

Sentencia T-088/10

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA-Línea Jurisprudencial

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA-Protección constitucional especial

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD-Alcance

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD EN CASOS DE DESVINCULACION LABORAL DE MUJER EMBARAZADA-Estabilidad laboral y no desvinculación

DERECHO A LA IGUALDAD-No discriminación por razón de género

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA-Reintegro al cargo o a uno de igual jerarquía de la accionante de la presente tutela

ACCION DE TUTELA PARA SOLICITAR LA REINCORPORACION LABORAL DE LA MUJER EMBARAZADA-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA-No se requiere que la mujer demuestre ni comunique su estado al empleador con anterioridad a la terminación del contrato o del despido

Referencia: expediente T-2.422.526.

Acción de Tutela instaurada por Sandra Milena Guacaneme Chaparro Contra el Departamento del Magdalena.

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., quince (15) de febrero de dos mil diez (2.010)

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Humberto Antonio Sierra Porto y

Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia proferida el treinta y uno (31) de agosto de dos mil nueve (2009) por el Tribunal Administrativo del Magdalena, la cual negó la acción de tutela incoada por Sandra Milena Guacaneme Chaparro contra el Departamento del Magdalena.

### 1. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, 33 del Decreto 2591 de 1991 y 49 del Reglamento de la Corporación, la Sala de Selección Número Diez de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la Sentencia correspondiente.

### 1. SOLICITUD

La señora Sandra Milena Guacaneme Chaparro demanda ante el juez de tutela la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad y a la estabilidad laboral reforzada, y los derechos fundamentales de su hijo por nacer, presuntamente vulnerados por el Departamento del Magdalena, al desvincularla de la planta de personal docente del Instituto Educativo Alberto Caballero, corregimiento de Monterrubio, municipio de Sabanas de San Ángel (Magdalena), pese a que al momento de la notificación de la declaración de insubsistencia del cargo se encontraba en estado de embarazo.

### 1. Hechos

1. La accionante sostiene que el 8 de septiembre de 2006, mediante Decreto No. 1840 expedido por el Departamento del Magdalena, fue nombrada en el cargo de docente provisional.

1. Narra que el 18 de septiembre siguiente, se posesionó en el cargo y comenzó a desarrollar su labor en la institución educativa “Alberto Caballero”, en el municipio de Sabanas de San Ángel, Magdalena.

1. Aduce que en el mes de abril de 2009, el Magisterio Nacional concedió las vacaciones correspondientes a “Semana Santa”, momento en el cual se realizó exámenes médicos de rutina que arrojaron como resultado su estado de gravidez.

1. Señala que al regresar de vacaciones para continuar con su labor de docente el 13 de abril de 2009, el Rector de la institución educativa “Alberto Caballero” de Sabanas de San Ángel, Magdalena, le notificó el Decreto 1393 del 21 de noviembre de 2008, mediante el cual fue declarada insubsistente.

1. Argumenta que una vez conocida dicha situación, se dirigió a la Secretaría de Educación Departamental del Magdalena para poner en conocimiento su estado de gravidez.

1. Sin embargo, el 11 de mayo de 2009, la Secretaría profirió el Decreto 193 de 2009, en el que nombró su reemplazo. En este decreto también reconoció su estado de embarazo, al relacionar su nombre en el listado de plazas disponibles.

1. Arguye que el 5 de junio de 2009, la Secretaría de Educación Departamental del Magdalena ratificó su desvinculación, y expuso que la notificación del estado de embarazo se produjo después de expedido el Decreto 1393 que versa sobre su declaración de insubsistencia, razón por la cual no podía acceder a sus pretensiones.

#### 1. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Radicada la acción de tutela el 30 de junio de 2009, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Santa Marta la admitió y ordenó correr traslado al representante legal, o quien haga sus veces, del Departamento del Magdalena.

1. Respuesta de la Secretaría de Educación del Departamento del Magdalena.

1. Expone la entidad que la accionante fue vinculada en provisionalidad a la planta de personal docente del Departamento del Magdalena, mediante Decreto 1840 expedido el 8 de septiembre de 2006.

1. Manifiesta que en el año 2008, luego de haberse iniciado proceso concursal en el 2006, se hizo necesario desvincular de la planta de personal a aquellos docentes que no superaron dicho proceso, y dentro de ese grupo de docentes se encontraba Sandra Milena Guacaneme, quien fue declarada insubsistente mediante Decreto No. 1393 del 21 de noviembre de 2008.

1. Afirma que la figura de la provisionalidad es considerada por la jurisprudencia y la doctrina como el nombramiento efectuado mientras se realiza la designación por el sistema de concurso de méritos, lo que implica que la persona nombrada en provisionalidad puede ser removida del servicio cuando se produzca el nombramiento previsto legalmente. Agrega que la provisionalidad es simplemente una forma de proveer los cargos para no interrumpir la

prestación del servicio público, sin que se genere fuero de estabilidad para el funcionario.

1. Argumenta que la demandante fue desvinculada de la nómina porque ella, al igual que muchos docentes del departamento, no participaron ni superaron el concurso de méritos para acceder al cargo. En criterio de la entidad, la declaración de insubsistencia no es una situación SUI GENERIS frente a la accionante, sino que es una situación general que afecta a varios docentes que no se ciñeron a los nuevos lineamientos constitucionales de la carrera administrativa.

1. Informa que la entidad no conocía del estado de embarazo de la actora antes de haber sido declarada insubsistente.

1. Reitera que la desvinculación de la docente nombrada en provisionalidad, además de deberse a que no superó el concurso público de méritos, también se produjo porque la Administración no sabía del especial estado en el que se encontraba la accionante. Indica que en el caso de un grupo de docentes embarazadas que sí dieron a conocer su estado, sus cargos fueron apartados hasta tanto no se cumpliera con el tiempo de gestación y los tres (3) meses posteriores al parto, dando así cumplimiento a la estabilidad reforzada de la mujer embarazada.

## 1. PRUEBAS Y DOCUMENTOS

En el expediente obran como pruebas, entre otros, los siguientes documentos:

1. Copia del acta de posesión de la accionante.

1. Comunicación del “Acto Administrativo de Insubsistencia de un Cargo Docente en Provisionalidad”, de fecha 2 de marzo de 2009.

1. Copia de la certificación expedida por el rector de la Institución Educativa Distrital Alberto Caballero del municipio Sabanas de San Ángel (Magdalena), en la que se constata que la demandante recibió notificación de desvinculación a partir del 13 de abril de 2009.

1. Copia de la respuesta dada por la Secretaría de Educación Departamental al derecho de petición presentado por Sandra Milena Guacaneme Chaparro, en el que indica que no accede al reintegro debido a que su desvinculación no se dio por su estado de embarazo, sino porque no superó la totalidad de las etapas del concurso público de méritos iniciado por la entidad siguiendo los lineamientos trazados por la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante convocatoria No 032 de 2006 y principalmente, porque el estado de embarazo se comunicó con posterioridad al decreto que declaraba la insubsistencia del cargo.

1. Copia del acto administrativo mediante el cual la Secretaría de Educación Departamental informó al rector de la institución, el nombramiento del reemplazo de la señora Sandra Milena Guacaneme Chaparro.

1. Copia de los exámenes médicos con los que se demuestra el estado de gravidez de la demandante.

1. Certificación del Rector de la institución educativa expedida el 25 de enero de 2010, en la

que se verifica que la docente nombrada en periodo de prueba para ocupar la plaza de la señora Guacaneme Chaparro no asumió la carga académica correspondiente.

## 1. DECISIONES JUDICIALES

### 1. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA - JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SANTA MARTA.

En primera instancia, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Santa Marta, mediante sentencia proferida el siete (7) de julio de dos mil nueve (2009), decidió tutelar los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al trabajo, “a la niñez”, y “a la condición especial de la mujer embarazada y de su hijo” invocados por la señora Sandra Milena Guacaneme.

Explicó que el despido tuvo lugar durante el fuero de maternidad de la señora Sandra Milena Guacaneme Chaparro, pues se realizó el día 13 de abril de 2009. Indicó que para la época en la que se comunicó a la docente que el cargo que venía desempeñando había sido declarado insubsistente, ya se encontraba en estado de embarazo.

Consideró que aunque el Secretario de Educación alega que el despido de la accionante no se debió a su estado de embarazo sino a que no superó el concurso de méritos para ocupar el cargo de docente, en este caso opera la presunción de despido por embarazo contemplada en la legislación laboral, puesto que con la excusa de atender el requisito legal de vincular a los docentes que superaron el concurso de méritos, se desconoció una garantía de rango constitucional como es la protección especial de la mujer en estado de embarazo.

Señaló que la Corte Constitucional abolió el requisito de verificación de la previa notificación de la trabajadora al empleador de su estado de gravidez. Explicó que para la Corte se estaría dejando de lado la protección de la estabilidad laboral reforzada de la mujer gestante y de los derechos del hijo que está por nacer a la seguridad social, la salud y el mínimo vital, si se permitiera su despido en ese estado de especial protección.

Manifestó que lo anteriormente expuesto demuestra, en el caso en concreto, que se cumplen con los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional para la procedencia de la acción de tutela y el amparo de los derechos fundamentales invocados por la actora.

## 1. IMPUGNACIÓN

La entidad accionada impugnó el fallo proferido por el Juez Constitucional de primera instancia, el 7 de julio de 2009. El Secretario de Educación del Departamento del Magdalena consideró que el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Santa Marta incurrió en algunas imprecisiones jurídicas, pues desconoció normas y conceptos de rango constitucional vigentes frente a la carrera administrativa y a la notificación oportuna del estado de embarazo del trabajador a su empleador.

### 1. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA - TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL MAGDALENA

El Tribunal Administrativo del Magdalena revocó el fallo de primera instancia por considerar que para la fecha en que la actora le comunicó al ente accionado su estado de gravidez, 13 de abril de 2009, ya se había proferido el acto administrativo de declaración de insubsistencia (Decreto 1393 del 21 de noviembre de 2008), por lo que la entidad no sabía que la accionante se encontraba en estado de embarazo.

De otro lado, sostuvo que la declaración de insubsistencia del cargo obedeció no a la discrecionalidad del nominador, como en muchos casos suele ocurrir con los empleados públicos, sino al cumplimiento de la condición resolutoria del nombramiento en provisionalidad, esto es, la provisión del cargo mediante un concurso de méritos.

El Tribunal Administrativo del Magdalena argumentó que la entidad accionada tan solo dio cumplimiento a las normas legales que regulan lo atinente a la carrera administrativa, pues si bien la Ley 443 del 11 de junio de 1998 en su artículo 62 establece como medida de protección a la maternidad que "...cuando un cargo de carrera se encuentre provisto con una empleada en estado de embarazo mediante nombramiento provisional o en periodo de prueba, el término de duración de éstos se prorrogará automáticamente por tres meses más

después de la fecha del parto...”, la Ley 909 de 2004 derogó algunos artículos de la referida ley, entre los que se encuentra el artículo precedentemente transcrito, disponiendo en su lugar que:

“Artículo 51. Protección a la maternidad.

1. No procederá el retiro de una funcionaria con nombramiento provisional, ocurrido con anterioridad a la vigencia de esta Ley, mientras se encuentre en estado de embarazo o en licencia de maternidad...”

De lo anteriormente expuesto, concluyó el Tribunal que la accionante no está amparada por esta especial protección, ya que su nombramiento se produjo con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004 y, en consecuencia, estaba obligada a notificarle al empleador su estado de embarazo por escrito, adjuntando la certificación del diagnóstico médico, tal como lo dispone el parágrafo 2° de la precitada ley.

Por último, adujo que lo más relevante para negar las pretensiones de la tutelante no es el hecho de la notificación previa, sino el hecho de que el despido o la declaratoria de insubsistencia no se dio en razón a su estado de embarazo sino que obedeció a una causal objetiva. Lo anterior, por cuanto el ente accionado al momento de proferir el acto administrativo en cuestión y de notificarlo en debida forma a la accionante, desconocía que ésta se encontraba en estado de gravidez.

## 1. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

### 1. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

### 1. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala examinar si la entidad accionada vulneró los derechos fundamentales a la maternidad, a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, al debido proceso

y al mínimo vital de la madre y del hijo que está por nacer, cuando declaró insubsistente el cargo que venía desempeñando en provisionalidad la accionante, alegando como excusa (i) que al momento de expedirse el acto administrativo de insubsistencia, no se había notificado el embarazo, y (ii) que la accionante no superó el concurso público de méritos para ocupar el cargo de docente.

Para resolver la controversia la Sala Séptima examinará: (i) La estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada como un derecho fundamental (ii) la garantía del fuero de maternidad como manifestación del principio de solidaridad (iii) el derecho a la no discriminación por razón de género (iv) la procedencia de la acción de tutela para que la mujer embarazada reclame el reintegro, y (v) el caso concreto.

1. La estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada como un derecho fundamental. Reiteración de jurisprudencia.

La Corte Constitucional ha creado una fuerte línea jurisprudencial en desarrollo de la protección especial que la Constitución reconoce a la mujer embarazada. Ha señalado que la mujer en este estado es un miembro vulnerable dentro de la sociedad expuesta a acciones discriminatorias o excluyentes en razón de su embarazo<sup>1</sup>. Éstas conductas son pluriofensivas, pues quebrantan varios derechos fundamentales, entre los cuales pueden converger los que se mencionan en la sentencia T-961 del 7 de noviembre de 2002:

“i) frente al caso de la relación laboral: el derecho a la estabilidad laboral reforzada, el derecho a las prestaciones sociales derivadas del contrato de trabajo asociadas a la maternidad (licencia de maternidad, permisos de lactancia) y el derecho al mínimo vital; ii) frente al caso de la permanencia en el sistema de seguridad social, puede llegar a vulnerar: el derecho a la vida y a la salud de la mujer durante y después del embarazo, así como la protección del nasciturus y el derecho a la vida y a la salud del recién nacido; y iii) frente al caso del proceso biológico y psicológico del embarazo, los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la no discriminación y a la maternidad.”

A causa de las razones esbozadas, el Estado asume como un deber constitucional de gran relevancia la protección tanto de la madre como del nasciturus durante el periodo de gestación y después del parto. Así pues, el Estado refuerza todas las garantías laborales a fin de que la mujer pueda gozar efectivamente del derecho fundamental a la maternidad y consecuentemente, de otros derechos, como la igualdad, la seguridad social y el mínimo vital.<sup>2</sup>

Al respecto, ha expresado la Corte:

“...En desarrollo de los postulados del Estado Social de Derecho, la Constitución ha considerado que la mujer en estado de embarazo, conforma una categoría social que, por su especial situación, resulta acreedora de una particular protección por parte del Estado. En consecuencia, se consagran, entre otros, el derecho de la mujer a tener el número de hijos que considere adecuado (C.P. art. 16 y 42); a no ser discriminada por razón de su estado de embarazo (C.P. art. 13, 43 y 53), a recibir algunos derechos o prestaciones especiales mientras se encuentre en estado de gravidez (C.P. art. 43 y 53); y, al amparo de su mínimo vital durante el embarazo y después del parto (C.P. art. 1, 11, 43).<sup>3</sup> Adicionalmente, la especial protección constitucional a la mujer en embarazo se produce con el fin de proteger integralmente a la familia (C.P. art. 42)...”<sup>4</sup>

Siguiendo esta línea garantista, la Corte ha revestido de rango constitucional la presunción legal de discriminación por embarazo establecida en el Código Sustantivo del Trabajo en el artículo 239 y siguientes, en armonía con los artículos 13, 43 y 53 de la Constitución Política, con el propósito de darle plena eficacia a dicha normativa. En este respecto sostiene:

“...En desarrollo de la especial protección a la mujer embarazada, del derecho a una estabilidad laboral reforzada y del llamado “fuero de maternidad”, el legislador ha establecido una presunción de discriminación, en todos aquellos casos en los cuales el despido se produce durante el embarazo o dentro de los tres (3) meses después del parto y sin los requisitos legales o reglamentarios pertinentes. Según lo dispuesto en los artículos 239 y subsiguientes del C.S.T., 2 de la Ley 197 de 1938, 26 del Decreto 2400 de 1968, 21 del Decreto 3135 de 1968, la regla mencionada se aplica tanto a la mujer que tiene un contrato de trabajo, como a la servidora pública, sin importar si se encuentra sometida al régimen de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción.

En virtud de las disposiciones precitadas, se presume que la desvinculación de la trabajadora o empleada, se ha efectuado por motivo del embarazo o lactancia, si se produce sin justificación suficiente y razonable en los términos de la ley y, dentro del embarazo o de los tres meses posteriores al parto. Si, en los eventos mencionados, el empleador o nominador no puede justificar adecuadamente su decisión, quedará obligado a reintegrar a la mujer a su puesto de trabajo y a pagarle los emolumentos e indemnizaciones a que haya lugar”<sup>5</sup> (Subraya fuera de texto)

Vale la pena anotar que la protección de los derechos fundamentales a la maternidad y a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada no surge tan solo de la interpretación conjunta de los derechos constitucionales a la igualdad (artículo 13) y a la asistencia especial de la que goza la mujer durante el embarazo y después del parto (artículo 43), y del principio de la protección especial a la mujer y a la maternidad (artículo 53), sino también en virtud de las disposiciones consignadas en los instrumentos internacionales que hacen parte de la normativa interna, en aplicación del artículo 93 de la Constitución Política, por vía del denominado bloque de constitucionalidad.

Así pues, la sentencia T-095 del 7 de febrero de 2008 refiere que:

“Así mismo, distintos instrumentos internacionales de protección de derechos humanos a la luz de los cuales ha de fijarse el sentido y alcance de los derechos constitucionales fundamentales - como lo ordena el artículo 93 superior<sup>6</sup> - reconocen la condición especial de la maternidad y le otorgan un amplio margen de protección a las mujeres en estado de gravidez del mismo modo que a la población recién nacida. Ese es el caso, por ejemplo, de lo establecido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>7</sup>. Una de las consecuencias de esta protección con fundamento en los tratados internacionales ha sido que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales exige con regularidad a los Estados miembros aportar información acerca de grupos de mujeres que no disfruten de esta protección.

Adicionalmente, la protección a la maternidad ha sido fijada en el Protocolo Facultativo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ‘ Protocolo de San Salvador<sup>8</sup>.’ Con fundamento en dicho Protocolo, la licencia otorgada a la mujer antes y luego del parto se entiende como una de las prestaciones incluida en el derecho constitucional

fundamental a la seguridad social<sup>9</sup>. Así las cosas, la protección prevista en el artículo 43 constitucional y la normatividad vigente se ven complementadas y reforzadas por la disposición contenida en el mencionado Protocolo extendiendo la protección derivada de la licencia de maternidad tanto al tiempo antes del parto como al lapso que transcurre con posterioridad al mismo.

En este lugar vale la pena resaltar cómo la protección ofrecida a la mujer en estado de embarazo antes y después del parto se encamina también a proteger los derechos de la niñez. En la Convención Internacional sobre los Derechos del [de la] Niño (a) se ordena a los Estados Partes adoptar medidas adecuadas para garantizar la atención sanitaria prenatal y posnatal en beneficio de las madres gestantes.”

Sobre la fundamentalidad del fuero de maternidad, en el caso específico de las servidoras públicas, la sentencia T-245 del 30 de marzo de 2007 concluye que:

“La estabilidad laboral reforzada que ofrecen las disposiciones del texto constitucional, entre las que se incluyen aquellas que componen el bloque de constitucionalidad, se materializan en el derecho fundamental específico que ha sido reconocido en nuestro ordenamiento a la mujer embarazada, según el cual no puede ser separada de su cargo, o ser sometida a cualquier forma de discriminación en el empleo, por razón de su estado de gravidez<sup>10</sup>...

Ahora bien, en sentencia T-885 de 2003 esta Corporación se pronunció sobre la estabilidad laboral de las mujeres en embarazo que prestan sus servicios a la Rama Judicial del Estado. Luego de adelantar un abundante estudio de la jurisprudencia constitucional sobre la materia, la Corte concluyó que el goce de este derecho fundamental que asegura la mencionada estabilidad laboral no depende del tipo de nombramiento por el cual la mujer se encuentra vinculada a la Rama. En tal sentido, señaló que no hay razones que encuentren respaldo en el texto constitucional que permitan restringir el goce de este derecho a ciertas funcionarias por el tipo de nombramiento que las vincule al empleo. Por el contrario, dado que las circunstancias a las que se ven abocadas por el embarazo son, de hecho, idénticas, el ordenamiento no puede dispensar un tratamiento diferente.´ (negrilla fuera de texto)

El principio de solidaridad, uno de los fundamentos de nuestro Estado Social de Derecho, es

un desarrollo del artículo primero de la Constitución Política en virtud del cual, tanto el Estado como la sociedad deben observar una serie de deberes para el logro de los fines esenciales de la organización política, como la garantía de proteger los derechos fundamentales. Lo anterior implica la cooperación y el apoyo mutuo entre las personas y los grupos sociales.

En este sentido, en la Sentencia T-458 de 200911, la Corte indicó:

“En este orden de ideas, no solamente el Estado es responsable de proteger la vida y la salud de los asociados; estas garantías, como todos los derechos fundamentales, deben también ser resguardadas por los particulares, y se convierten por ello en su responsabilidad constitucional. Puede decirse entonces, que ‘ la protección a la persona humana se concreta frente a los actos u omisiones tanto del estado como de los particulares ’.

Y no podría ser de otra forma, puesto que en la base de la estructura de nuestro ordenamiento jurídico, el Constituyente de 1991 fundó el principio de solidaridad social como una forma de cumplir con los fines estatales y asegurar el reconocimiento de los derechos de todos los miembros de la comunidad. Se trata de un principio que, sin duda, recuerda la vocación humana de vivir en sociedad y resalta la necesidad de la cooperación mutua para alcanzar el bienestar y la tranquilidad - ciertamente, también la salud -.”

La solidaridad entraña un valor superior que, en materia laboral implica la exigencia para los empleadores de asumir ciertos deberes, como contribuir a la materialización del principio de la estabilidad laboral de la mujer embarazada y, por ende, la obligación de no discriminarla.

Los artículos 13 y 44 de la Constitución Política también exigen un especial compromiso no solo al Estado sino también a la sociedad y a la familia en relación con el desarrollo integral de los menores de edad. Estas disposiciones constitucionales imponen proteger a los niños de todo tipo de discriminación o abuso y, en especial, a la sociedad y al Estado de cualquier amenaza de su derecho a la vida. Una de las manifestaciones de esta protección del menor de edad, es el derecho a la estabilidad laboral de la mujer embarazada, quien debe contar con los medios suficientes para sufragar sus necesidades y las del hijo que está por nacer.

De igual manera y como desarrollo del principio de solidaridad, las instituciones médicas que reciben aportes del Estado se encuentran obligados a prestar el servicio de salud a los

menores de un año. En este sentido, el artículo 50 de la Carta Política contempla que todo niño menor de un año que no esté cubierto de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. Como consecuencia de esta protección constitucional, al nacer y a los niños menores de un año, las Empresas Promotoras de Salud deberán prestarles el servicio, independientemente de su afiliación al sistema de salud, pues, por su situación de indefensión y vulnerabilidad tienen derecho a una atención gratuita.

Ratificando lo anterior, el principio de solidaridad interpretado en conjunto con los artículos 1, 2, y 13 de la Constitución Política, se configura como un deber de los empleadores, pues deben ser sensibles a la situación de la mujer embarazada y garantizar su estabilidad en el empleo. Ahora bien, cuando éstos no cumplan con dicho deber, las mujeres pueden acudir a la acción de tutela para reclamar el respeto de sus derechos fundamentales.

1. El despido de la mujer embarazada es una forma de discriminación por razones de género.

El inciso primero del artículo 13 de la Constitución Política alude al derecho fundamental a la igualdad. La Corte ha entendido que esta garantía implica, entre otros aspectos, la prohibición de discriminación por razones de sexo, raza, lengua, entre otros, por tratarse de condiciones inherentes al ser humano que no pueden ser transmutadas por el simple querer de las personas.

En el caso particular del periodo de gestación, desde el punto de vista biológico, sólo es posible atribuirlo a la mujer. Por ello, existe una protección constitucional reforzada<sup>12</sup> para el disfrute pleno de la maternidad, sin olvidar que el hombre y la mujer están en igualdad de condiciones y pueden gozar de las mismas oportunidades. Así, cualquier discriminación causada por el estado de embarazo, es una violación al derecho a la igualdad por razón del género.

Como reconocimiento de los actos discriminatorios de los que puede ser víctima la mujer, los Estados han realizado un esfuerzo especial para garantizar la igualdad real entre los hombres y las mujeres. El Estado Colombiano, en desarrollo de este compromiso y para hacer real el

derecho a la igualdad entre hombres y mujeres, ha ratificado instrumentos como el convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el cual en su artículo 11 establece:

“2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;

b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales;

c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños;

d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.”

De otro lado, teniendo en cuenta todas las acciones discriminatorias contra la mujer a causa del embarazo, como despidos, falta de oportunidades laborales y de ascenso, denunciadas por la OIT, la sentencia T-160 del 2 de marzo de 2006 estableció que:

“...la Organización en cita insta a los Estados Parte a crear mecanismos que otorguen las herramientas necesarias para procurar la igualdad real y efectiva de las mujeres en edad fértil, igualdad ésta que para conseguirse requiere de la implantación de acciones afirmativas, tales como la seguridad del empleo durante el embarazo, la licencia de maternidad, el periodo de lactancia y sus beneficios, con el fin de que la especial protección de la mujer no se traduzca en una excepción a la igualdad de trato, sino en una condición para la no discriminación en el empleo.” (negrilla fuera de texto)

Sin embargo, pese a la obligatoriedad jurídica implícita en la ratificación de dichos Convenios, se sigue discriminando a la mujer por causa de su papel en la procreación y de los roles que históricamente se le asignan, particularmente en las cargas del hogar. No hay duda entonces, de la necesidad urgente de que se siga otorgando una protección constitucional reforzada a la mujer en estado de gravidez y de desarrollar acciones efectivas para garantizar el compromiso de eliminar toda practica discriminatoria por razón de la maternidad, en desarrollo del principio y del derecho a la igualdad entre hombres y mujeres.

1. Procedencia de la acción de tutela para solicitar la reincorporación laboral de la mujer embarazada que ha sido despedida.

Frente a la procedencia de la acción de tutela para invocar la protección del derecho constitucional fundamental a la maternidad, a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, así como sus derechos a la igualdad, al mínimo vital y a la seguridad social, es importante recordar que, en principio, este amparo constitucional no es el medio idóneo para invocar su protección, pues tratándose de una trabajadora o empleada pública existen otros medios judiciales que deben agotarse primero, como lo son la vía ordinaria o la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Sin embargo, esta Corporación ha reconocido que la acción de tutela procede en estos casos y con carácter definitivo, debido a la falta de idoneidad de las acciones ordinarias.

En este sentido, la Corte ha expresado que:

“No obstante, dada la naturaleza efímera del estado de gravidez y, especialmente, en consideración a la enorme importancia de ofrecer la más pronta atención a la corrección de este tipo de actuaciones por el valor de los derechos fundamentales en juego, en la mayoría de las ocasiones resulta desproporcionada la carga de oponer a la mujer que solicita el amparo de sus derechos fundamentales por vía de tutela, la exigencia de acudir a los mecanismos judiciales ordinarios diseñados por el Legislador. Por tal razón, en aquellos eventos en los cuales resulten lesionados los derechos fundamentales de la futura madre, la pretensión de obtener protección judicial por medio de la interposición de una acción de

tutela constituye una solicitud legítima, que no puede ser desechada con base en el principio de subsidiariedad que orienta esta acción.”<sup>13</sup>

Es decir, que por regla general la Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para reclamar el reintegro. Pero, en el caso de la mujer embarazada, la Corte ha señalado que sí procede cuando se reúnen los siguientes requisitos:

“los elementos fácticos que deben quedar demostrados para que proceda el amparo transitorio del derecho a la estabilidad laboral reforzada son los siguientes: (1) que el despido o la desvinculación se ocasionó durante el embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto; (2) que la desvinculación se produjo sin los requisitos legales pertinentes para cada caso; (3) que el empleador conocía o debía conocer el estado de embarazo de la empleada o trabajadora; (4) que el despido amenaza el mínimo vital de la actora o que la arbitrariedad resulta evidente y el daño que aparea es devastador”<sup>14</sup>.

1. Cambio en la línea jurisprudencial frente al requisito referido a que el empleador conocía o debía conocer el estado de embarazo de la trabajadora o empleada pública.

La interpretación conferida al requisito de la previa notificación al empleador sobre el estado de gravidez de la trabajadora o empleada para que procediera el amparo, sufrió un trascendental giro en la sentencia T-095 del 7 de febrero de 2008, en dicho pronunciamiento se sostuvo:

“... que el requisito de conformidad con el cual para otorgar la protección a la mujer trabajadora en estado de gravidez resulta indispensable que el empleador conozca o deba conocer de la existencia del estado de gravidez de la trabajadora, no puede interpretarse de manera en exceso rígida. Estima la Sala que una interpretación demasiado restrictiva de esta exigencia deriva en que el amparo que la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos ordenan conferir a la mujer trabajadora en estado de gravidez con frecuencia únicamente se otorga cuando se ha constatado que la mujer ha sido despedida por causa o con ocasión del embarazo.

Lo anterior ha llevado a situaciones de desprotección pues se convierte en un asunto probatorio de difícil superación determinar si el embarazo fue o no conocido por el empleador antes de la terminación del contrato, lo que se presta a abusos y termina por colocar a las mujeres en una situación grave de indefensión. Puesto de otro modo: encuentra la Sala que conferir protección a la mujer únicamente cuando se ha comprobado que el despido fue discriminatorio esto es, que se despidió a la mujer en razón o por causa del embarazo, termina por restringir una protección que la Constitución confiere de manera positiva, en términos muy amplios, y cubija tanto a las mujeres gestantes como a los (as) recién nacidos (as)".

...Por el contrario, una interpretación rígida que marque el énfasis para otorgar la protección en que el empleador sabía del estado de gravidez de la trabajadora y no en que quedó embarazada durante la vigencia del contrato, trae como consecuencia que en los contratos a término fijo o por obra los empleadores tiendan a deshacerse muy fácilmente de las obligaciones en cabeza suya alegando que nunca supieron del estado de embarazo de la trabajadora o que tal circunstancia les fue comunicada cuando ya le habían dado aviso de la no prórroga del contrato...

...20.- Dado que la circunstancia delineada en el párrafo inmediatamente anterior se ha prestado para sinnúmero de abusos y en vista de que la ciencia médica ha avanzado hasta el punto en que mediante una ecografía puede determinarse de modo bastante seguro el momento del embarazo, 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 ha quedado embarazada durante la vigencia del contrato de trabajo independientemente de la modalidad que caracterice la relación laboral. Así, sin importar cuál sea el tipo de contrato pactado - indefinido, a término fijo o por obra - el empleador estará obligado a reconocerle a la mujer gestante las prestaciones vinculadas con el fuero de maternidad que abarca la protección constitucional de la mujer trabajadora durante el embarazo, en el parto y luego de los tres meses de haber dado luz.

Dicho criterio fue reiterado y compartido por la Sala Sexta de revisión al tutelar los derechos fundamentales de una mujer vinculada a una Cooperativa de trabajo asociado que fue despedida por encontrarse en estado de embarazo. Al respecto, la sentencia T- 004 del 201016 sostuvo que:

“...Ciertamente, el principio de solidaridad social<sup>17</sup>, el cual implica la responsabilidad compartida entre el Estado y los particulares de resguardar la protección de los derechos fundamentales, hace que recaiga en los empleadores la obligación de no discriminar a la mujer embarazada y, por tanto, el deber constitucional de garantizar el vínculo laboral señalado expresamente en artículo 53 de la Constitución Política de Colombia...

...Es de suma importancia destacar que por ser el fuero de maternidad de naturaleza constitucional, debe garantizarse en cualquier tipo de relación laboral. En consecuencia, sin importar si es un contrato laboral o uno de prestación de servicios, o si el servicio se presta por intermedio de una cooperativa de trabajo asociado, en todos los casos, siempre será obligatorio para el empleador no desvincular a la mujer que se encuentre en estado de embarazo o en periodo de lactancia. No importa si el embarazo ocurre antes del preaviso o después de éste, o al terminar la labor indicada en el contrato de prestación de servicios, el fuero de maternidad debe garantizarse. De igual forma operara la protección para las asociadas a una cooperativa de trabajo asociado, en cuyo caso, así la cooperativa de trabajo asociado finalice el contrato con la entidad contratante, deberá garantizarle a la asociada la continuidad en la relación laboral, haciendo los aportes respectivos a la seguridad social...”  
(Negrilla no original)

Ahora conviene analizar cada uno de los elementos fácticos a la luz del caso en particular y examinar si efectivamente procede el amparo constitucional del derecho fundamental a la maternidad y a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, como único medio eficaz para la protección de sus derechos constitucionales.

## 1. ESTUDIO DEL CASO CONCRETO

### 1. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

1. Como se anotó anteriormente, la Corte Constitucional ha establecido como regla general la no procedencia de la acción de tutela ante la existencia de otros mecanismos ordinarios que

garanticen efectivamente la defensa de los derechos fundamentales invocados. Por ejemplo en el presente caso, a través de un Proceso Ordinario o de una acción de nulidad y del restablecimiento del derecho, podría reclamarse la protección de las garantías invocadas.

1. No obstante lo anterior, dado el lapso tan corto en el cual transcurre el periodo de gestación, la jurisprudencia ha sostenido que, cuando se encuentran en juego los derechos fundamentales de la mujer en embarazo así como los del hijo que está por nacer, se estaría imponiendo una carga desproporcionada a la mujer gestante si se le exigiera agotar los mecanismos ordinarios. Dada la falta de idoneidad de los mecanismos judiciales constituye una acción legítima ejercitar la acción de tutela para invocar la protección de los derechos vulnerados.

1. Analizados los antecedentes y teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, puede verificarse que la Señora Sandra Milena Guacaneme se encuentra en una situación de vulnerabilidad por razón del género, y que además pueden estar comprometidos derechos de rango fundamental de la mujer gestante como del nasciturus. Por lo anterior, le asiste un interés legítimo para solicitar el amparo constitucional implorado.

## 1. ANÁLISIS DE LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA TUTELANTE Y SU HIJO

Teniendo en cuenta que la Secretaría de Educación del Magdalena profirió un acto administrativo declarando insubsistente el cargo que desempeñaba la actora y que éste fue notificado a la accionante cuando ya se encontraba en estado de embarazo, la Corte estudiará si de conformidad con las preceptivas constitucionales y las normas internacionales de derechos humanos que regulan el tema, se han vulnerado los derechos fundamentales a la maternidad y a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, y los demás derechos fundamentales que se derivan de éstos como son, la igualdad, la violación al debido

proceso, al mínimo vital y a la seguridad social.

## 1. CASO CONCRETO

1. Antes de abocar el estudio de cada uno de los supuestos fácticos exigidos por esta Corporación para acoger o desestimar las pretensiones de la solicitante, es pertinente referirse a los hechos que se encuentran debidamente probados en el presente caso y que a continuación se resumen:

La señora Guacaneme Chaparro fue nombrada en la planta de personal docente del Departamento del Magdalena mediante Decreto 1840 del 8 de septiembre de 2006. Posteriormente, mediante Decreto 1393 del 21 de noviembre de 2008, se declaró insubsistente el nombramiento provisional del cargo de docente a la señora Sandra Milena Guacaneme, el cual fue notificado a la afectada el 13 de abril de 2009, cuando la docente ya se encontraba en estado de embarazo. La desvinculación se dió en razón a que la actora no superó el concurso público de méritos para proveer la vacante que venía desempeñando en provisionalidad. Y, mediante Decreto 193 del 11 de mayo de 2009 se nombró en periodo de prueba su reemplazo.

El 17 de abril de 2009, la señora Guacaneme Chaparro elevó derecho de petición a la Secretaría de Educación del Departamento del Magdalena, solicitando el reintegro a su cargo. Este fue resuelto negativamente, arguyendo que la desvinculación (i) se dio con base en una causal objetiva para declarar la insubsistencia del nombramiento en provisionalidad, y (ii) el desconocimiento de la accionada del estado de gravidez de la peticionaria.

Finalmente, esta Sala ordenó vincular a la docente Yolima Esther Hernández Moreno, quien fue nombrada en periodo de prueba para ocupar la plaza de la actora, con el fin de que se pronunciara respecto a lo que considerara pertinente. Dado lo anterior, la institución educativa allegó certificación de la cual puede vislumbrarse, sin lugar a dudas, que la docente nombrada en periodo de prueba para ocupar la plaza de la docente Sandra Milena Guacaneme Chaparro, no asumió la carga académica correspondiente.

1. Estudio de cada uno de los elementos fácticos fijados por la jurisprudencia para conceder la acción de tutela:

1. Respecto al primer elemento fáctico, (que la declaratoria de insubsistencia del cargo que la empleada pública venía desempeñando se ocasionó durante el embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto) cabe mencionar que el acto administrativo mediante el cual se declaró insubsistente el cargo que desempeñaba la docente se profirió el 21 de noviembre de 2008, fecha para la cual la docente no se encontraba en estado de gravidez.

Sin embargo, la Corte encuentra que si bien para el momento de proferido el acto administrativo la empleada pública no se encontraba en estado de gravidez, solo tuvo conocimiento del acto cuando ya se encontraba en embarazo. Por esta razón, se avanzará en el estudio de los demás elementos fácticos.

1. El segundo requisito (no media autorización del inspector de trabajo, si se trata de trabajadora oficial o privada o que no se presenta resolución motivada por parte del jefe del respectivo organismo, si se trata de empleada pública) Aunque en el decreto 1393 del 21 de noviembre de 2008 se informa que la razón para desvincular a la docente Sandra Milena Guacaneme del cargo ocupado en provisionalidad, se debió a que se surtieron todas las etapas de la Convocatoria No. 032 del 30 de noviembre de 2006, a través de la cual la Comisión Nacional del Servicio Civil ordenó el llamamiento a Concurso para la selección de docentes y directivos docentes del servicio educativo estatal y la actora no superó satisfactoriamente las etapas del mencionado Concurso de Méritos, la entidad accionada omitió notificar dicho acto administrativo.

En efecto, aunque el acto fue debidamente motivado y al momento de proferirse dicha decisión la accionante no se encontraba en embarazo, la administración omitió surtir su notificación. En consecuencia, el ente accionado debe asumir los efectos de su demora para poner en conocimiento dicha decisión. Pues, cuando se surtió la comunicación del decreto

1393 del 21 de noviembre de 2008, la docente ya se encontraba en estado de embarazo. Ante lo cual, la entidad demandada debió reevaluar su decisión y considerar la situación de la tutelante.

1. Frente al tercer elemento, (que el empleador conocía o debía conocer el estado de embarazo de la empleada) es de trascendental importancia referirse a la sentencia T-095 del 7 de febrero de 2008. Vale la pena anotar que en esta oportunidad, la Corte interpretó el cumplimiento de este requisito a la luz de las normas constitucionales y bajo las preceptivas que integran el bloque de constitucionalidad y señaló que ya no es necesaria la comunicación del estado de embarazo al empleador. Pues, constituye una carga excesiva para la mujer gestante, por lo que debe entenderse que si la mujer mediante un examen médico o por cualquier medio científico demuestra que al momento de encontrarse vigente el vínculo laboral -que bajo cualquier modalidad de contrato estuviere desarrollando- se encontraba embarazada, el empleador debe reconocerle a la mujer gestante todas las prestaciones derivadas del “fuero de maternidad” durante el periodo de gravidez, el parto y los tres meses posteriores al parto.<sup>18</sup>

Ahora corresponde entrar a estudiar si el vínculo laboral con la entidad estaba vigente cuando la actora se encontraba en estado de embarazo.

Al respecto, es importante mencionar que la docente comunicó al Rector de la Institución Educativa su estado de embarazo después de las vacaciones de “semana santa” de 2009, momento en el que le notificaron el acto administrativo que la desvinculaba de la Planta de Docentes del Departamento del Magdalena.

En respuesta al derecho de petición elevado por la actora, la entidad consideró que ésta no cumple con el lleno de los requisitos enmarcados en la Constitución y en la ley para acceder a la petición de reintegro y argumentó que el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en embarazo no se vulneró porque su desvinculación no se debió al “presunto” estado de gravidez sino a que la docente no superó la totalidad de las etapas del concurso público de méritos iniciado en la entidad en coordinación con la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante convocatoria No. 032 de 2006.

Ciertamente, afirma la Secretaría de Educación del Magdalena que el motivo del despido no pudo nacer en el hecho del embarazo, puesto que ya que se encuentra ampliamente probado que el acto se expidió cuando la accionante ni siquiera se encontraba en dicho estado. En definitiva, la declaratoria de insubsistencia se basó en una causal objetiva, cual es, la no superación de la actora del Concurso Público de méritos convocado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Esta posición es de recibo para el Tribunal Administrativo del Magdalena. Sostiene el adquem, que es obvio que el embarazo no fue la causal del despido, pues si la docente no se encontraba en estado de gravidez al momento de proferirse el acto, no hay duda de que dicha desvinculación no obedeció al evento del embarazo y, en consecuencia, no podría alegarse discriminación por esta causa.

Ahora bien, en este punto cobra gran trascendencia examinar la fecha en que el acto administrativo fue notificado a la actora:

El 21 de noviembre de 2008, mediante decreto 1393, se dispuso: “...ARTÍCULO PRIMERO: Declarar insubsistente el nombramiento del cargo de docente del Departamento del Magdalena en el área de PRIMARIA, al señor (a) GUACANEME CHAPARRO SANDRA MILENA, identificado (a) con la cédula de ciudadanía No. 1065202204 realizado mediante Decreto No. 1863 de 9/8/2006 ”

Seguidamente, a folio 14, se observa comunicación del acto administrativo de insubsistencia de un cargo docente en provisionalidad dirigido a Sandra Milena Guacaneme Chaparro fechado el 2 de marzo de 2009 sin firma de recibido, que le notifica que “...mediante Decreto No. 1393 adiado (21) del mes de (Noviembre) de 2008, resolvió declarar insubsistente el cargo que usted ostentaba como docente de la IED ALBERTO CABALLERO del municipio de SABANAS DE SAN ANGEL (MAGDALENA) ...”

También obra copia de la ecografía obstétrica del primer trimestre de fecha 8 de mayo de 2009, en la que se diagnóstica: “...UTERO: Aumentado de tamaño por gravidez...EMBRIÓN VIVO DE 9 SEMANAS...”, con la que se acredita que al momento de notificarse la desvinculación a la docente, ésta ya se encontraba en embarazo.

Para esta Sala, resulta esencial el hecho de que la notificación surtida a la funcionaria se

realizó al momento en que ella ya se encontraba embarazada, pues aunque al momento de la declaratoria de insubsistencia la docente no se encontraba grávida, sí lo estaba al momento en que se le puso en conocimiento la existencia de dicho acto, y sólo hasta que se le dio a conocer su existencia le fue oponible.

De las pruebas precedentemente reseñadas puede colegirse sin lugar a dudas que la actora se notificó del acto administrativo referido el 13 abril del presente año, según lo reconoce el mismo Rector de la Institución.

Cabe además preguntarse por qué el Departamento del Magdalena le asignó carga laboral a la docente para el año 2009, al punto de que estuvo vinculada con la Institución educativa hasta el 3 de junio de 2009, si ya había sido declarada insubsistente desde el 21 de noviembre de 2008.

En definitiva, se encuentra fehacientemente demostrado que la notificación del acto administrativo que desvinculó a la empleada se surtió cuando la docente ya estaba embarazada. Entonces, no puede colegirse que la administración salvó su responsabilidad y que luego no violentó derecho fundamental alguno.

Por tanto, debe asumir la administración la responsabilidad por la negligencia en la demora de dicha publicidad a la interesada, pues al momento de acontecer dicho procedimiento legal acaecía un nuevo hecho, cual era, el estado de gravidez de la docente del Departamento del Magdalena. Y, este hecho es suficiente para que la actora se encuentre amparada por la presunción de despido por embarazo, como lo exige la reciente jurisprudencia.

Ahora bien, nada obsta para que los lineamientos aplicados a la modalidad del contrato por prestación de servicios, de obra, a término fijo, entre otros, se extiendan a la vinculación de las servidoras públicas en provisionalidad. Si bien esta modalidad de vinculación no otorga derechos de permanencia en un cargo de carrera, en virtud de una interpretación constitucional amplia de las normas que se refieren a la protección de la mujer gestante, la servidora pública que ocupe un cargo de carrera en provisionalidad debe estar amparada por la presunción de despido por embarazo. Dicha relación laboral cumple con el lleno de todos los requisitos exigidos para que pueda predicarse la existencia de un contrato, entre ellos el de la subordinación. Tal como se interpretó para la mujer gestante que estuviere desarrollando un trabajo a término fijo, por obra, por prestación de servicios, o a través de

una Cooperativa de Trabajo Asociado.19

Para finalizar, es reprochable la actuación de la Secretaría de Educación del Magdalena. Pese a que en abril de este año la administración conoció que la funcionaria se encontraba embarazada, hizo caso omiso de esta nueva situación y en su lugar procedió a proferir el Decreto No. 193 del 11 de mayo de 2009 mediante el cual la Gobernación del Departamento del Magdalena realizó unos nombramientos en periodo de prueba en la planta global de cargos docentes.

1. Frente al cuarto elemento (que el despido amenaza el mínimo vital de la actora o que la arbitrariedad resulta evidente y el daño que aparece es devastador) se encuentra ampliamente probado, pues dicha desvinculación trajo como consecuencia la no cancelación del salario como único ingreso mensual con el que contaba la actora para su sustento y el de su hijo. Del mismo modo, se afectó su derecho a la seguridad social, ya que su afiliación al sistema de salud como servidora garantizaba la atención médica durante todo el periodo de gestación y los tres meses posteriores al parto, y la atención al recién nacido por el primer año de vida.

No queda otra vía entonces sino ordenar el reintegro de la docente a su puesto de trabajo o a uno equivalente o superior, pues en verdad le fueron vulnerados sus derechos fundamentales a la maternidad, a la estabilidad laboral reforzada y, consecuentemente, a la igualdad, al debido proceso, al mínimo vital y a la seguridad social.

En definitiva la entidad no efectuó la desvinculación de la empleada pública en legal forma. Luego, se obliga a cancelar todas las prestaciones a las cuales tiene derecho la actora y los emolumentos que dejó de percibir durante el tiempo en que fue apartada de su cargo ilegalmente.

Además, debe afiliarse a la señora Sandra Milena Guacaneme chaparro y a su hijo durante el primer año de vida, al Sistema Integral de Seguridad Social en Salud.

Por último, se advierte a la accionante que el amparo concedido no es óbice para que, si así lo estima pertinente, acuda a la Jurisdicción de lo contencioso administrativo y pida el

reconocimiento de los salarios y demás emolumentos dejados de percibir durante el periodo en que cesó la relación laboral.

## 1. TENSIÓN ENTRE EL DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL DEL FUNCIONARIO NOMBRADO EN PROPIEDAD Y EL DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE LA MUJER EMBARAZADA.

En una situación fáctica concreta puede surgir tensión entre dos derechos de igual categoría. Ante esta circunstancia surge el interrogante de cuál de los dos derechos debe protegerse y qué argumento o razón suficiente debe esgrimirse para que una de las dos garantías prevalezca en un caso determinado sobre la otra. Debe advertirse que aunque no existe una jerarquización de los valores, principios y derechos constitucionales, por excepción pueden presentarse casos en los cuales dos derechos que comparten el mismo rango constitucional, se hallan enfrentados. En esta situación debe hacerse un juicio de razonabilidad para determinar cuál derecho prevalece sobre el otro en el caso concreto. Sobre el tema ha establecido la jurisprudencia que:

“Precisamente, a fin de promover la aplicación armónica e integral de los valores constitucionales, la mayoría de los derechos fundamentales se consagraron en disposiciones normativas que tienen una estructura lógica que admite dichas ponderaciones. En efecto, más que normas que adopten expresamente las condiciones de hecho en las cuales es obligatoria su aplicación, la Carta consagra estándares de actuación que deben ser aplicados atendiendo a las condiciones que, circunstancialmente, pueden dar un mayor peso relativo a un derecho sobre otro. ‘Ciertamente, al optar por un sistema de ‘pluralismo valorativo’, la Carta adoptó un modelo en el cual las normas iusfundamentales tienen una estructura lógica que exige acudir a la metodología de la ponderación para resolver los eventuales conflictos’20.”<sup>21</sup>

También en la sentencia T-245 del 30 de marzo de 2007, se establecieron algunas pautas sobre la forma como debe realizarse la armonización de derechos en colisión:

“En tal sentido, el juez de tutela 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 el 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.” (negrilla fuera de texto)

Para concluir, la ponderación se predica respecto de dos principios o de dos derechos que tienen igual jerarquía. Correspondiéndole al juez constitucional determinar cuál de los dos preceptos tiene un mayor peso y por qué predomina uno sobre el otro en un caso particular.

## 1. Armonización de los derechos en conflicto

Para el caso concreto existen dos derechos fundamentales en tensión, cuales son, la estabilidad laboral de la persona nombrada en carrera y la estabilidad laboral de la mujer embarazada. Ahora bien, conviene realizar un ejercicio de armonización entre los dos derechos y determinar cuál de los dos prevalece sobre el otro en este caso concreto.

Tratándose del derecho a la estabilidad laboral reforzada que se deriva del fuero de maternidad, es determinante el hecho de que su desprotección genera una trasgresión de derechos pluriofensiva, pues como ya se ha explicado la mujer gestante es considerada como una persona en condición de vulnerabilidad que demanda del Estado una protección especial a fin de evitar la discriminación laboral en razón a su estado y a su rol como madre. De otro lado, también se está protegiendo el derecho al mínimo vital así como la atención integral en el sistema de seguridad social en salud de la progenitora y del recién nacido.

Teniendo en cuenta el amparo especial del que goza la mujer en estado de embarazo y todos los derechos fundamentales que podrían verse transgredidos con su desprotección, en el caso concreto debe prevalecer el derecho a la estabilidad laboral reforzada derivado del fuero de maternidad sobre la estabilidad laboral de la persona nombrada en carrera. Pues si

bien, es una carga que se traslada a aquella, no se considera desproporcionada ni excesiva teniendo en cuenta (i) la pluralidad de derechos constitucionales que se salvaguardan con esta medida, y (ii) la transitoriedad de la decisión, por no ser un estado que se prolongue indefinidamente en el tiempo.

Además en el caso concreto existe evidencia de que el cargo que venía ocupando la demandante, no ha sido proveído aún con un docente que haya superado el concurso de méritos.

## 1. CONCLUSIÓN

En conclusión, la Corte revocará la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, y confirmará la sentencia emitida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Santa Marta, en el sentido de conceder el amparo de los derechos fundamentales a la maternidad, a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en embarazo, a la igualdad, al debido proceso, al mínimo vital y a la seguridad social de la señora Sandra Milena Guacaneme Chaparro y de su hijo.

También se ordenará el pago de la licencia de maternidad a la actora, pues de acuerdo al resultado de la ecografía obstétrica que reposa en el plenario, para esta época, ya debió acaecer el nacimiento de su hijo (a).

Finalmente, la Sala advierte a la tutelante, que si así lo estima pertinente, puede acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que reclame los salarios y demás prestaciones económicas dejadas de percibir con ocasión de la terminación del vínculo laboral.

## 1. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo colombiano y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena y, en su lugar, confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Santa Marta, en el sentido de conceder el amparo a los derechos fundamentales a la maternidad, a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en embarazo, a la igualdad, al debido proceso, al mínimo vital y a la seguridad social de la señora Sandra Milena Guacaneme Chaparro, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO. En consecuencia, ORDENAR a la Gobernación del Magdalena y a la Secretaría de Educación Departamental, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, reintegre a la señora Sandra Milena Guacaneme Chaparro, si ella así lo desea, en un puesto de trabajo igual o mejor al que se encontraba desempeñando cuando el cargo que venía desempeñando fue declarado insubsistente.

TERCERO. ORDENAR a la Gobernación del Magdalena y a la Secretaría de Educación Departamental, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia:

- a. Afilie a la señora Sandra Milena Guacaneme Chaparro y a su hijo(a) durante el primer año de vida al Sistema Integral de Seguridad Social en Salud.
- b. Cancele la indemnización de que trata el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo a que la ciudadana Sandra Milena Guacaneme Chaparro tiene derecho.

CUARTO. ORDENAR a la Gobernación del Magdalena y a la Secretaría de Educación Departamental que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, cancele a la señora Sandra Milena Guacaneme Chaparro, la suma correspondiente a la licencia de maternidad, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO. CONDENAR en abstracto a la Gobernación del Magdalena y a la Secretaría de Educación Departamental, al pago de todos los gastos en que incurrió la señora Sandra

Milena Guacaneme Chaparro relacionados con su maternidad y que, de no haberse interrumpido la relación laboral, hubiesen sido cubiertos por el sistema de salud.

SEXTO. ADVERTIR a la señora Sandra Milena Guacaneme Chaparro que el amparo concedido no es óbice para que, si así lo estima pertinente, acuda a la Jurisdicción de lo contencioso administrativo para instaurar acción de nulidad y de restablecimiento del derecho que resuelva de manera definitiva los demás asuntos patrimoniales que el presente caso involucra, de acuerdo con lo establecido en el artículo 8° del Decreto 2591 de 1991.

SÉPTIMO. Por secretaría general librar las comunicaciones de que trata el Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, cúmplase, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional,

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Salvamento de voto

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO A LA SENTENCIA T-088 de 2010

FUERO DE MATERNIDAD-Se debió abordar con mayor profundidad el problema jurídico referente a la situación de la aspirante que ganó el concurso de merito (Salvamento parcial de voto)

Aunque comparto parcialmente la decisión final a la cual llegó la Sala Séptima de Revisión en la sentencia T-088/10 en la medida que se garantiza la protección de la mujer embarazada y del menor recién nacido, debo señalar que se debió abordar con mayor profundidad el problema jurídico referente a la situación de la aspirante que ganó el concurso de merito para acceder al cargo de docente en el Departamento del Magdalena, pues si bien la jurisprudencia constitucional ha sido reiterada en materia de protección laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo y período de lactancia, no se puede desconocer la existencia de un elemento diferente dentro del caso concreto, como lo es que la declaración de insubsistencia se produjo a raíz de la celebración del concurso de meritos que daba lugar al nombramiento de quien obtuvo el mayor puntaje en el mismo, por lo que no se pueden desconocer los derechos de quien participó y ganó por sus calidades la oportunidad de acceder al mencionado cargo.

Referencia: expedientes T-2.422.526

Acción de tutela instaurada por Sandra Milena Guacaneme Chaparro Contra el Departamento del Magdalena.

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Con el respeto acostumbrado, haré una exposición de los motivos que justifican la suscripción de un salvamento parcial de voto respecto de la sentencia de la referencia.

i. Contenido de la sentencia

Mediante el fallo en cuestión se abordó el estudio del caso de la señora Milena Guacaneme contra el Departamento del Magdalena quien consideraba vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, estabilidad laboral reforzada y derechos del menor.

La accionante, quien había sido nombrada en provisionalidad desde el año 2006 en el cargo de docente en el Municipio de Sabanas de San Ángel -Magdalena-, fue declarada insubsistente mediante Decreto de 21 de noviembre de 2008 notificado el 13 de abril de

2009, cuando la docente se encontraba en inicio de su estado de embarazo. Cabe destacar que el motivo de la desvinculación se dio en razón a que la actora no superó el concurso público de méritos para proveer la vacante que venía desempeñando en provisionalidad y, se hacía necesario nombrar a quien había obtenido el mayor puntaje dentro del mismo.

En la Sentencia se estudió si existió vulneración de los derechos de la actora al declararla insubsistente por las razones mencionadas anteriormente. Para resolver el problema jurídico se abordaron los siguientes tópicos: (i) la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada como un derecho fundamental, (ii) la garantía del fuero de maternidad como manifestación del principio de solidaridad, (iii) el derecho a la no discriminación por razón de género (iv) procedencia de la acción de tutela para que la mujer embarazada reclame el reintegro y (v) el caso concreto.

Finalmente, se tutelaron los derechos de la actora y en consecuencia se ordenó a la Gobernación del Magdalena y a la Secretaría de Educación Departamental, que en el término de cuarenta y ocho horas a partir de la notificación se reintegrará a la accionante en un puesto igual o mejor al que se encontraba desempeñando. Así mismo se ordenó afiliarse a la Sra Guacaneme y a su hijo durante el primer año de vida al Sistema Integral de Seguridad Social en Salud, cancelar la indemnización de que trata el artículo 239 del C.S.T, cancelar la suma correspondiente a la licencia de maternidad y se condenó en abstracto a las accionadas al pago de los gastos en que incurrió la peticionaria relacionados con la maternidad y que, de no haberse interrumpido la relación laboral, hubiesen sido cubiertos por el Sistema de Salud.

#### ii. Motivos del Salvamento Parcial de Voto.

Aunque comparto parcialmente la decisión final a la cual llegó la Sala Séptima de Revisión en la sentencia T-088/10 en la medida que se garantiza la protección de la mujer embarazada y del menor recién nacido, debo señalar que se debió abordar con mayor profundidad el problema jurídico referente a la situación de la aspirante que ganó el concurso de mérito para acceder al cargo de docente en el Departamento del Magdalena, pues si bien la jurisprudencia Constitucional ha sido reiterada en materia de protección laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo y período de lactancia, no se puede desconocer la existencia de un elemento diferente dentro del caso concreto, como lo es que la declaración

de insubsistencia se produjo a raíz de la celebración del concurso de meritos que daba lugar al nombramiento de quien obtuvo el mayor puntaje en el mismo, por lo que no se pueden desconocer los derechos de quien participó y ganó por sus calidades la oportunidad de acceder al mencionado cargo.

Por ello, si bien se debió ordenar el pago de las correspondientes indemnizaciones y la afiliación del menor al Sistema de Seguridad Social en Salud durante el primer año de vida, no comparto la orden relativa al reintegro de la accionante al mismo cargo que venía desempeñando y que desconoce los derechos de quien participó y ganó el concurso de meritos para acceder a tal puesto.

Así dejo expresados los argumentos que me llevan a Salvar parcialmente el voto en esta oportunidad.

Fecha ut supra,

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrada

1 Corte Constitucional, sentencia T-1236 del 9 de diciembre de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

“3 Cfr., entre otras, las sentencias T-710/96 (M.P. Jorge Arango Mejia); ST-179/93 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); ST-694-96 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); SC-470/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).”

4Corte Constitucional, sentencia T-373 del 22 de julio de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

5 Corte Constitucional, sentencia T-373 del 22 de julio de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

“6 El artículo 93 señala “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.”

“Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

“(…)”.

“7 Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, aprobada el 16 de diciembre de 1966.”

“8 Aprobada en Colombia por Ley 319 de 1996.”

“9 Ver artículo 9 del Protocolo de San Salvador.”

“10 Sentencias T-494 de 2000, T-1008 de 2004, C-470 de 1997”

11 Corte Constitucional, sentencia T-458 del 9 de julio de 2009. M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

12 Artículo 43 de la Constitución Política: La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.

13 Corte Constitucional, sentencia T-245 del 30 de marzo de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

14 Corte Constitucional, sentencia T-373 del 22 de julio de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

15 Esta sentencia es reiterada, entre otras, por los siguientes fallos:

En sentencia acumulada número T-687 del 8 de julio de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño, se protegieron los derechos fundamentales al trabajo y a la especial protección de la mujer embarazada, ya que (i) no le es dado al empleador oponer el desconocimiento del estado de embarazo de la trabajadora y, además, (ii) la protección a la mujer embarazada se hace extensiva a los contratos de prestación de servicios. Los anteriores elementos fueron incluidos en dicho estudio en atención a la reformulación legal que se estableció en la sentencia T-095 del 7 de febrero de 2008, en el sentido de que basta con que la mujer pruebe que fue despedida durante el periodo de gestación y los tres meses posteriores al parto para que proceda el amparo, siendo irrelevante si ese especial estado fue notificado o no al empleador. A su vez, el amparo constitucional procede para garantizar la estabilidad laboral de la mujer gestante sin importar el tipo de vinculación laboral que se tenga.

En sentencia T-1069 del 30 de octubre de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, se resolvió la pretensión de una mujer que invocó la protección constitucional de sus derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral de la mujer embarazada en conexidad con el derecho fundamental a la vida en condiciones dignas, arguyendo que fue contratada por seis meses bajo la modalidad de un contrato a término fijo y que en dicho lapso se enteró de su estado de embarazo. Relataba la actora que la empresa para la cual trabajaba decidió no renovar su contrato de trabajo, decisión que le fue comunicada el 28 de enero de 2008, cuando ya se encontraba en estado de gravidez. La empresa alegaba que su despido no se había dado en razón al embarazo sino a una causal objetiva de no renovación del contrato, y que desconocían que la actora estaba embarazada. El juez de primera instancia negó la protección invocada afirmando que la desvinculación de la peticionaria se había dado por la finalización del contrato a término fijo celebrado, condición contractual conocida por la demandante desde que inició la relación laboral. La Corte Constitucional revocó la sentencia de instancia y, en su lugar, concedió la protección solicitada, reiterando la sentencia T-095 del 7 de febrero de 2008 concluyendo que la estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de embarazo opera siempre que se efectúe el despido o no se renueve el contrato a término fijo o por obra, en el periodo de embarazo de la trabajadora, lo cual requiere que se demuestre mediante un examen médico haber quedado en embarazo durante la vigencia del contrato.

En sentencia T-371 del 26 de mayo de 2009, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, se falló un caso en el cual la trabajadora se encontraba en periodo de prueba y fue despedida encontrándose

en embarazo. Resaltaba la actora que previamente a formalizar el contrato laboral le exigieron un examen parcial de orina de gravidez, del cual nunca conoció el resultado. Lo cierto es que para el momento de su ingreso a la empresa, contaba con dieciséis (16) semanas de gestación. El a-quo negó la acción de tutela aduciendo que la protección solicitada no fue inmediata, que se trataba de un asunto de naturaleza legal, y además, que la empresa no tenía conocimiento sobre su estado. Esta Corporación reiteró la reformulación de uno de los requisitos exigidos para la procedencia del amparo constitucional en sentencia T-095 del 7 de febrero de 2008, referido a que no es indispensable la previa notificación al empleador del estado de embarazo como tampoco es relevante la modalidad del contrato celebrado con la trabajadora para asegurar el pago de sus prestaciones económicas.

16 M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

“17 En la Sentencia T-458 de 2009 M.P. (Luis Ernesto Vargas) sí reiteró lo referente al significado del principio de solidaridad social, el cual señala que tanto el Estado como los particulares son los responsables de proteger los derechos fundamentales, lo que genera una cooperación mutua para alcanzar el bienestar. Al respecto se indicó:

En este orden de ideas, no solamente el Estado es responsable de proteger la vida y la salud de los asociados; estas garantías, como todos los derechos fundamentales, deben también ser resguardadas por los particulares, y se convierten por ello en su responsabilidad constitucional. Puede decirse entonces, que “la protección a la persona humana se concreta frente a los actos u omisiones tanto del estado como de los particulares”<sup>17</sup>.

“Y no podría ser de otra forma, puesto que en la base de la estructura de nuestro ordenamiento jurídico, el Constituyente de 1991 fundó el principio de solidaridad social como una forma de cumplir con los fines estatales y asegurar el reconocimiento de los derechos de todos los miembros de la comunidad. Se trata de un principio que, sin duda, recuerda la vocación humana de vivir en sociedad y resalta la necesidad de la cooperación mutua para alcanzar el bienestar y la tranquilidad - ciertamente, también la salud -.”

18Corte Constitucional, sentencia T-095 del 7 de febrero de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

19 Corte Constitucional, sentencia T-004 del 14 de enero de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

“20 Sentencia C-475 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.”

21 Corte Constitucional, sentencia T-013 del 19 de enero de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil.