

PROTECCION LABORAL REFORZADA DE LA MUJER EN ESTADO DE EMBARAZO O EN PERIODO DE LACTANCIA - Concepto

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución, el Estado tiene el deber de proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y debe sancionar los abusos o maltratos que contra ellos se cometan". A su vez, el artículo 43 de la Constitución, consagra una protección especial de la mujer embarazada y en estado de lactancia al señalar que ella gozará de especial asistencia y protección del Estado. Por otra parte, el artículo 53 superior, consagra los principios mínimos fundamentales que deben observarse en el estatuto del trabajo, dentro de los cuales se encuentra el principio de estabilidad en el empleo. Con base en estas tres disposiciones constitucionales, tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como la legislación, han protegido especialmente a la mujer embarazada en materia laboral. Así pues, el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, establece la prohibición de despedir a una mujer por motivo de su embarazo o lactancia y consagra una presunción en virtud de la cual se entiende que el despido se ha efectuado por motivo del embarazo o de la lactancia, cuando se hace sin el permiso del inspector del trabajo. Por último, en el numeral 3 de dicho artículo, se dispone que la trabajadora despedida sin autorización de las autoridades, tiene derecho a que se le pague: a) una indemnización equivalente sesenta (60) días de salario; b) doce (12) semanas de salario como descanso remunerado (licencia de maternidad) y, c) las indemnizaciones por retiro sin justa causa y las prestaciones a que haya lugar, según la modalidad del contrato. Por otro lado, mediante la sentencia C-470 de 1997, se estableció que la mujer embarazada tiene derecho a una estabilidad laboral reforzada en la medida en que el despido injustificado de las mujeres en estado de gravidez es una de las manifestaciones más latentes de discriminación de género. En efecto, la estabilidad laboral reforzada es un derecho fundamental que se deriva del derecho fundamental a no ser discriminado por ocasión del embarazo y que implica una garantía real y efectiva de protección a favor de las trabajadoras en estado de gestación o lactancia.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 13 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 43 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 53 / CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO - ARTICULO 239

PROCEDENCIA DEL AMPARO DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR VIA DE TUTELA DE MUJERES EN ESTADO DE EMBARAZO - Concepto / DERECHO CONSTITUCIONAL A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA - Requisitos

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha manifestado que por regla general, la acción de tutela no procede para obtener el reintegro al cargo por ineficacia del despido, como quiera que el mecanismo procesal adecuado es la demanda ante la jurisdicción ordinaria, en caso de empleados privados o trabajadores oficiales y, la acción contenciosa ante la jurisdicción contencioso administrativa para las empleadas públicas. No obstante, la Corte ha establecido que si se alega que existe otro instrumento judicial, aquel debe ser idóneo y eficaz, que permita la protección inmediata de los derechos fundamentales de la misma forma en que lo haría la acción de tutela. En esta medida, si una mujer en estado de embarazo es despedida, la Corte ha señalado que a fin de proteger el derecho constitucional a la estabilidad laboral reforzada, la acción de tutela procede siempre y cuando se encuentren acreditados los siguientes requisitos: a) que el despido se ocasione durante el período amparado por el fuero de

maternidad, esto es, que se produce en la época del embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto (artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, b) que a la fecha del despido el empleador conocía o debía conocer la existencia del estado de gravidez, pues la trabajadora notificó su estado oportunamente y en las condiciones que establece la ley, c) que el despido sea una consecuencia del embarazo, por ende que el despido no está directamente relacionado con una causal objetiva y relevante que lo justifique. d) que no medie autorización expresa del inspector del trabajo si se trata de trabajadora oficial o privada, o resolución motivada del jefe del respectivo organismo si se trata de empleada pública, e) Que el despido amenace el mínimo vital de la actora o del niño que está por nacer.

FUENTE FORMAL: CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO - ARTICULO 239

ACCION DE TUTELA - Procede para proteger el derecho constitucional a la estabilidad laboral reforzada / MUJER EN ESTADO DE EMBARAZO - No prorroga del Despacho en el que se encontraba vinculada en un cargo en descongestión / AMPARO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA SALUD Y A LA SEGURIDAD SOCIAL - Mujer en estado de embarazo / RETIRO DEL SERVICIO DE LA MUJER EN EMBARAZO POR CAUSAS OBJETIVAS Y LEGITIMAS - Aplicar medida de protección sustitutiva

Corresponde a la Sala establecer si el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta vulneró el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la señora Ortega Criado al no vincularla a la planta de personal del despacho en virtud del restablecimiento de las medidas de descongestión provistas por el Consejo Superior de la Judicatura mediante el Acuerdo No. PSAA14-10197 del 5 de agosto de 2014...En síntesis la accionante plantea la vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital y móvil, seguridad social y protección laboral reforzada, por cuanto considera que la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Cúcuta no le garantizó el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad y el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta no procedió a vincularla nuevamente a la planta de personal del despacho judicial cuando se reanudaron las medidas de descongestión previstas por el Consejo Superior de la Judicatura. 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 embarazada mientras se encontraba trabajando como Profesional Universitario Grado 16 en el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta, que le informó el 15 de julio de 2014 al juez que preside el juzgado antes señalado, que el parto tendría lugar en los últimos días del mes de julio (fl 11), y que el mencionado funcionario mediante Resolución No. 12 de 17 de julio de 2014 aceptó la licencia de maternidad presentada por la señora Ortega Criado a partir del 15 de julio de 2014 y nombró su reemplazo en el despacho judicial... Con base en el anterior material probatorio, era claro que la accionante tenía derecho al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad y así como la prestación del servicio de salud que requieran ella y su hijo, por lo que era un deber de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Cúcuta realizar los aportes al sistema de salud para garantizar el goce efectivo de la licencia, tal y como lo estimó el juez de primera instancia... Ahora bien, se debe establecer qué medidas de protección tiene derecho la señora Ortega Criado, teniendo en cuenta la situación personal y laboral en que se encuentra. Para tal efecto es necesario precisar, que en virtud del Acuerdo PSAA14-10195 de 31 de julio de 2014 del Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa, como lo señala éste y la misma peticionaria, se decidió no prorrogar algunos cargos de los

juzgados de descongestión entre ellos el de Profesional Universitario Grado 16 del Juzgado Cuarto Administrativo de Oral de Cúcuta, lo que quiere decir que dicho empleo dejó de existir, pues se cumplió el fin con que fue creado, colaborar con la descongestión de juzgados de carácter permanente... 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 adquiriera el derecho al reclamo de la prestación económica de la licencia de maternidad...Se estima que en situaciones como la antes expuesta en principio no es posible el reintegro, porque la decisión de desvincular a la mujer embarazada obedece a una razón objetiva, general y legítima, como es el hecho de que el cargo que ocupaba aquélla era de carácter transitorio, se creó con un fin específico conocido desde el comienzo por la trabajadora, consistente en la descongestión, razón por la cual cumplido el propósito para el cual fue creado, la administración no tiene razón alguna para mantener dicho empleo...Al respecto, es preciso aclarar de acuerdo con lo expresado por la jurisprudencia Constitucional, cuando el retiro del servicio de la mujer en embarazo es por causas objetivas y legítimas, corresponde al juez de tutela aplicar la medida de protección sustitutiva correspondiente al reconocimiento y pago de los aportes a seguridad social en salud y el correlativo reconocimiento de la licencia de maternidad. Así mismo, es importante resaltar que al nominador del Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta le era imposible vincularla inmediatamente al despacho con ocasión al restablecimiento de las medidas de descongestión, porque la señora Ortega Criado no se encontraba en condiciones para prestar el servicio, toda vez que estaba iniciando la licencia de maternidad, cuyo período de descanso se extendía hasta finales del mes de octubre de 2014.

NOTA DE RELATORIA: En la sentencia de la Corte Constitucional T-291 de 2005 se protegió el derecho a la estabilidad laboral reforzada de una mujer embarazada que fue despedida y que estaba vinculada a la empresa demandada mediante una cooperativa de trabajo asociado. En relación con las medidas de protección derivadas del fuero de maternidad y la indemnización, consultar la sentencia de la Corte Constitucional T-082 de 2012.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 54001-23-33-000-2014-00309-01(AC)

Actor: JOHANNA PATRICIA ORTEGA CRIADO

Demandado: DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL Y OTROS

Se decide la impugnación presentada contra el fallo del 7 de octubre de 2014 proferido por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, por medio del cual se accedió parcialmente al amparo de tutela solicitado por la señora Johanna Patricia Ortega Criado.

ANTECEDENTES

La señora Johanna Patricia Ortega Criado, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, acudió ante el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, con el fin de solicitar el amparo de sus derechos fundamentales al mínimo vital y móvil, seguridad social y protección a la estabilidad laboral reforzada, que estimó lesionados por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial – la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Cúcuta y el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta.

Teniendo en cuenta lo anterior, solicitó al juez de tutela: I) se le amparen sus derechos fundamentales al mínimo vital y móvil, seguridad social y estabilidad laboral reforzada; II) se ordene a las entidades accionadas que garanticen el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad; III) se ordene su reintegro al cargo de Profesional Universitario Grado 16 en el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta, sin solución de continuidad.

La accionante, como fundamento de la solicitud, expuso los siguientes hechos y consideraciones (fls 1 - 9):

Señaló que el 6 de octubre de 2009 la nombraron como Escribiente en descongestión en el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta, y luego de una serie de interrupciones fue nombrada el 8 de agosto de 2011 como Secretaria nominada en el mismo despacho judicial.

Indicó que el 3 de septiembre de 2012 fue nombrada en el cargo de Profesional Universitario Grado 16 en Descongestión en el referido juzgado, con recurrentes prórrogas, la última hasta el 31 de julio de 2014 atendiendo lo dispuesto en el acuerdo PSAA14-10156.

Manifestó que en el mes de diciembre de 2013, tuvo conocimiento de su estado de embarazo y de inmediato le comunicó verbalmente a su nominador.

Expresó que el 15 de julio de 2014 presentó ante el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta el certificado de incapacidad o licencia de maternidad, la cual fue aceptada mediante Resolución No. 012 de 17 de julio de 2014 y a partir de ese momento empezó a disfrutar del periodo de descanso remunerado para atender las necesidades propias del parto y posterior nacimiento de su hijo, adquiriendo la confianza legítima que se respetarían sus derechos laborales en virtud de la especial protección constitucional de que es titular.

Añadió que el 23 de julio de 2014 nació su hijo Emanuel Álvarez Ortega, y el día 25 del mismo mes y año allegó al juzgado el certificado de incapacidad otorgado por el médico adscrito a la clínica San José de Cúcuta.

Sostuvo que el Consejo Superior de la Judicatura a través del Acuerdo No. PSAA14-10195 del 31 de julio 2014, dispuso no prorrogar la medida de descongestión en relación con el cargo de Profesional Universitario en Descongestión de los juzgados administrativos del país, entre ellos el cargo que ella ocupaba en el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta.

Afirmó que el Acuerdo No. PSAA14-10197 del 5 de agosto de 2014 el Consejo Superior de la Judicatura en coordinación con la comisión interinstitucional de la rama judicial, modificó las decisiones adoptadas en el Acuerdo No. PSAA14-10195, creando nuevamente el cargo de Profesional Universitario en Descongestión para los juzgados administrativos, sin ninguna modificación en cuanto a los requisitos, características o funciones del referido cargo, presentándose una solución de continuidad.

Aseveró que el nominador al proveer nuevamente el cargo no efectuó ningún pronunciamiento en relación a su situación particular y especial, nombrando en el cargo a la misma persona que había sido designada para ocuparlo mientras durara la licencia de maternidad, pero sin hacer referencia al derecho que le asistía sobre su estabilidad laboral reforzada.

Relató que el 19 de agosto de 2014 mediante oficio No. 2581 del 15 de agosto de 2014 la Coordinadora de Talento Humano de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Cúcuta la requirió para que aportada algunos documentos con el fin de legalizar el recobro de la licencia de maternidad ante la E.P.S. a la cual

se encontraba afiliada, y le advirtió que revisadas las resoluciones de nombramiento en los cargos de Descongestión del Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta, a la fecha se encontraba desvinculada laboralmente y por lo tanto se debía surtir el proceso de desafiliación en salud, pensiones y parafiscales.

Comentó que el 27 de agosto de 2014 en respuesta al referido oficio allegó los documentos requeridos y manifestó que al encontrarse gozando del descanso remunerado por licencia de maternidad, desconocía los por menores de las decisiones adoptadas por el despacho judicial para el que laboró, manteniendo la confianza legítima que se le garantizaría la estabilidad laboral reforzada por su maternidad.

Anotó que el 28 de agosto de 2014 la Dirección Ejecutiva pagó a los empleados y funcionarios de la rama judicial, el salario correspondiente al mes de agosto, sin que le cancelara suma alguna por concepto de licencia de maternidad, materializándose una afectación a su derecho fundamental al mínimo vital y móvil.

Adujo que se encuentra desempleada, no le han pagado el auxilio correspondiente a la licencia de maternidad y no tiene certeza si al término de la misma pueda reanudar sus actividades laborales.

Interpone acción de tutela porque considera que las actuaciones del nominador del Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta y la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial, desconocieron sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y fuero de estabilidad laboral reforzada por su maternidad al no vincularla nuevamente al despacho judicial, ni pagarle los emolumentos que por licencia de maternidad le correspondían.

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Mediante sentencia del 7 de octubre de 2014, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander accedió parcialmente al amparo solicitado, argumentando lo siguiente (fls. 149 - 158):

Manifestó el Tribunal que de acuerdo con el material probatorio allegado al expediente de tutela, resulta evidente que la accionante es sujeto de especial protección y por lo tanto se encuentra amparada por el fuero de maternidad y no

tiene 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 lo tanto consideró que se le debía reconocer el derecho a la licencia de maternidad, así como la prestación del servicio de salud que requieren la demandante y su hijo.

Señaló el Tribunal que no se vulneró el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la accionante, porque su desvinculación se debió a que dicho cargo conforme el Acuerdo No. PSAA14-10195 del 31 de julio de 2014 dispuso no prorrogarlo siendo esta una causa objetiva y razonable para terminar el vínculo laboral.

Afirmó el Tribunal que la reanudación de las medidas de descongestión no cambiaba la situación de la actora en tutela, toda vez que fue nombrada en virtud de términos y condiciones dispuestos por los acuerdos expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura.

Indicó el Tribunal que el Juez Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta en virtud de las medias otorgadas por el Consejo Superior debía designar una nueva persona para el cargo, el cual no se podía suplir con la accionante por cuanto no se encontraba en condiciones para prestar el servicio, además que no le asistía ningún derecho para nombrarla de forma preferencial.

Explicó el Tribunal que la anterior situación no desconoce el derecho que le asiste a la demandante en cuanto al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad y las cotizaciones respectivas al sistema de salud, de manera retroactiva e ininterrumpida, al período de licencia de maternidad posterior a la terminación de su vínculo laboral, con el fin de que el sistema de seguridad social le garantice el goce efectivo de la licencia de maternidad y la prestación integral de salud que requieren ella y su hijo.

RAZONES DE LA IMPUGNACIÓN

Mediante escrito radicado el 16 de octubre de 2014, la señora Johanna Patricia Ortega Criado impugnó la sentencia antes descrita, argumentando lo siguiente (fl 167 - 169):

Señala que la sentencia de primera instancia le garantizó el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, pero le negó el derecho a la estabilidad laboral

reforzada bajo el argumento de que existieron causas objetivas, generales y legítimas que dieron lugar a la terminación del vínculo laboral, concluyendo por tanto que no obedeció a una situación de discriminación.

Manifiesta que la terminación de la relación laboral fue meramente circunstancial al no prorrogarse transitoriamente la medida de descongestión que la sustentaba, puesto que un día después de haberse adoptado dicha decisión, el Consejo Superior de la Judicatura volvió a crear el cargo con las mismas funciones y requisitos, frente a lo cual el nominador nombró nuevamente a la persona que la venía reemplazando en la licencia de maternidad.

En tal razón considera que las autoridades demandadas debieron tener en cuenta que para el momento en que se suprimieron las medidas de descongestión el 31 de julio de 2014, ya se encontraba gozando de la licencia de maternidad concedida por el nominador y como tal tenía derecho no solo al pago de la misma sino a conservar su empleo.

Advierte que al concederle la licencia de maternidad, se adquirió la confianza legítima que se le respetarían sus derechos laborales, dada la condición de especial protección en la que se encontraba por el fuero de maternidad.

Relata que la Corte Constitucional en la sentencia SU – 070 de 2013 afirmó que la protección coherente con el fuero de maternidad consiste en garantizar a la mujer su derecho efectivo a trabajar, independientemente de la alternativa laboral en que se encuentre, y para que proceda la protección reforzada derivada de la maternidad, en caso de cesación de la actividad laboral, basta demostrar: a) la existencia de la relación laboral, y b) que la mujer se encuentre en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o prestación.

En virtud de lo anterior, indicó que para la fecha en que el Consejo Superior de la Judicatura decidió no prorrogar los cargos provistos en descongestión, ella se encontraba vinculada al Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta como Profesional Universitario Grado 16 disfrutando de la licencia de maternidad, por tal motivo la protección del fuero de maternidad se debía extender a garantizar sus derechos laborales de permanecer en el cargo.

Finalmente, expresa que al reanudarse las medidas de descongestión que sustentaban su relación laboral y al existir el cargo que ocupa para la fecha en que le fue otorgada la licencia de maternidad, le asiste derecho a reintegrarse al empleo que ejercía en el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta.

Por las anteriores consideraciones, solicita que se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia y se orden su reintegro al cargo que ocupaba en el juzgado accionado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia

La Sala es competente para conocer la impugnación interpuesta contra el fallo de primera instancia en virtud de lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, el cual reglamenta la acción de tutela.

Generalidades de la acción de tutela

Según lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona tiene acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que sean violados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades, o de particulares en los casos que señala la ley, y procede sólo cuando el afectado no disponga de otro medio judicial de defensa, salvo que la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Esta acción tiene dos particularidades esenciales a saber: la subsidiariedad y la inmediatez; la primera, por cuanto sólo resulta procedente cuando el perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable y; la segunda, porque se trata de un instrumento jurídico de protección inmediata que es viable cuando se hace preciso administrar la guarda efectiva, concreta y actual del derecho fundamental sujeto a vulneración o amenaza.

De la protección laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo o en período de lactancia.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución, el Estado tiene el deber de proteger *“especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta”* y debe sancionar *“los abusos o maltratos que contra ellos se cometan”*¹.

A su vez, el artículo 43 de la Constitución, consagra una protección especial de la mujer embarazada y en estado de lactancia al señalar que ella *“gozará de especial asistencia y protección del Estado”*.

Por otra parte, el artículo 53 superior, consagra los principios mínimos fundamentales que deben observarse en el estatuto del trabajo, dentro de los cuales se encuentra el principio de estabilidad en el empleo².

Con base en estas tres disposiciones constitucionales, tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como la legislación, han protegido especialmente a la mujer embarazada en materia laboral.

Así pues, el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo (en adelante CST), establece la prohibición de despedir a una mujer por motivo de su embarazo o lactancia y consagra una presunción en virtud de la cual se entiende que el despido se ha efectuado por motivo del embarazo o de la lactancia, cuando se hace sin el permiso del inspector del trabajo. Por último, en el numeral 3° de dicho artículo, se dispone que la trabajadora despedida sin autorización de las autoridades, tiene derecho a que se le pague: a) una indemnización equivalente sesenta (60) días de salario; b) doce (12) semanas de salario como descanso remunerado (licencia de maternidad) y, c) las indemnizaciones por retiro sin justa causa y las prestaciones a que haya lugar, según la modalidad del contrato.

Sobre la constitucionalidad de este artículo se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia C-470 de 1997, mediante la que se declaró su exequibilidad bajo

¹ Sentencia C-531 de 2000 que estudió la constitucionalidad de la ley 361 de 1997, mediante la cual se consagró la figura de la protección laboral reforzada a favor de los discapacitados.

² Sobre la definición de los principios mínimos fundamentales, se puede consultar la sentencia T-434 de 2008, en la que se afirmó que: “El principio de estabilidad en el empleo hace parte del conjunto de mandatos constitucionales que informan el desarrollo de las relaciones laborales, y que fueron agrupados por el constituyente bajo la categoría de principios mínimos fundamentales (artículo 53 CP), normas que determinan la solución constitucionalmente adecuada a la tensión que se presenta entre la libertad de empresa y la autonomía privada –fundamento legítimo del actuar del empresario-, y la efectividad del derecho fundamental al trabajo (artículo 25 CP) en condiciones dignas y justas, así como en la construcción de un orden social justo”.

el entendido de que *“carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, quien debe verificar si existe o no justa causa probada para el despido”*³.

Por otro lado, mediante la sentencia C-470 de 1997⁴, se estableció que la mujer embarazada tiene derecho a una estabilidad laboral reforzada en la medida en que el despido injustificado de las mujeres en estado de gravidez es una de las manifestaciones más latentes de discriminación de género. En efecto, la estabilidad laboral reforzada es un derecho fundamental que se deriva *“del derecho fundamental a no ser discriminado por ocasión del embarazo y que implica una garantía real y efectiva de protección a favor de las trabajadoras en estado de gestación o lactancia”*⁵.

En suma, la protección laboral reforzada es una garantía para evitar la discriminación laboral que cubre a todas las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia, cuando se presenta una relación laboral entre ellas y su empleador.

De las condiciones especiales para que proceda el amparo de estabilidad laboral reforzada por vía de tutela de mujeres en estado de embarazo.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha manifestado que por regla general, la acción de tutela no procede para obtener el reintegro al cargo por ineficacia del despido, como quiera que el mecanismo procesal adecuado es la demanda ante la jurisdicción ordinaria, en caso de empleados privados o trabajadores oficiales y, la acción contenciosa ante la jurisdicción contencioso administrativa para las empleadas públicas.

³ Corte Constitucional Sentencia C – 470 de 25 de septiembre de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero

⁴ En esta sentencia la Corte estudió la exequibilidad del numeral 3° del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, mediante el cual se consagra el derecho de la trabajadora embarazada despedida sin la autorización de la autoridad competente, de recibir el pago de: i) una indemnización; ii) las prestaciones sociales respectivas y, iii) la licencia de maternidad.

⁵ Sentencia T-291 de 2005 mediante la cual se protegió el derecho a la estabilidad laboral reforzada de una mujer embarazada que fue despedida y que estaba vinculada a la empresa demandada mediante una cooperativa de trabajo asociado.

No obstante, la Corte ha establecido⁶ que si se alega que existe otro instrumento judicial, aquel debe ser idóneo y eficaz, que permita la protección inmediata de los derechos fundamentales de la misma forma en que lo haría la acción de tutela.

En esta medida, si una mujer en estado de embarazo es despedida, la Corte ha señalado que a fin de proteger el derecho constitucional a la estabilidad laboral reforzada, la acción de tutela procede siempre y cuando se encuentren acreditados los siguientes requisitos:⁷

“a) que el despido se ocasione durante el período amparado por el “fuero de maternidad”, esto es, que se produce en la época del embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto (artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo).

“ b) que a la fecha del despido el empleador conocía o debía conocer la existencia del estado de gravidez, pues la trabajadora notificó su estado oportunamente y en las condiciones que establece la ley.

“ c) que el despido sea una consecuencia del embarazo, por ende que el despido no está directamente relacionado con una causal objetiva y relevante que lo justifique.

“d) que no medie autorización expresa del inspector del trabajo si se trata de trabajadora oficial o privada, o resolución motivada del jefe del respectivo organismo si se trata de empleada pública.

“ e) Que el despido amenace el mínimo vital de la actora o del niño que está por nacer.”

En síntesis, para que proceda la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos de la mujer embarazada, es necesario que se cumplan las condiciones descritas anteriormente, con el fin de determinar, si el despido tiene una relación directa con el embarazo y saber si se configura un acto discriminatorio injusto, que tiene como consecuencia la aplicación de la presunción de despido en razón del embarazo, con la consecuente ineficacia del mismo y la posibilidad de obtener el reintegro la mujer afectada⁸.

Por otro lado recientemente la jurisprudencia constitucional ha considerado que la referida protección es de carácter objetivo, y por consiguiente, que se aplica

⁶ Al respecto confróntense las Sentencias T-1236/04, T-063/06, T-381/06 y T-195/07, T-1008/07, T-513/08, T-549/08, entre otras.

⁷ Acerca de estos presupuestos pueden consultarse las Sentencias T-373/98, T-426/98, T-874/99; requisitos que han sido aplicados por la jurisprudencia de la Corte en las recientes Sentencias: T-002, T-014, T-053, T-063, T-070, T-381, T-619 y T-1040 de 2006 y las T-056, T-069, T-071, T-195, T-221, T-465, T-546, T-561, T-761/07, T-1008/07, T-513/08, T-549/08, entre otras.

⁸ Sentencia T-1040/06.

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 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 decisiones⁹ – 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 el punto en que mediante una ecografía puede determinarse de modo

⁹ Ver, entre otras, las sentencias T-095 de 2008; T-649 de 2009 y T-534 de 2009.

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 Constitucional¹⁰, 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 1997¹¹, 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 e indispensable por una razón ajena al embarazo. Al respecto, la sentencia T-494 de 2000¹² 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

¹⁰ M.P. Luis Ernesto Varga Silva.

¹¹ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹² M.P. Alejandro Martínez Caballero.

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.”

Problema jurídico:

Corresponde a la Sala establecer si el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta vulneró el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la señora Johana Patricia Ortega Criado al no vincularla a la planta de personal del despacho en virtud del restablecimiento de las medidas de descongestión previstas por el Consejo Superior de la Judicatura mediante el Acuerdo No. PSAA14-10197 del 5 de agosto de 2014.

Análisis del caso en concreto:

En síntesis la accionante plantea la vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital y móvil, seguridad social y protección laboral reforzada, por cuanto considera que la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Cúcuta no le garantizó el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad y el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta no procedió a vincularla nuevamente a la planta de personal del despacho judicial cuando se reanudaron las medidas de descongestión previstas por el Consejo Superior de la Judicatura.

Precisa la accionante que se encontraba ejerciendo el cargo de Profesional Universitario Grado 16 en Descongestión en el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta hasta el 31 de julio de 2014 cuando el Consejo Superior de la Judicatura a través del Acuerdo No. PSAA14-10195 dispuso no prorrogar algunas de estas medidas, las cuales se reestablecieron posteriormente por el Acuerdo No. PSAA14-10197 del 5 de agosto de 2014, sin que el nominador la haya reintegrado al cargo que desempeñaba en el despacho judicial.

Por su parte la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Cúcuta, en respuesta a la solicitud de tutela, argumentó que la desvinculación de la señora Johanna Patricia Ortega Criado no ocurrió debido a una discriminación de orden subjetivo por su estado de embarazo o licencia de maternidad, sino que correspondió a causas objetivas, generales y legítimas en razón a la expiración del término por el cual fue nombrada previstos en los acuerdos de descongestión que originaron su vinculación.

De esta manera, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander en sentencia de tutela de primera instancia de 7 de octubre de 2014 accedió parcialmente al amparo invocado luego de evidenciar que la accionante es sujeto de especial protección por fuero de maternidad y como tal tenía derecho al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, así como la prestación del servicio de salud que requiera la peticionaria y su hijo, por lo que le ordenó a la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Cúcuta que efectuara los aportes al sistema de salud correspondientes al periodo posterior a la terminación del vínculo laboral con el fin de garantizar el goce efectivo de la licencia y los servicios asistenciales de salud.

Con relación al fuero de estabilidad laboral indicó el Tribunal que no le asiste derecho a la accionante al reintegro, por cuanto existió una causa justa del retiro como lo fue la terminación de las medidas de descongestión por parte del Consejo Superior de la Judicatura, y ante el restablecimiento de las mismas el nominador no podía disponer del nombramiento de la actora en tutela dado que no se encontraba en condiciones para prestar el servicio, razón por la cual designó a una nueva persona en el cargo.

Argumenta la accionante en el escrito de impugnación que de acuerdo con el criterio sostenido por la Corte Constitucional el fuero de maternidad consiste en garantizar a la mujer su derecho efectivo a trabajar, independientemente de la alternativa laboral en que se encuentre, por tanto, al estar ella disfrutando de la licencia de maternidad al momento en que el Consejo Superior de la Judicatura decidió no prorrogarlas medidas de descongestión el fuero de maternidad se debía extender a garantizar sus derechos laborales de permanecer en el cargo.

Advierte que cuando se retiró del cargo para disfrutar de su descanso remunerado, tenía la confianza legítima de que al finalizar el periodo de licencia

se le respetarían sus derechos laborales y se le permitiría reintegrarse al cargo que ejercía dentro del Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta.

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 acreditó que quedó embarazada mientras se encontraba trabajando como Profesional Universitario Grado 16 en el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta, que le informó el 15 de julio de 2014 al juez que preside el juzgado antes señalado, que el parto tendría lugar en los últimos días del mes de julio (fl 11), y que el mencionado funcionario mediante Resolución No. 12 de 17 de julio de 2014 aceptó la licencia de maternidad presentada por la señora Johanna Patricia Ortega Criado a partir del 15 de julio de 2014 y nombró su reemplazo en el despacho judicial.

También se evidencia que la señora Johanna Patricia Ortega Criado mediante memorial de 27 de agosto de 2014 le allegó a la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Cúcuta, copia de la incapacidad otorgada por la E.P.S. la Resolución No. 12 de 17 de julio de 2014 y el registro civil de nacimiento de su hijo con el fin de informar su situación particular dado que el juzgado no remitió tales documentos a la entidad administrativa (fls 16).

Con base en el anterior material probatorio, era claro que la accionante tenía derecho al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad y así como la prestación del servicio de salud que requieran ella y su hijo, por lo que era un deber de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Cúcuta realizar los aportes al sistema de salud para garantizar el goce efectivo de la licencia, tal y como lo estimó el juez de primera instancia.

Cabe precisar en este punto que la accionante se encontraba amparada por el fuero de maternidad, independientemente de la vinculación laboral que tenía pues estaba desempeñando un empleo en el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta, cuya vigencia es Precisa la accionante que se encontraba ejerciendo el cargo de Profesional Universitario Grado 16 en Descongestión en el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta hasta el 31 de julio de 2014 cuando el Consejo Superior de la Judicatura a través del Acuerdo No. PSAA14-10195 dispuso no prorrogar algunas de estas medidas, las cuales se reestablecieron posteriormente por el Acuerdo No. PSAA14-10197 del 5 de agosto de 2014, sin que el nominador la

haya reintegrado al cargo que desempeñaba en el despacho judicial transitoria y con un fin claro, consistente en contribuir a la descongestión de los juzgados de carácter permanente.

Ahora bien, se debe establecer qué medidas de protección tiene derecho la señora Johanna Patricia Ortega Criado, teniendo en cuenta la situación personal y laboral en que se encuentra.

Para tal efecto es necesario precisar, que en virtud del Acuerdo PSAA14-10195 de 31 de julio de 2014 del Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa¹³, como lo señala éste y la misma peticionaria, se decidió no prorrogar algunos cargos de los juzgados de descongestión entre ellos el de Profesional Universitario Grado 16 del Juzgado Cuarto Administrativo de Oral de Cúcuta, lo que quiere decir que dicho empleo dejó de existir, pues se cumplió el fin con que fue creado, colaborar con la descongestión de juzgados de carácter permanente.

Hecha la anterior precisión, a continuación se traen a colación algunas consideraciones de la sentencia T-082 de 2012 de la Corte Constitucional¹⁴, que en relación 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 ocasiones¹⁵, 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.

¹³ Disponible en:

<http://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/web/Acto%20Administrativo/Default.aspx?ID=11855>
(página consultada el 25 noviembre de 2014).

¹⁴ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁵ Ver, entre otras, las sentencias T—095 de 2008 y T—649 de 2009.

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”¹⁶ 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 darle la orden al empleador de reintegrar a la trabajadora desvinculada 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.*

(...)

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 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 sustenta¹⁷,
- 2) Cuando el origen de la desvinculación es que el cargo que la mujer embarazada ocupaba, ha sido provisto por concurso de méritos¹⁸,
- 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 descongestión¹⁹ 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.²⁰

(...)

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

¹⁶ T-145 de 2007

¹⁷ Ver la sentencia T-534 de 2009.

¹⁸ Ver la sentencia T-245 de 2007.

¹⁹ Ver la sentencia T- 633 de 2007.

²⁰ Ver las sentencias T-069 de 2007 y T-1210 de 2005.

T-534/09; T-245/07; T633/07; 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'²¹ sino que por el contrario, se debió a una *causa objetiva, general y legítima*²² 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.

(...)

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 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, 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

²¹ Ver la sentencia T-633 de 2007.

²² 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."

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”*.

Adicionalmente, de la sentencia T-082 de 2012 de la Corte Constitucional, llama la atención de la Sala, que uno de los eventos en los que no se ha considerado procedente el reintegro como medida principal del fuero de maternidad, es en los casos donde *“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”*.

Se estima que en situaciones como la antes expuesta en principio no es posible el reintegro, porque la decisión de desvincular a la mujer embarazada obedece a una razón objetiva, general y legítima, como es el hecho de que el cargo que ocupaba aquella era de carácter transitorio, se creó con un fin específico conocido desde el comienzo por la trabajadora, consistente en la descongestión, razón por la cual cumplido el propósito para el cual fue creado, la administración no tiene razón alguna para mantener dicho empleo.

En tal sentido, puede apreciarse la sentencia T-633 de 2007 de la Corte Constitucional²³ que indica la siguiente:

“El argumento central por el cual la autoridad demandada se opuso a la pretensión de amparo consiste en que, a juicio de la Sala Administrativa, la existencia de una justa causa de despido, esto es, la expiración del término inicial por el cual fue empleada, conjura de manera inmediata la viabilidad del reclamo elevado por vía de tutela.

Al respecto, esta Sala de Revisión observa que en el caso concreto 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. Al contrario, 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.**

²³ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Al revisar las condiciones exigidas por la jurisprudencia constitucional compiladas en la sentencia T-373 de 1998 se concluye que la pretensión de amparo no es procedente pues no se cumple uno de los requisitos anotados, según el cual el despido debe ser consecuencia del embarazo, con lo cual se exige que la decisión de terminación de la vinculación carezca efectivamente del correspondiente respaldo de una causal objetiva y relevante que lo justifique.

Adicionalmente, al realizar un examen de la pretensión de amparo se observa, tal como fue anotado por los jueces de instancia, **que el carácter transitorio de la vinculación de la Ciudadana con la Rama Judicial fue conocido por la peticionaria desde el momento en que inició la prestación del servicio, pues tal circunstancia fue anotada en el acta de posesión suscrita el día 15 de septiembre de 2006. En consecuencia, del análisis de las consideraciones vertidas en la parte motiva a propósito del deber de protección a la maternidad se concluye que la existencia de una justa causa para terminar la vinculación de la accionante –esto es, la expiración del término inicial- diluye el derecho a la estabilidad laboral reforzada, razón por la cual no es procedente la pretensión de reintegro**²⁴ (Destacado fuera de texto).

Teniendo en cuenta la jurisprudencia constitucional estudiada, se observa que aunque la medida de protección principal de las personas que están amparadas por el fuero de maternidad es el reintegro o a la renovación del vínculo laboral, dicha medida de protección en principio no es procedente cuando el cargo en descongestión que ocupa la mujer en estado de embarazo deja de existir.

En esta oportunidad el cargo de descongestión de la demandante dejó de existir, en razón a que el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa mediante el Acuerdo PSAA14-10195 del 31 de julio de 2014 dispuso no prorrogar algunos cargos de descongestión existentes en los juzgados administrativos entre ellos el de Profesional Universitario grado 16 del Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta que desempeñaba la actora, lo que constituye un motivo válido para no ordenar el reintegro dadas las condiciones objetivas, generales y legítimas en las que se dio el retiro del servicio.

De esta manera, concluye la Sala que el retiro de la peticionaria no fue producto de una discriminación de carácter 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 o el goce de la licencia de maternidad, sino que la decisión fue adoptada con fundamento en una razón general y legítima, que obedeció a la

²⁴ En el mismo sentido también puede apreciarse la sentencia T-734 de 2007 de la Corte Constitucional, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

expiración del término por el cual fueron creados los cargos de descongestión de Profesional Universitario; en tal sentido, no se advierte por parte del juzgado accionado una actuación de desprotección de la especial situación de la demandante.

Por otro lado, argumenta la accionante que el Consejo Superior de la Judicatura a través del Acuerdo PSAA14-10197 creó nuevamente el cargo de Profesional Universitario en descongestión para los juzgados administrativos y en virtud del fuero de maternidad que la amparaba tenía derecho a vincularse nuevamente al Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta.

Al respecto, es preciso aclarar de acuerdo con lo expresado por la jurisprudencia Constitucional, cuando el retiro del servicio de la mujer en embarazo es por causas objetivas y legítimas, corresponde al juez de tutela aplicar la medida de protección sustitutiva correspondiente al reconocimiento y pago de los aportes a seguridad social en salud y el correlativo reconocimiento de la licencia de maternidad.

En tal sentido, no resulta procedente el reintegro de la demandante al cargo de Profesional Universitario en el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta, teniendo en cuenta que su desvinculación obedeció a una causa razonable, como fue la expiración de las medidas de descongestión, y no por motivos subjetivos en razón del embarazo, que le impongan al Juez Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta la obligación de vincularla nuevamente al despacho judicial.

Así mismo, es importante resaltar que al nominador del Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta le era imposible vincularla inmediatamente al despacho con ocasión al restablecimiento de las medidas de descongestión, porque la señora Johanna Patricia Ortega Criado no se encontraba en condiciones para prestar el servicio, toda vez que estaba iniciando la licencia de maternidad, cuyo período de descanso se extendía hasta finales del mes de octubre de 2014.

En atención a lo mencionado, se confirmará la sentencia de 7 de octubre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, que accedió parcialmente al amparo solicitado por la señora Johanna Patricia Ortega Criado

contra el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta y la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Cúcuta.

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de 7 de octubre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, mediante la cual se accedió parcialmente al amparo de tutela solicitado por la señora Johanna Patricia Ortega Criado contra Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta y la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Cúcuta, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Envíese copia de este fallo al Despacho 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

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

ALFONSO VARGAS RINCON (E)