboral / MUJER EN ESTADO DE GRAVIDEZ - Son sujetos de especial protección / FUERO DE MATERNIDAD - Es aplicable independientemente de la vinculación laboral que tenga la mujer en estado de embarazo / FUERO DE MATERNIDAD - Es aplicable a las servidoras públicas

La peticionaria invoca la protección de sus derechos, consiste en que a pesar de estar embarazada, e informar de su estado a las autoridades competentes, se dio por terminado su nombramiento en provisionalidad como Citador Grado 03 del Juzgado Sexto Administrativo Oral de Ibagué, como consecuencia que en el empleo antes señalado, el funcionario que fue nombrado en propiedad, el señor Manuel Augusto Oyuela Leal...Los principales argumentos que desarrollan la peticionaria y el juez de primera instancia, giran alrededor de la protección reforzada de las mujeres durante el estado de embarazo y la lactancia, particularmente el fuero de maternidad...Sobre la referida protección la jurisprudencia constitucional recientemente ha considerado que es de carácter objetivo, y por consiguiente, que se aplica independientemente si la mujer embarazada informa al empleador sobre su estado de gravidez, la forma como se estableció la vinculación laboral, o si ésta es de carácter público o privado, en tanto lo relevante es el hecho de haber quedado embarazada durante la vigencia de la relación laboral...en criterio de la Sala le asiste razón al A quo al establecer que la accionante es un sujeto de especial protección, y que está amparada por el fuero de maternidad, pues la misma acredita que quedó embarazada mientras se encontraba trabajando como Citador Grado 3 en el Juzgado Sexto Administrativo de Ibagué...que los días 3 y 4 de abril de 2013 le informó sobre su estado de gravidez al juez que preside el juzgado antes señalado y a la Dirección Seccional de Administración Judicial – Ibagué...y que el referido juez mediante oficio del 31 de julio de 2013, radicado el 1° de agosto del mismo año...puso en conocimiento de la mencionada Dirección Seccional, la situación de la peticionaria para que se adoptaran las medidas pertinentes...Por lo tanto, esclarecido que la accionante está amparada por el fuero de maternidad, que se reitera, es aplicable independientemente de la vinculación laboral que tenía la misma, lo procedente es establecer a qué medidas de protección tiene derecho, teniendo en cuenta la situación personal y laboral en que se encuentra

NOTA DE RELATORIA: Sobre el fuero de maternidad y su ámbito de aplicación frente a las servidoras públicas ver, Corte Constitucional sentencias T-082 de 2012 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-834 de 2012 M.P. Luis Ernesto Varga Silva. Acerca de del derecho a la estabilidad reforzada de las servidoras públicas y la sentencia que declaró exequible el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, ver Corte Constitucional sentencia C-470 de 1997 M.P Alejandro Martínez Caballero

FUERO DE MATERNIDAD - Medidas de protección para la mujer gestante / MEDIDAS DE PROTECCION PARA LA MUJER GESTANTE - Son el reintegro o renovación del contrato y es procedente como medida de protección sustituta el reconocimiento de las prestaciones en materia de seguridad social en salud / REINTEGRO - Si este no fuere posible se deben adoptar medidas de protección en favor de la mujer gestante

Se destaca que la medida principal de protección consiste en el reintegro o renovación del contrato, que brinda el mayor margen de garantía de los derechos

de la madre gestante, pero también, que en los casos en los que no es posible ordenar el reintegro, es procedente como medida de protección sustituta, el reconocimiento de las prestaciones en materia de seguridad social en salud, hasta el momento que la mujer adquiera el derecho al reclamo de la prestación económica de la licencia de maternidad...los eventos en los que no se ha considerado procedente el reintegro, están directamente relacionados con circunstancias válidas, objetivas, generales y legítimas en virtud de las cuales la relación laboral de la mujer en estado de gravidez debe terminarse, por ejemplo, cuando el origen de la desvinculación es que el cargo que la mujer embarazada ocupaba, ha sido provisto por concurso de mérito, en otras palabras, cuando el empleo que desempeñaba la mujer gestante en provisionalidad, debe ser provisto por la persona que superó el proceso de selección pertinente, y por ende, que adquirió el derecho a ocupar el mismo en propiedad. En el caso en concreto, según informan las partes del presente trámite, el señor Manuel Augusto Oyuela adquirió el derecho a desempeñar en propiedad el empleo de Citador Grado 3 en el Juzgado Sexto Administrativo de Ibagué, antes de que la peticionaria fuera nombrada en el mismo en provisionalidad, mientras se le concedió al señor Oyuela una licencia para desempeñar un cargo en descongestión, motivo por el cual finalizada ésta o habiendo renunciado a la misma, aquél estaba totalmente facultado para volver a ocupar el empleo en el que fue nombrado en propiedad, para lo cual debía terminarse el nombramiento en provisionalidad de la accionante, pues se reitera, ésta desde el inicio conocía el carácter transitorio de su nombramiento, y el hecho de que el mismo estaba condicionado a que el titular del empleo volviera a desempeñarlo. En ese orden de ideas, de un lado no se advierte que la terminación del vínculo laboral de la accionante constituya un acto de discriminación por su condición de mujer en estado de gravidez, sino que obedece a una decisión objetiva, válida y legítima, y de otro, que debe respetarse el derecho del señor Manuel Augusto Oyuela a desempeñar el empleo de Citador Grado 3 en el Juzgado Sexto Administrativo de Ibagué, en el que fue nombrado en propiedad, motivo por el cual no es posible ordenar el reintegro de la demandante al cargo antes señalado...Sin embargo, el hecho de que por las razones expuestas no sea posible el reintegro de la demandante, no significa que no se adopten en favor de la misma algunas medidas de protección...En efecto, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, cuando no es viable el reintegro como medida de protección principal del fuero de maternidad, es procedente ordenarle a la entidad accionada que adelante las gestiones pertinentes para reconocer a la peticionaria, de manera retroactiva e ininterrumpida, los aportes al Sistema de Salud correspondientes al período efectivamente laborado por ésta y al período de gestación posterior a la terminación de su vínculo laboral, con el fin de que el Sistema de Seguridad Social le garantice a futuro el reconocimiento y disfrute efectivo del derecho a la licencia de maternidad que le asiste, así como la prestación integral del servicio de salud que requiere ella como su hijo que está por nacer

NOTA DE RELATORIA: Acerca de las medidas que deben implementarse en favor de la mujer en estado de embarazo ver, Corte Constitucional sentencias T-245 de 2007 y T-894 de 2011

SERVIDORAS PUBLICAS EN PROVISIONALIDAD - Son titulares del fuero de maternidad / FUERO DE MATERNIDAD DE LAS SERVIDORAS PUBLICAS EN PROVISIONALIDAD - Debe reconocérsele como medida de protección únicamente el pago de las prestaciones que garanticen la licencia de maternidad / FUERO DE MATERNIDAD DE LAS SERVIDORAS PUBLICAS EN PROVISIONALIDAD - No se les puede ordenar el pago de salarios dejados de percibir / FUERO DE MATERNIDAD DE LAS SERVIDORAS PUBLICAS EN

PROVISIONALIDAD - Las circunstancias de desvinculación deben obedecer a una situación objetiva, válida y legítima / DESVINCULACION DE MUJER GESTANTE NOMBRADA EN PROVISIONALIDAD - Se les debe dar las garantías mínimas cuando las causas de la terminación laboral fueron objetivas, generales y legítimas

Aunque entre los casos analizados...no se encuentra aquel en el que una funcionaria en provisionalidad debe permitir que el cargo que venía desempeñando sea ocupado nuevamente por su titular, que fue nombrado en propiedad, sí puede apreciarse el caso en el que se termina el nombramiento en provisionalidad de una mujer gestante porque para el empleo que ocupaba debe nombrarse a la persona que superó el concurso respectivo, estableciendo que en dicha situación debe reconocerse como medida de protección únicamente el pago de las prestaciones que garanticen la licencia de maternidad, y no el pago de todos los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación o el servicio de salud hasta un año después del parto, en criterio de la Sala, porque como ocurre en esta oportunidad, la desvinculación no constituye un trato discriminatorio que justifique imponer a cargo del empleador una condena en tal sentido, sino que se tomen las medidas pertinentes para garantizar un margen mínimo de protección a la mujer en estado de gravidez. Por lo tanto, como en el caso de autos la desvinculación de la peticionaria no obedeció a un trato discriminatorio sino a una situación objetiva, válida y legítima, como es el hecho de que el titular del empleo que desempeñaba regresó a ocupar éste, se estima que no hay lugar a ordenar en favor de la demandante el pago de los salarios dejados de percibir o a que se realicen los aportes a salud hasta un año después del parto, sino al reconocimiento de las cotizaciones respectivas al Sistema de Salud, de manera retroactiva e ininterrumpida, correspondientes al período efectivamente laborado por la demandante y al período de gestación posterior a la terminación de su vínculo laboral, con el fin de que el Sistema de Seguridad Social le garantice a futuro el reconocimiento y disfrute efectivo del derecho a la licencia de maternidad que le asiste, así como la prestación integral del servicio de salud que requiere ella como su hijo que está por nacer, como lo ha establecido la Corte Constitucional y esta Subsección frente a casos en los que las causas de la terminación laboral fueron objetivas, generales y legítimas

NOTA DE RELATORIA: Respecto de las medidas de protección que deben implementarse con ocasión del fuero de maternidad ver, Corte Constitucional sentencias SU-070 de 2013 y acerca del alcance del fuero de maternidad de las servidoras públicas nombradas en provisionalidad, ver Consejo de Estado Exp. 25000-23-42-000-2013-00755-01, C.P. Gerardo Arenas Monsalve

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., cinco (5) de noviembre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00424-01(AC)

Actor: JESSY CATALINA MURILLO CADENA

Demandado: DIRECCION SECCIONAL DE ADMINISTRACION JUDICIAL DE IBAGUE Y OTROS

Decide la Sala la impugnación interpuesta por la parte accionada, en contra de la sentencia del 17 e septiembre de 2013, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Tolima accedió al amparo solicitado.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, Jessy Catalina Murillo Cadena, mediante apoderado, acudió ante el Tribunal Administrativo del Tolima, con el fin de solicitar la protección de los derechos a la salud, dignidad humana e igualdad, presuntamente desconocidos por el Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial (de Ibagué) y el Juzgado Sexto Administrativo Oral de Ibagué.

Solicita al juez de tutela, en amparo de los derechos antes señalados, que se ordene su reintegro a un cargo igual o de superior categoría al que desempeñaba en la Rama Judicial, con el pago de todos los salarios que dejó de percibir y los aportes correspondientes al Sistema de Seguridad Social (pensión, salud y riesgo profesionales) que se dejaron de realizar.

Pretende que de no ser posible el reintegro, se reconozca en su favor *“el pago de una indemnización, que cubra con suficiencia, el pago de mis salarios, de EPS, cesantías, vacaciones y licencia de maternidad, durante el lapso de tiempo de mi gestación y el pago por lo menos de un año de servicios de EPS para mí y mi hija durante el primer año de su vida”*.

Lo anterior por los hechos y consideraciones que se resumen a continuación (Fls. 10-13):

Indica que el señor Manuel Augusto Oyuela ocupa en propiedad el cargo de Citador Grado III del Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, y que a dicho ciudadano se le concedió licencia no remunerada hasta el 31 de julio de 2013, por lo que fue nombrada provisionalidad en dicho empleo el 10 de abril de 2012.

Relata que mediante oficios del 3 y 4 de abril del presente año le comunicó al Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué y a la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Ibagué, que se encontraba en estado de gravidez.

Afirma que el 31 de julio de 2013 fue desvinculada del cargo que ocupaba, porque el señor Manuel Augusto Oyuela se reintegró al mismo, como consecuencia de que el empleo de Escribiente que aquél se encontraba desempeñando en el referido juzgado fue suprimido mediante el Acuerdo N° PSAA13-9962 del 31 de julio de 2013 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

A renglón seguido transcribe los artículos 43 y 13 de la Constitución Política y algunos apartes de las sentencias T-120 de 2011 y T-173 de 2005 de la Corte Constitucional, sobre la protección reforzada de las mujeres en estado de gravidez.

TRÁMITE PROCESAL

La demanda presentada por la señora Jessy Catalina Murillo Cadena, fue admitida por el Tribunal Administrativo del Tolima mediante auto del 12 de agosto de 2013, que dispuso notificar en calidad de entidades accionadas a la “*Dirección Seccional de Administración Judicial – Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Ibagué – Consejo Superior de la Judicatura*” (Fl. 15).

La demanda fue contestada por el mencionado juzgado (Fls. 19-20) y por el Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Ibagué (Fls. 25-33).

Inicialmente la acción de tutela fue analizada por el Tribunal Administrativo de Tolima, mediante sentencia del 21 de agosto de 2013 (Fls. 41-48) que resolvió lo siguiente (Fl. 48):

“PRIMERO.- TUTELAR el amparo de los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la dignidad humana y a la estabilidad reforzada de la mujer en embarazo de la señora JESSY CATALINA MURILLO CADENA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- ORDENAR a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia le comunique a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial la orden de pagar de manera inmediata el valor correspondiente a los salarios de los meses dejados de trabajar desde cuando fue retirada hasta cuando el parto se produjere y tres meses más, tal como quedó establecido en la parte motiva del presente fallo.

TERCERO.- ORDENAR la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia le comunique a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial la orden de pagar de manera inmediata las cotizaciones a la EPS a la cual se encuentre afiliada la señora Jessy Catalina Murillo Cadena, desde el momento de su retiro hasta cuando el menor cumpla un año de vida, para que la madre y el menor accedan al POS durante un año a partir del parto”.

El fallo antes señalado fue impugnado por la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Ibagué (Fls. 67-76). De otro lado la Directora de la Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, solicitó que se declarara la nulidad de lo actuado, en su criterio porque el auto admisorio de la demanda no fue notificado al Consejo Superior de la Judicatura, de manera tal que no se le brindó la posibilidad de ejercer su derecho a la defensa; subsidiariamente impugnó el fallo de primera instancia para que fuera revocado (Fls. 106-110).

Mediante auto del 2 de septiembre de 2013 (Fls. 111-112), el Tribunal Administrativo del Tolima negó la referida solicitud de nulidad y concedió la impugnación interpuesta contra el fallo de primera instancia. En sustento de decisión argumentó lo siguiente (Fl. 111):

“Revisado el expediente encuentra la Sala Unitaria, que el auto admisorio fue notificado por el medio más expedito de conformidad con el artículo 16 ibídem (Decreto 2591 de 1991), al presidente del Consejo Superior de la Judicatura, tal y como se aprecia a folio 52 del expediente.

En consecuencia, al ser la Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico del Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa, una dependencia de la aludida entidad, se considera debidamente notificada y constituida en legal forma la parte demandada dentro del sub-examine, por lo que se negará la nulidad solicitada, y en su lugar se concederá la impugnación interpuesta por la parte accionada (Consejo Seccional de la Judicatura y el Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa) a folios 67 a 110”.

No obstante lo anterior, con posterioridad el referido Tribunal a través de auto del 11 de septiembre de 2013 (Fls. 144-145), declaró la nulidad del fallo de primera instancia que había proferido el 21 de agosto de 2013, y dispuso que se notificara nuevamente la admisión de la acción de tutela al Presidente del Consejo Superior

de la Judicatura y a la Directora de la Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico de la misma Corporación.

Lo anterior, porque de acuerdo al informe secretarial del 11 de septiembre de 2013 (Fl. 142), los oficios que fueron remitidos al Consejo Superior de la Judicatura, para notificarle de la admisión de la demanda y la sentencia de primera instancia, fueron devueltos por la empresa de correos, de manera tal que estimó que dichas decisiones no se notificaron en debida forma.

Emitidas las comunicaciones pertinentes, la Directora de la Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico del Consejo Superior de la Judicatura rindió el informe correspondiente, visible a folios 149 a 156 del expediente.

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Mediante sentencia del 17 de septiembre de 2013, el Tribunal Administrativo del Tolima tuteló los derechos y principios a la vida, salud, dignidad humana y estabilidad reforzada de la mujer en embarazo, y en consecuencia dispuso lo siguiente (Fl. 164):

“SEGUNDO.- ORDENAR a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia le comunique a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial la orden de pagar de manera inmediata el valor correspondiente a los salarios de los meses dejados de trabajar desde cuando la señora Jessy Catalina Murillo Cadena fue retirada hasta cuando el parto se produjere y tres meses más, tal como quedó establecido en la parte motiva del presente fallo.

TERCERO.- ORDENAR la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia le comunique a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial la orden de pagar de manera inmediata las cotizaciones a la EPS a la cual se encuentre afiliada la señora Jessy Catalina Murillo Cadena, desde el momento de su retiro hasta cuando el menor cumpla un año de vida, para que la madre y el menor accedan al POS durante un año a partir del parto”.

Lo anterior, por las razones que a continuación se sintetizan (Fls. 157-164):

Luego de realizar algunas consideraciones sobre la protección a nivel nacional e internacional a las mujeres en estado de gravidez y el fuero de maternidad, sostiene que *“frente al tema de la estabilidad laboral reforzada de las mujeres en*

estado embarazo que prestan servicios en la Rama Judicial, cabe indicar que, para la aplicación de la referida protección, la jurisprudencia constitucional no ha efectuado ninguna diferenciación en cuanto al tipo de nombramiento. En consecuencia, no existe argumento constitucional válido para restringir ese derecho a las servidoras que se encuentren ejerciendo funciones en un cargo en provisionalidad”.

De la siguiente manera ilustra que la jurisprudencia constitucional ha procurado garantizar la protección reforzada a las mujeres que se encuentran en estado de gravidez desempeñando empleos en provisionalidad, y son desvinculadas de éstos por causas objetivas:

“La Corte Constitucional en sentencia T-885 de octubre de 2 del 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, para el caso de una funcionaria judicial que había sido desvinculada de su cargo como consecuencia de la supresión de varios empleos, estimó que la protección de la mujer embarazada para no ser despedida de su trabajo, debe ser igualmente aplicable para las funciones de la rama judicial; así, en aquella oportunidad, para solucionar el planteamiento de qué sucede cuando se trata de una servidora pública, cuyo cargo corresponde a uno de carrera y está siendo desempeñado en provisionalidad por una empleada en estado de embarazo, resolvió que se trata de un principio constitucional, y por lo tanto, no es posible privarla de esa garantía.

Posteriormente, en sentencia T-245 de marzo 30 del 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, se analizó la situación de una servidora judicial que se encontraba en ejercicio de funciones en provisionalidad, mientras que el funcionario titular se encontraba disfrutando de una licencia remunerada, siendo desvinculada a pesar de su estado de embarazo, luego de la reincorporación del titular del cargo.

En esa ocasión se explicó que cuando se encuentren en conflictos derechos a la estabilidad reforzada de la mujer embarazada y la de funcionario nombrado el propiedad, el juez constitucional *“está llamado a decidir el sentido de las controversias que se le planteen consultando, en primer lugar, el principio de interpretación armónica del texto constitucional, según el cual debe preferirse aquella solución que brinde la más amplia protección de los derechos en conflicto, lo cual supone, a su vez, la existencia de la más alta forma de armonía entre éstos. Este principio de interpretación impone al juez de tutela del deber de proteger, dentro del mayor margen posible, los dos derechos que se contraponen. En tal sentido, dado que ambas posiciones son amparadas por el ordenamiento constitucional, el juez debe acoger la solución que mejor las armonice y, así, evitar decisiones que impliquen el desconocimiento absoluto de alguno de los dos derechos..*

Por ende, en esa providencia se ordenó a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, (i) cancelar el valor correspondiente a los salarios dejados de percibir por la demandante durante los meses que no trabajó, desde su retiro *“hasta cuando el parto se produjo y tres meses más”*, y (ii) pagar los aportes a la EPS a la cual estaba afiliada la peticionaria, desde el momento de su retiro hasta que el menor cumpliera un año de edad, con el

fin de que tanto la madre como el niño pudieran tener acceso al Plan Obligatorio de Salud”.

Frente al caso en concreto destaca que se encuentra probado que la peticionaria desde el 11 de abril de 2012 fue nombrada en provisionalidad en el cargo de Citadora Grado III, porque al titular de éste, el señor Manuel Augusto Oyuela Leal, se le concedió una licencia no renumerada para desempeñar el cargo de Escribiente en Descongestión en el mismo despacho, pero que dicho ciudadano tuvo que reincorporarse a su empleo en propiedad, porque la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura mediante un Acuerdo del 31 de julio de 2013 suprimió el referido empleo de Escribiente en descongestión, lo que desencadenó que la peticionaria fuera desvinculada del cargo de Citador.

Destaca que también se encuentra probado que la demandante antes de ser desvinculada informó sobre su estado de embarazo al Juez Sexto Administrativo Oral de Ibagué y al Director Ejecutivo de Administración Judicial, y que aquél le comunicó a éste mediante oficio del 31 de julio de 2013, la situación en que se encontraba la demandante, en razón a que el empleo que desempeñaba en provisionalidad la misma debía ser ocupado nuevamente por su titular, lo anterior a fin de que se tomaran las medidas pertinentes frente a la peticionaria como sujeto de especial protección.

Afirma que dada la situación de la accionante deben garantizarse la protección de sus derechos y los de su hijo que está por nacer, pero también reconoce que a la misma le fue respetado su derecho a la estabilidad intermedia como empleada nombrada en provisionalidad, teniendo en cuenta que existió una causa objetiva para la terminación de su vínculo laboral, consistente en que el titular del empleo Citador III, debía volver a desempeñar éste en propiedad, como consecuencia de la renuncia o vencimiento de la licencia que le fue otorgada

A renglón seguido reitera que el hecho de que la demandante ocupara un empleo en provisionalidad, no significa que haya perdido la garantía que le asiste a la estabilidad reforzada como mujer en estado de gravidez, por lo que debe concederse el amparo solicitado.

No obstante lo anterior precisa que no puede ordenarse el reintegro de la demandante al empleo que desempeñaba, porque fue desvinculada del mismo por una justa causa y no por el hecho de estar embarazada, de manera tal que en

aplicación de lo decidido por la Corte Constitucional en sentencias como la T-245 de 2007 y T-894 de 2011, debe ordenársele a la parte accionada que en un término de 48 horas le reconozca y pague a la accionante, el valor correspondiente a los salarios dejados de cancelar desde el momento en que dejó de trabajar hasta después de tres meses del parto, y a que realice los aportes correspondientes al Sistema de Salud, desde la desvinculación de la peticionaria hasta un año después del alumbramiento, a fin de que ella y su hijo que está por nacer reciban la atención médica que requieren.

ACLARACIÓN DE VOTO

Frente a la sentencia antes descrita uno de los Magistrados que hizo parte de la Sala en que se emitió la misma aclaró su voto realizando las siguientes consideraciones (Fls. 165-166):

Aunque comparte la decisión de conceder el amparo solicitado, afirma que “debió ordenarse a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que procediera a revocar parcialmente el Acuerdo N° PSAA13-9962 del 31 de julio de 2013, en el sentido de disponer la continuación de la medida de descongestión suprimida; permitiendo al titular del cargo que ocupaba la actora, señor Manuel Oyuela Augusto Leal, seguir desempeñando las funciones de escribiente, y al unísono, posibilitaría la prestación efectiva del servicio por parte de la accionante en el cargo de Citadora Grado III, haciéndola destinataria de los beneficios que su condición amerita a través de la remuneración correlativa por los servicios prestados a la Rama Judicial”.

Añade que “si bien es cierto, la solución al caso de autos acogida por la Sala mayoritaria ha sido empleada por la Corte Constitucional para desatar casos análogos; también lo es, que dicha medida en nada se opone a la planteada por el suscrito, más aún, cuando no se acreditó en el expediente la imposibilidad del reintegro como lo ha señalado la misma Alta Corporación¹”.

RAZONES DE LA IMPUGNACIÓN

¹ Ver sentencia SU-070 de 2013. M.P. Dr. Alexei Julio Estrada.

Mediante escrito del 24 de septiembre de 2013, la Directora de la Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, impugnó la sentencia del Tribunal Administrativo del Tolima por las siguientes razones (Fls. 194-197):

Precisa que el Acuerdo N° PSAA13-9962 del 31 de julio de 2013, mediante el cual se suprimió el empleo en descongestión que desempeñó el señor Manuel Augusto Oyuela Leal y que finalmente dio lugar a la desvinculación de la peticionaria del cargo Citador Grado III del Juzgado Sexto Administrativo Oral de Ibagué, es un acto administrativo de carácter general, *“que sólo puede ser retirado de la vida jurídica por el Contencioso Administrativo, previa acción de nulidad”*.

Añade que las medidas de descongestión que se adoptaron fueron de carácter transitorio, en ningún momento estuvieron dirigidas a alguna persona en particular, y además contaron con el respaldo presupuestal pertinente.

Sostiene que *“la terminación de la relación laboral con la accionante está sustentada en una causal objetiva, razonable, relevante y suficiente, que en ningún momento obedece a su estado de gravidez, pues ella tenía pleno conocimiento que el cargo en el cual se le hacía el nombramiento, estaba ocupado en propiedad por el señor Manuel Augusto Oyuela Leal, quien fue nombrado como Escribiente en Descongestión, en el mismo Juzgado, y dichas medidas eran transitorias, y una vez se terminara las mismas, el titular del cargo se reintegraría al mismo, generando su desvinculación”*.

Manifiesta respecto de la orden emitida por el *A quo* a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, que envió la comunicación pertinente a la Dirección Seccional de Ibagué, pero en todo caso a la luz del artículo 122 constitucional y la Ley 270 de 1996, *“la orden impartida por el Tribunal Administrativo del Tolima le impone a la Sala Administrativa el pago de salarios a una persona que no hace parte de la planta de personal, lo cual implica gastos adicionales que no están contemplados en el presupuesto, y de hacerlo incurría en prohibición expresa constitucional prevista en el artículo 6 de la Constitución Política de Colombia al extralimitarse en sus funciones”*.

Finalmente señala que la Corte Constitucional en su jurisprudencia (cita las sentencias T-734 de 2007 y T-082 de 2012), ha indicado respecto a los casos

relacionados con el fuero de maternidad, que no hay lugar al reintegro cuando existe una causa objetiva, general y legítima del despido, y que en dicha situación lo procedente es el *“pago de los aportes a seguridad social, para que la madre pueda acceder al reconocimiento de la licencia de maternidad”*.

Por las anteriores razones solicita que se revoque la decisión del Tribunal Administrativo del Tolima, y en su lugar se niegue el amparo solicitado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De los hechos y consideraciones hasta aquí expuestos se advierte que en síntesis la situación frente a la cual la peticionaria invoca la protección de sus derechos, consiste en que a pesar de estar embarazada, e informar de su estado a las autoridades competentes, se dio por terminado su nombramiento en provisionalidad como Citador Grado 03 del Juzgado Sexto Administrativo Oral de Ibagué, como consecuencia que en el empleo antes señalado, el funcionario que fue nombrado en propiedad, el señor Manuel Augusto Oyuela Leal, volvió a desempeñar el mismo, luego de que el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa mediante el Acuerdo N° PSAA13-9962 del 31 de julio de 2013, suprimiera el empleo de Escribiente en Descongestión que aquél durante un tiempo desempeñó.

Los principales argumentos que desarrollan la peticionaria y el juez de primera instancia, giran alrededor de la protección reforzada de las mujeres durante el estado de embarazo y la lactancia, particularmente el fuero de maternidad, *“que le garantiza a la mujer gestante trabajadora su “derecho a trabajar” al permitirle conservar la relación laboral en la cual se desempeña y de esta forma conservar las condiciones económicas para enfrentar con dignidad el evento del embarazo y nacimiento de su hijo”*².

Sobre la referida protección la jurisprudencia constitucional recientemente ha considerado que es de carácter objetivo, y por consiguiente, que se aplica independientemente si la mujer embarazada informa al empleador sobre su estado de gravidez, la forma como se estableció la vinculación laboral, o si ésta es de

² Sentencia T-082 de 2012 de la Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

carácter público o privado, en tanto lo relevante es el hecho de haber quedado embarazada durante la vigencia de la relación laboral.

En tal sentido resultan ilustrativas las siguientes consideraciones de la Corte Constitucional.

- Sentencia T-082 de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto:

“Y es que – como lo adujo la Corte en esa ocasión (sentencia T-095 de 2008) – los preceptos del Código Sustantivo de Trabajo en ninguna parte establecen que el estado de gravidez deba ser conocido por el empleador antes de la terminación del contrato de trabajo, pudiéndose únicamente inferir de ellos que *la protección para la mujer debe operar siempre que la terminación del vínculo laboral se haya efectuado dentro del embarazo o de lactancia.*

Fue precisamente de este modo como esta Corporación reveló, luego de efectuar una interpretación de los preceptos referidos conforme al derecho internacional de los derechos humanos, que estas configuran una *presunción de despido por motivo de embarazo o de lactancia* la cual tiene lugar durante el período del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al momento del parto en los casos en que no media autorización del inspector de trabajo o del alcalde ni se tienen en cuenta los procedimientos legalmente establecidos.

16.- Quiere esto decir – y así lo ha entendido esta Corte en sus últimas decisiones³ – que estamos frente a una **protección objetiva** de la mujer embarazada o lactante que la libera de la carga de notificar a su empleador sobre su estado de gravidez por tratarse de un asunto de difícil superación probatoria, siendo suficiente, para que haya lugar a la protección derivada del fuero de maternidad, el haber quedado embarazada durante la vigencia de la relación laboral mediante la cual se encontraba vinculada, cualquiera que fuera ésta.

En conclusión, la aplicación de las medidas protectoras derivadas del fuero de maternidad no se harán depender, en ningún caso, de la notificación que haga la trabajadora a su empleador sobre su estado de gravidez antes de la terminación del contrato. Esta notificación tendrá otros efectos de carácter indemnizatorio a los cuales nos referiremos más adelante.

17.- Bajo esta misma lógica es que esta Corte ha convenido, como manifestación de la protección objetiva, asegurar el amparo de los derechos de las mujeres en estado de gravidez sin distinguir si el contrato es a término indefinido, a término fijo o por obra o labor contratada, es decir sin importar la alternativa laboral que sustente la relación laboral de la mujer gestante.

18.- En el anterior sentido y con el fin de (i) evitar los abusos del empleador en la implementación de una u otra alternativa laboral y (ii) eximir a la mujer de situaciones complejas desde el punto de vista probatorio que terminan por dejarla sin protección, y en vista de que la ciencia médica ha avanzado hasta

³ Ver, entre otras, las sentencias T-095 de 2008; T-649 de 2009 y T-534 de 2009.

el punto en que mediante una ecografía puede determinarse de modo bastante seguro el momento del embarazo, fue que esta Corporación entendió que resulta más garantista a la luz de la constitución entender **la protección a la mujer en estado de gravidez como aquella que debe brindarse cuando quiera que la mujer se encontraba en periodo de embarazo o de lactancia durante la vigencia de la relación laboral, independientemente de la alternativa laboral que la sustente.**

Así las cosas, encuentra la Sala que el empleador no puede escudarse en la modalidad del contrato - a término fijo o por obra - para deshacerse de sus obligaciones ni tampoco puede argüir que se enteró del estado de embarazo de la trabajadora luego de haberle comunicado que no le prorrogaría el contrato (preaviso). Si la trabajadora quedó embarazada durante la vigencia del contrato y prueba que ello fue así – cualquiera que sea la alternativa laboral que sustente la relación laboral que vinculaba a la mujer gestante –, el empleador debe reconocerle las prestaciones económicas y en salud que tal protección comprende o garantizarle el reintegro o renovación del contrato en consonancia con lo dispuesto por la Constitución, el Código Sustantivo del Trabajo y los instrumentos internacionales de derechos humanos sobre la materia”.

Asimismo, también pueden apreciarse las siguientes consideraciones de la sentencia T-834 de 2012 de la Corte Constitucional⁴, mediante las cuales ésta ilustra como la protección del fuero de maternidad también cobija a las servidoras públicas, independientemente de la forma cómo hayan logrado su vinculación laboral:

“3.2.4 En lo que tiene que ver con la protección del derecho a la estabilidad reforzada de las servidoras públicas, el punto de referencia es la sentencia C-470 de 1997⁵, que declaró exequible el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo sobre el supuesto de que la protección que la Constitución consagra a favor de la maternidad no se restringe al ámbito de las relaciones laborales privadas.

El fallo explicó que dicha protección se aplica también en la esfera pública e indicó que, por eso, el despido de las mujeres que quedan embarazadas mientras prestan sus servicios al Estado solo se puede considerar eficaz si, antes, el nominador expidió una resolución informando la razón que amerita separar a la mujer de su cargo. Además, es necesario que dicha razón se sustente en una justa causa de despido.

3.2.5 Las salas de revisión han aplicado dicho precedente, indistintamente, a las servidoras públicas sometidas al régimen de carrera administrativa y al de libre nombramiento y remoción. Y han insistido, al revisar ambos casos, en que el nominador conserva la carga de justificar adecuadamente, y mediante acto administrativo, que el retiro de la madre gestante es necesario

⁴ M.P. Luis Ernesto Varga Silva.

⁵ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

e indispensable por una razón ajena al embarazo. Al respecto, la sentencia T-494 de 2000⁶ indicó:

“(...) la especial protección constitucional de la trabajadora embarazada, cualquiera que sea el tipo de vinculación al Estado, impone una carga argumentativa estricta del acto administrativo que retira del servicio a la mujer en estado de gravidez, como quiera que corresponde a la administración demostrar que la decisión no se produce por causas arbitrarias y ajenas al embarazo. En otras palabras, el nominador que hubiere conocido o debido conocer que la empleada se encontraba en estado de embarazo adquiere, de inmediato, la obligación de motivar una eventual decisión so pena de que sea judicialmente ordenado el respectivo reintegro”.

3.2.6 Lo expuesto da cuenta de que la protección de la estabilidad laboral derivada de la maternidad beneficia a todas las trabajadoras que son despedidas mientras se encuentran en estado de embarazo o lactancia, siempre que el despido haya obedecido a alguna de esas circunstancias, y con independencia de la denominación formal del contrato en virtud del cual ejercieron sus actividades.”

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, en criterio de la Sala le asiste razón al *A quo* al establecer que la accionante es un sujeto de especial protección, y que está amparada por el fuero de maternidad, pues la misma acredita que quedó embarazada⁷ mientras se encontraba trabajando como Citador Grado 3 en el Juzgado Sexto Administrativo de Ibagué (Fl. 3); que los días 3 y 4 de abril de 2013 le informó sobre su estado de gravidez al juez que preside el juzgado antes señalado y a la Dirección Seccional de Administración Judicial – Ibagué (Fls. 5-6); y que el referido juez mediante oficio del 31 de julio de 2013, radicado el 1° de agosto del mismo año (Fl. 9), puso en conocimiento de la mencionada Dirección Seccional, la situación de la peticionaria para que se adoptaran las medidas pertinentes, precisando incluso que la relación laboral de la demandante tuvo que finalizar porque en el empleo que desempeñaba en provisionalidad regresó el funcionario que fue nombrado en el mismo en propiedad, después de que suprimiera el cargo en descongestión que aquél venía desempeñando.

Por lo tanto, esclarecido que la accionante está amparada por el fuero de maternidad, que se reitera, es aplicable independientemente de la vinculación laboral que tenía la misma, lo procedente es establecer a qué medidas de

⁶ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁷ Sobre el particular puede apreciarse el concepto médico del 19 de junio 2013, de la Ginecóloga Obstetra del Hospital Militar Central que examinó a la accionante, visible a folio 7 y 8 del expediente.

protección tiene derecho, teniendo en cuenta la situación personal y laboral en que se encuentra.

Para tal efecto es necesario precisar, que la accionante como funcionaria nombrada en provisionalidad en el cargo Citador Grado 3, conocía muy bien que su relación laboral estaba condicionada a que el titular de dicho empleo, que fue nombrado en propiedad, volviera a desempeñar el mismo, luego de finalizada la licencia que se le concedió para ocupar otro cargo en descongestión, como ella lo señala en el escrito de tutela (Fl. 10).

Hecha la anterior precisión, a continuación se traen a colación algunas consideraciones de la sentencia T-082 de 2012 de la Corte Constitucional⁸, que teniendo en cuenta la jurisprudencia que hasta el momento ha emitido la misma Corporación frente al fuero de maternidad, de manera clara y precisa describió las medidas de protección que se derivan de dicha garantía, y aún más, qué alcance tienen las mismas cuando las causas de la terminación del vínculo laboral de la mujer gestante, son objetivas, generales y legítimas:

“Las medidas de protección derivadas del fuero de maternidad y la indemnización del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo

19.- Ahora bien, como acertadamente lo ha entendido esta Corporación en diversas ocasiones⁹, una es la protección objetiva que deviene del Texto Superior y otra cuestión muy distinta es el ámbito de protección *iusfundamental* del fuero de maternidad. El amparo que se obtiene de aplicar la fórmula de protección objetiva en un determinado caso, se concreta finalmente, según lo ha sostenido la jurisprudencia, en *medidas de protección principales*, como el reintegro o la renovación de la relación laboral, o en *medidas de protección sustitutas*, como el reconocimiento de las prestaciones en materia de seguridad social en salud necesarias para adquirir el derecho a la licencia de maternidad.

20.- En primer lugar, la medida del *reintegro o renovación del contrato* ha sido entendida como ***medida de protección principal*** pues le garantiza a la mujer gestante trabajadora su “*derecho efectivo a trabajar*”¹⁰ al permitirle conservar la relación laboral en la cual se desempeña y de esta forma conservar las condiciones económicas para enfrentar con dignidad el evento del embarazo y nacimiento de su hijo. Esta medida tiene fundamento directo en el principio constitucional a la *estabilidad laboral* desarrollado por el artículo 53 de la Constitución Política.

21.- En segundo lugar, la Corte ha determinado que en los casos excepcionales en que, debido a una imposibilidad fáctica, no sea posible

⁸ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁹ Ver, entre otras, las sentencias T—095 de 2008 y T—649 de 2009.

¹⁰ T-145 de 2007

darle la orden al empleador de reintegrar a la trabajadora desvinculado o procurarle a éste la renovación de su contrato, el operador judicial deberá proceder – luego de analizar las particularidades que rodean el asunto que revisa – al reconocimiento de **medidas sustitutas de protección** como el otorgamiento de *las prestaciones en materia de seguridad social en salud, hasta el momento que la mujer adquiera el derecho al reclamo de la prestación económica de la licencia de maternidad*, que garanticen a la mujer embarazada la especial protección derivada del fuero de maternidad.

Esta alternativa sustituta de protección obedece, como se verá más adelante, a que las alternativas laborales presentan distintas características que deben ser asumidas de manera distinta al momento de definir la fórmula de protección en cada caso. Sin embargo, sin importar la forma como se valore la relación laboral, siempre deberá respetarse el contenido esencial del *fuero de maternidad*, es decir, en ningún caso se podrá hacer depender la garantía misma, de la alternativa laboral de la cual se vale el empleador.

22.- En consecuencia, para determinar cuáles son las medidas de protección idóneas y necesarias para restablecer los derechos de la mujer gestante, es necesario que el juez de tutela verifique, en cada caso, las particularidades de la relación laboral. En este sentido la Corte Constitucional ha considerado que las consecuencias de las particularidades de cada alternativa laboral se deberán trasladar, no a la viabilidad de la protección misma porque como hemos visto esta dependerá únicamente de que se verifique que durante la vigencia de una relación laboral, la mujer haya quedado en estado de embarazo sino a la determinación de su alcance. Es decir, ***se procura la protección siempre que se cumplan los requisitos necesarios para que opere el fuero de maternidad, pero dicha protección tendrá un alcance distinto según la modalidad de vinculación que presenta la relación laboral desarrollada por la mujer gestante.***

23.- Pues bien, el alcance de las medidas de protección ha variado en los distintos pronunciamientos de la Corte, según la modalidad de relación o contratación que sustente la alternativa laboral de la mujer embarazada. A la luz de lo explicado a lo largo de esta providencia, el presupuesto en este aspecto es que en nuestro orden jurídico (legal y constitucional), la categoría de *relación laboral* permite derivar cargas en cabeza de quien obra como empleador, en favor del empleado, y que las causales de terminación desprendidas de regulaciones específicas deben ser interpretadas a la luz de la Constitución y no pueden constituir razones válidas para eludir la aplicación del fuero de maternidad. Por ello, como se explicó en la primera parte de estas consideraciones jurídicas, el fundamento que sostiene la posibilidad de adoptar medidas de protección en toda alternativa de trabajo de las mujeres embarazadas, es la asimilación de estas alternativas a una ***relación laboral*** sin condiciones específicas de terminación; categoría esta que se ha concretado en las normas legales como punto de partida para la aplicación de la protección contenida en el denominado fuero de maternidad.

24.- Esta extensión de las garantías laborales previstas para las mujeres gestantes, a cualquier tipo de relación laboral, se debe a que la jurisprudencia ha entendido que, cuando en un contrato con fecha o condición específica de terminación (*contratos a término fijo; por obra o labor y prestación de servicios*) la necesidad del servicio; o de la obra pendiente de realizar; o el objeto del contrato, desaparece en momentos en que la empleada o contratista ha quedado en embarazo, es posible presumir que la falta de renovación del contrato se dio por razón del embarazo. Y es

precisamente esto lo que ha permitido que la Corte Constitucional adopte medidas de protección de la alternativa laboral de la mujer embarazada, tanto principales, como sustitutas.

25.- De conformidad con lo explicado en el anterior fundamento, la Sala debe insistir finalmente en que las anteriores hipótesis descritas – que se refieren a los supuestos en que procede la aplicación de medidas de protección – son tangencialmente distintas a la hipótesis genérica según la cual no procede ninguna medida protectora, supuesto que se presenta cuando la cesación de la alternativa laboral de la mujer embarazada ha ocurrido con base en una justa causa o en aplicación de alguna cláusula del contrato de prestación y su configuración ha sido avalada por el Inspector de Trabajo.

26.- Adicionalmente, y no como medida de protección, la Corte ha ordenado, en algunos casos, el pago de una **indemnización** a la empleada (artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo) a cargo del empleador que ha incurrido en el despido sin adelantar previamente el procedimiento ante el Inspector de Trabajo. Por lo tanto, si el empleador está enterado del embarazo de la trabajadora, debe entonces asumir las cargas que ello implica, lo cual significa que se presume como razón del despido, el embarazo, si es que no se adelanta el mencionado procedimiento ante el Inspector del Trabajo. Esto es, se presume que la desvinculación obedece a razones discriminatorias, lo cual está prohibido y es castigado por la legislación laboral.

Por ello, la interpretación de la exigencia del requisito de la notificación del embarazo al empleador antes de la cesación de la alternativa laboral, debe operar como exigencia para determinar la viabilidad del pago de una indemnización, más no como condición para ordenar alguna medida protectora.

En conclusión, junto con las medidas protectoras, es posible ordenar el pago de la indemnización prevista en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, la cual (i) *“no confiere eficacia al despido efectuado sin la correspondiente autorización previa, sino que es una sanción suplementaria debido al incumplimiento patronal de la prohibición de despedir a una mujer por razones de maternidad.”*¹¹, y debido a su naturaleza (ii) sólo es procedente cuando se demuestre que el empleador fue notificado o debía tener conocimiento del estado de embarazo de su empleada. Por el contrario, si ello no está demostrado no procede disponer dicha orden.

El alcance de las medidas de protección derivadas del fuero de maternidad cuando las causas para la terminación de la relación laboral fueron objetivas, generales y legítimas

27.- Una vez establecidas las modalidades de protección efectiva del fuero de maternidad y habiendo dejado claro hasta este momento que: (i) la medida más efectiva del *fuero de maternidad* es el reintegro o renovación del contrato, y que (ii) en los casos en que el reintegro o la renovación se torna imposible desde el punto de vista fáctico, es procedente la medida de protección sustituta, es decir el reconocimiento de *las prestaciones en materia de seguridad social en salud, hasta el momento que la mujer adquiera el derecho al reclamo de la prestación económica de la licencia de maternidad*, resulta pertinente hacer referencia, precisamente, a los casos en

¹¹ Ver la sentencia T-494 de 2000

los cuales la Corte ha considerado que dicha medida de reintegro no procede:

1) Cuando la empresa se ha liquidado o está en proceso de extinción la persona jurídica que la sustenta¹²,

2) Cuando el origen de la desvinculación es que el cargo que la mujer embarazada ocupaba, ha sido provisto por concurso de méritos¹³,

3) 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 descongestión¹⁴ y,

4) Cuando la existencia de la relación laboral entre la mujer gestante y empleador, dependía íntimamente de la subsistencia de un contrato previo celebrado por el empleador.¹⁵

(...)

30.- Pues bien, del juicioso análisis de los supuestos fácticos dónde esta Corte ha concluido que no es procedente la medida de protección principal (reintegro o renovación) como derivada del fuero de maternidad: sentencias T-534/09; T-245/07; T-633/07; T-069/07; T-1210/05, esta Sala advierte que **‘la desvinculación de la peticionaria no ocurrió debido a una discriminación de orden subjetivo, en la medida en que la separación del cargo no tuvo relación alguna que haya sido probada en el expediente con su estado de embarazo’¹⁶ sino que por el contrario, se debió a una causa objetiva, general y legítima¹⁷ que no dependía de la liberalidad del empleador,** pues en la gran mayoría de los casos obedecía a las consecuencias de aplicar una norma legal, convencional o constitucional que, en determinado momento, debió entrar a regular dicha relación laboral.

31.- Por ejemplo, el caso en el cual el cargo que ocupaba una mujer en estado de embarazo es provisto por concurso de méritos, responde a la aplicación del principio constitucional según el cual *“Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera”* (artículo 125 C.N.) y a lo dispuesto de forma particular por la ley 909 de 2004 que regula el régimen de carrera administrativa.

32.- Puede concluirse de las anteriores consideraciones que cuando pueda inferirse razonadamente que la conservación de la alternativa laboral de la mujer embarazada, mediante una orden de reintegro o renovación, es fácticamente imposible en un caso concreto debido a que han operado

¹² Ver la sentencia T-534 de 2009.

¹³ Ver la sentencia T-245 de 2007.

¹⁴ Ver la sentencia T- 633 de 2007.

¹⁵ Ver las sentencias T-069 de 2007 y T-1210 de 2005.

¹⁶ Ver la sentencia T-633 de 2007.

¹⁷ Para el supuesto en el cual 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 al mejoramiento de la función pública (cargos de descongestión), esta Corte, en sentencia T-633 de 2007 señaló que: *“la decisión fue adoptada con fundamento en una razón general y legítima, que obedeció a la expiración del término por el cual fueron creados los cargos de descongestión de oficial mayor nominado. En tal sentido, no se advierte por parte de la entidad demandada un designio de desprotección de la especial situación de la demandante.”*

causas objetivas, generales y legítimas que ponen fin a la relación laboral: corresponde al juez de tutela aplicar la medida de protección sustituta correspondiente al reconocimiento de cotizaciones al sistema de seguridad social en salud y el correlativo reconocimiento de la licencia de maternidad.

33.- En últimas, es con base en los criterios anteriormente expuestos que el juez constitucional deberá decidir, en cada caso que examina, cuál es el alcance de las medidas de protección — principales, como el reintegro o renovación del contrato, o sustitutas, como las prestaciones en materia de seguridad social en salud — cuando han operado causas objetivas, generales y legítimas que ponen fin a la relación laboral. Lo anterior obedece a dos razones primordialmente. La primera, que existe una imposibilidad de crear un estándar único de órdenes de reintegro o renovación, pues para esta Sala es claro que cada caso, cada labor o función, y cada empresa presenta posibilidades distintas para brindar la garantía de estabilidad de la alternativa laboral de la mujer gestante. La segunda responde a que, si bien en un determinado caso la orden de reintegro puede ser fácticamente imposible, no se justifica dejar sin ningún tipo de protección a la mujer embarazada siendo procedente reconocerle, conforme a las particularidades del caso y como medida sustituta, las cotizaciones respectivas a seguridad social, después de la cesación de la relación laboral y hasta el momento en que la mujer acceda a la prestación económica de la licencia de maternidad.” (Subrayado fuera de texto).

De la sentencia antes descrita, en la que a su vez la Corte Constitucional hace referencia a pronunciamientos que ha emitido con anterioridad, se destaca que la medida principal de protección consiste en el reintegro o renovación del contrato, que brinda el mayor margen de garantía de los derechos de la madre gestante, pero también, que en los casos en los que no posible ordenar el reintegro, es procedente como medida de protección sustituta, *“el reconocimiento de las prestaciones en materia de seguridad social en salud, hasta el momento que la mujer adquiera el derecho al reclamo de la prestación económica de la licencia de maternidad”*.

Adicionalmente, de la sentencia T-082 de 2012 de la Corte Constitucional, llama la atención de la Sala, que los eventos en los que no se ha considerado procedente el reintegro, están directamente relacionados con circunstancias válidas, objetivas, generales y legítimas en virtud de las cuales la relación laboral de la mujer en estado de gravidez debe terminarse, por ejemplo, *“cuando el origen de la desvinculación es que el cargo que la mujer embarazada ocupaba, ha sido provisto por concurso de méritos”*, en otras palabras, cuando el empleo que desempeñaba la mujer gestante en provisionalidad, debe ser provisto por la persona que superó el proceso de selección pertinente, y por ende, que adquirió el derecho a ocupar el mismo en propiedad.

En el caso en concreto, según informan las partes del presente trámite, el señor Manuel Augusto Oyuela adquirió el derecho a desempeñar en propiedad el empleo de Citador Grado 3 en el Juzgado Sexto Administrativo de Ibagué, antes de que la peticionaria fuera nombrada en el mismo en provisionalidad, mientras se le concedió al señor Oyuela una licencia para desempeñar un cargo en descongestión, motivo por el cual finalizada ésta o habiendo renunciado a la misma, aquél estaba totalmente facultado para volver a ocupar el empleo en el que fue nombrado en propiedad, para lo cual debía terminarse el nombramiento en provisionalidad de la accionante, pues se reitera, ésta desde el inició conocía el carácter transitorio de su nombramiento, y el hecho de que el mismo estaba condicionado a que el titular del empleo volviera a desempeñarlo.

En ese orden de ideas, de un lado no se advierte que la terminación del vínculo laboral de la accionante constituya un acto discriminación por su condición de mujer en estado de gravidez, sino que obedece a una decisión objetiva, válida y legítima, y de otro, que debe respetarse el derecho del señor Manuel Augusto Oyuela a desempeñar el empleo de Citador Grado 3 en el Juzgado Sexto Administrativo de Ibagué, en el que fue nombrado en propiedad, motivo por el cual no es posible ordenar el reintegro de la demandante al cargo antes señalado.

Adicionalmente de lo probado en el proceso tampoco se evidencia que el juez accionado, que en el caso de autos es quien ostenta la facultad nominadora frente a su despacho¹⁸, cuente con alguna vacante para nombrar a la accionante a fin de hacer efectivo el reintegro.

Sin embargo, el hecho de que por las razones expuestas no sea posible el reintegro de la demandante, no significa que no se adopten en favor de la misma algunas medidas de protección, como lo expresa la Corte Constitucional en la sentencia T-082 de 2012 de la siguiente manera:

“47.- Considera esta Sala que las mujeres trabajadoras en estado de embarazo, en atención a la especial protección constitucional que merecen, **no tienen la obligación de soportar la carga que se deriva de la terminación por causas objetivas de la relación laboral que les provee el sustento.** Por tal razón, en este caso, si bien no es posible el reintegro, debido a la misma naturaleza de la causa que **dio lugar a la desvinculación, deberá reconocerse a favor de la accionante** y a cargo del verdadero empleador de la misma, el Sr. Jhon Alexander Terreros^[17], tal como se ha hecho en otros casos (sentencias T-375/00; T-534/09; T-245/07; T-633/07; T-069/07; T-1210/05), **las prestaciones en materia de seguridad social en salud, hasta el momento que la mujer adquiera el derecho al**

¹⁸ Ver el artículo 131 de la Ley 270 de 1996.

reclamo de la prestación económica de la licencia de maternidad.”
(Subrayado fuera de texto).

En efecto, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, cuando no es viable el reintegro como medida de protección principal del fuero de maternidad, es procedente ordenarle a la entidad accionada que adelante las gestiones pertinentes para reconocer a la peticionaria, de manera retroactiva e ininterrumpida, los aportes al Sistema de Salud correspondientes al período efectivamente laborado por ésta y al período de gestación posterior a la terminación de su vínculo laboral, con el fin de que el Sistema de Seguridad Social le garantice a futuro el reconocimiento y disfrute efectivo del derecho a la licencia de maternidad que le asiste, así como la prestación **integral** del servicio de salud que requiere ella como su hijo que está por nacer.

Sobre el particular se evidencia que el *A quo* con fundamento en las sentencias T-245 de 2007 y T-894 de 2011 de la Corte Constitucional (entre otras), como medida de protección no sólo dispuso que se adelantaran las gestiones pertinentes para que la accionante disfrutara de la licencia de maternidad, sino que ordenó el pago de los salarios dejados de cancelar desde el momento en que dejó de trabajar hasta después de tres meses del parto, y a que se realicen los aportes correspondientes al Sistema de Salud, desde la desvinculación de la peticionaria hasta un año después del alumbramiento, a fin de que ella y su hijo que está por nacer reciban la atención médica que requieren.

En criterio de la Sala la orden antes emitida tiene la connotación de una medida indemnizatoria a favor de la demandante, similar a las que se profiere frente a los casos de despidos ilegales, pues a través de la misma no sólo se garantiza que la accionante disfrute de la licencia de maternidad, sino que se le reconozcan salarios desde el momento de la desvinculación, como si ésta fuere inválida, aunque como lo reconoce el mismo Tribunal, la terminación del vínculo laboral tuvo una causa objetiva y legítima.

En efecto, si se reconoce que la desvinculación de la peticionaria obedece a situaciones amparadas legal y constitucionalmente que la misma conocía y aceptó desde el momento en que fue nombrada, y que deben respetarse los derechos del funcionario que la demandante reemplazó transitoriamente, en criterio de la Sala, sin desconocer el margen de protección que debe garantizársele a la demandante, a cargo del empleador no debe imponerse el pago de la totalidad de los salarios y

prestaciones de la accionante desde el momento de la desvinculación hasta tres meses después del parto, o de las cotizaciones al Sistema de Salud desde la terminación laboral **hasta un año después del alumbramiento**, porque finalmente por una circunstancia frente a la cual en principio no merece reproche alguno (la desvinculación por razones legítimas, generales, válidas y objetivas), se le estaría sancionado.

Es más, si se estima que la orden proferida por el *A quo* debe confirmarse, no habría razón alguna para distinguir a propósito del fuero de maternidad cuando son objetivas o subjetivas, válidas o inválidas, legítimas o ilegítimas las causas de la terminación de la relación laboral, o si era conocido o no por el empleador el estado de embarazo para efectos de una indemnización, pues en uno u otro caso, ante la imposibilidad del reintegro se terminaría condenando al empleador al pago de salarios y prestaciones desde la desvinculación hasta 3 meses después del parto, y/o como lo hizo en el juez de primera instancia, a cancelar los aportes al Sistema de Salud desde la terminación del vínculo laboral hasta un año después del alumbramiento.

Se considera que un razonamiento como el antes expuesto desconocería los esfuerzos que ha realizado recientemente la jurisprudencia constitucional para distinguir a propósito de la protección reforzada a la mujer en embarazo, las medidas que deben garantizarse cuando la terminación laboral obedece a causas objetivas, generales y legítimas, y cuando hay o no lugar a ordenar por vía de la acción de tutela el pago de una indemnización, por ejemplo la prevista en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo (en el régimen privado)¹⁹.

Ahora bien, no se desconoce que órdenes como la emitida por el *A quo* en el presente trámite tienen como sustento decisiones que con anterioridad ha emitido la Corte Constitucional en sentencias como la T-173 de 2005, T-245 de 2007 y T-894 de 2011, pero tampoco que la misma Corporación recientemente reconoció en la sentencia SU- 070 de 2013²⁰, *“que existen posiciones diferentes de la jurisprudencia constitucional sobre la perspectiva desde la que se debe analizar el sentido de la protección laboral reforzada de las trabajadoras gestantes y sobre cómo han de solucionarse estos casos para brindar dicha protección a estas mujeres”*, por lo que a través del referido fallo de unificación realizó un esfuerzo

¹⁹ Ver sentencias T-082 de 2012 y SU-070 de 2013 de la Corte Constitucional.

²⁰ M.P. Alexei Julio Estrada.

para precisar algunos aspectos relevantes del fuero de maternidad, mediante el análisis de varias de las situaciones en las cuales tiene lugar la terminación del vínculo laboral de una mujer embarazada, considerando entre otras circunstancias el tipo de su relación laboral y si el empleador tenía conocimiento del embarazo²¹.

Entre las situaciones analizadas en el referido fallo de unificación (la mayoría de ellas del derecho laboral privado), se destaca para el caso de autos, aquella en la que la terminación del vínculo laboral se presenta frente a una empleada que fue nombrada en provisionalidad, y debe dejar de desempeñar el empleo en virtud de los resultados de un concurso de méritos. Sobre dicha situación la sentencia SU-070 de 2013 concluye lo siguiente:

“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” (destacado fuera de texto).

Aunque entre los casos analizados por la Corte Constitucional en la mencionada sentencia no se encuentra aquel en el que una funcionaria en provisionalidad debe permitir que el cargo que venía desempeñando sea ocupado nuevamente por su titular, que fue nombrado en propiedad, sí puede apreciarse el caso en el que se termina el nombramiento en provisionalidad de una mujer gestante porque para el empleo que ocupaba debe nombrarse a la persona que superó el concurso respectivo, estableciendo que en dicha situación debe reconocerse como medida de protección únicamente el pago de las prestaciones que garanticen la licencia de maternidad, y no el pago de todos los salarios y prestaciones dejados de

²¹ En tal sentido la Corte Constitucional estableció algunas subreglas para precisar qué medida de protección deben garantizarse a las mujeres embarazadas cuando su relación laboral es terminada, distinguiendo en cada caso si ésta es de término fijo, indefinido, por obra o labor contratada, mediante una cooperativa, un contrato de prestación de servicios, un nombramiento en provisionalidad o uno de libre nombramiento y remoción, entre otras; y resaltando adicionalmente, la importancia de determinar si el empleador tenía o no conocimiento del embarazo (en algunos casos para efectos indemnizatorios) y por supuesto las razones y el procedimiento que se siguió para la terminación del vínculo laboral.

percibir desde la desvinculación o el servicio de salud hasta un año después del parto, en criterio de la Sala, porque como ocurre en esta oportunidad, la desvinculación no constituye un trato discriminatorio que justifique imponer a cargo del empleador una condena en tal sentido, sino que se tomen las medidas pertinentes para garantizar un margen mínimo de protección a la mujer en estado de gravidez.

Por lo tanto, como en el caso de autos la desvinculación de la peticionaria no obedeció a un trato discriminatorio sino a una situación objetiva, válida y legítima, como es el hecho de que el titular del empleo que desempeñaba regresó a ocupar éste, se estima que no hay lugar a ordenar en favor de la demandante el pago de los salarios dejados de percibir o a que se realicen los aportes a salud hasta un año después del parto, sino al reconocimiento de las cotizaciones respectivas al Sistema de Salud, de manera retroactiva e ininterrumpida, correspondientes al período efectivamente laborado por la demandante y al período de gestación posterior a la terminación de su vínculo laboral, con el fin de que el Sistema de Seguridad Social le garantice a futuro el reconocimiento y disfrute efectivo del derecho a la licencia de maternidad que le asiste, así como la prestación integral del servicio de salud que requiere ella como su hijo que está por nacer, como lo ha establecido la Corte Constitucional y esta Subsección²² frente a casos en los que las causas de la terminación laboral fueron objetivas, generales y legítimas.

Para tal efecto, se revocará parcialmente la sentencia del 17 de septiembre de 2013 del Tribunal Administrativo del Tolima, en cuanto ordenó que se le reconozca y pague a la accionante, el valor correspondiente a los salarios dejados de cancelar desde el momento en que dejó de trabajar hasta después de tres meses del parto, y a que se realicen los aportes correspondientes al Sistema de Salud, desde la desvinculación de la peticionaria hasta un año después del alumbramiento. En su lugar, se modificará la orden proferida por dicha autoridad judicial, en el sentido de ordenar al Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa, que en el término de 5 días siguientes a la notificación de esta providencia, adelante las gestiones pertinentes para reconocer a la señora Jessy Catalina Murillo Cadena, de manera retroactiva e ininterrumpida, los aportes al Sistema de Salud correspondientes al período efectivamente laborado por ésta y al período de gestación posterior a la terminación de su vínculo laboral, con el fin

²² Ver: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 27 de agosto de 2013, expediente No. 25000-23-42-000-2013-00755-01, C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

de que el Sistema de Seguridad Social le garantice a futuro el reconocimiento y disfrute efectivo del derecho a la licencia de maternidad que le asiste, así como la prestación integral del servicio de salud que requiere la accionante como su hijo que está por nacer.

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

PRIMERO: REVÓCASE parcialmente la sentencia del 17 de septiembre de 2013 del Tribunal Administrativo del Tolima, en cuanto ordenó que se le reconozca y pague a la accionante, el valor correspondiente a los salarios dejados de cancelar desde el momento en que dejó de trabajar hasta después de tres meses del parto, y a que realice los aportes correspondientes al Sistema de Salud, desde la desvinculación de la peticionaria hasta un año después del alumbramiento, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: En su lugar, **MODIFÍCASE** la orden proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, en el sentido de **ORDENAR** al Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa, que en el término de 5 días siguientes a la notificación de esta providencia, adelante las gestiones pertinentes para reconocer a la señora Jessy Catalina Murillo Cadena, de manera retroactiva e ininterrumpida, los aportes al Sistema de Salud correspondientes al período efectivamente laborado por ésta y al período de gestación posterior a la terminación de su vínculo laboral, con el fin de que el Sistema de Seguridad Social le garantice a futuro el reconocimiento y disfrute efectivo del derecho a la licencia de maternidad que le asiste, así como la prestación **integral** del servicio de salud que requiere la accionante como su hijo que está por nacer.

Envíese copia de esta providencia al Tribunal de origen.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE. Remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ