

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA EN PROCESOS DE REESTRUCTURACION ADMINISTRATIVA-Caso en que no procede ordenar el reintegro

Cuando el despido de la gestante obedece a circunstancias objetivas, como la supresión del cargo por reestructuración de la entidad a la que prestaba sus servicios y se ha observado el debido proceso establecido para el efecto, es posible desvincularla laboralmente. Si bien es cierto que la accionante se encontraba en estado de embarazo cuando, por las razones de interés público de que da cuenta el proceso de reestructuración de la entidad oficial para la que prestaba sus servicios, se produjo la supresión del cargo que ocupaba, y que no comunicó de su estado a la entidad el que por lo avanzado en el tiempo podía considerarse un hecho notorio, lo cierto es que obra en el expediente prueba que, una vez se le comunicó la supresión del cargo que venía ocupando, ella adujo estar dentro de la protección legal consagrada en el artículo 51 de la Ley 909 de 2004 por tener a la fecha 32 semanas de embarazo; adujo igualmente que, "...ruego se sirva proceder de conformidad, en lo relacionado tanto con el pago de la remuneración a la que hace referencia la cita legal y especialmente la prestación del servicio médico asistencial en la A.R.S. de la cual vengo recibiendo atención médica sin interrupción alguna."; también expuso la disposición de entregar el cargo una vez ocurra el nacimiento de su hijo y solicitó el pago de las acreencias laborales correspondientes con el sueldo de coordinadora de grupo de suministros y no con el de almacenista, cargo que se le ordenó desempeñar desde el 13 de mayo de 2004. Así las cosas, la actora expresó su voluntad de desvinculación del cargo, solicitando el pago de las prestaciones laborales a que tenía derecho, así como el pago de la indemnización a que alude el artículo 51 de la ley 909 de 2004. No obstante haber aceptado voluntariamente la desvinculación que se le comunicó, sabiendo su estado de embarazo, fue de inmediato contratada por el mismo empleador, con la orden de servicios No. 0771 de 2 de septiembre de 2005 hasta el nacimiento de su hijo, por lo que no puede afirmarse que fue desvinculada del servicio en estado de embarazo y en razón al mismo. Además cabe recordar, que la protección a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada no implica que en los

eventos en que se produzca un proceso de reestructuración administrativa, ella tenga como prerrogativa la obligatoria incorporación a la nueva planta de personal, pues no ocupaba un cargo de carrera administrativa por lo que se le canceló y recibió, de manera voluntaria la indemnización a que alude el artículo 51 de la Ley 909 de 2004, por supresión del cargo que venía ocupando. No procede ordenar el reintegro que ha pedido la demandante como pretensión principal en esta acción.

Referencia: expediente T-1331570

Acción de tutela instaurada por Claudia Libia Sierra Oliveros, contra, el Gobernador y Secretario de Hacienda del Departamento de Boyacá.

Magistrada ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil seis (2006)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería y Nilson Pinilla Pinilla, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos emitidos por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Tunja y Sala Laboral de Decisión del Tribunal Superior de Distrito Judicial de la misma ciudad, en el trámite de la acción de tutela instaurada por Claudia Libia Sierra Oliveros en contra de los señores Jorge Eduardo Londoño Ulloa en condición de Gobernador y representante legal del Departamento de Boyacá, y del Secretario de Hacienda del mismo ente territorial, Raúl Alberto Cely Alba.

I. ANTECEDENTES.

La señora Claudia Libia Sierra Oliveros, el 13 de diciembre de 2005, interpuso acción de tutela para que se le protejan los derechos fundamentales que considera le fueron vulnerados al haber sido retirada del Instituto Seccional de Salud de Boyacá cuando se encontraba embarazada, aduciendo que el cargo que ocupaba fue suprimido en el proceso de reestructuración de esa entidad, sin que se le vinculara a otro similar en la nueva planta. Como fundamentos de su acción, expone los siguientes,

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

1.- Hechos y Pretensiones.

Manifiesta haber sido vinculada al Instituto Seccional de Salud de Boyacá el día 6 de febrero de 2004 como almacenista, cargo del que tomó posesión el día 2 de marzo del mismo año, a cuyas funciones le fueron adicionadas las de coordinadora del grupo de suministros,

desempeñando estas también hasta la fecha de desvinculación de esa entidad.

Comenta que en comunicación de 31 de agosto de 2005, fue informada que por el Decreto 000777 de 29 de agosto de 2005, su cargo había sido suprimido de la planta de personal del Departamento a partir del 1º de septiembre de 2005.

Afirma que en escrito fechado el 5 de septiembre de 2005, comunicó a la nueva entidad patronal, Gobernación de Boyacá, su estado de embarazo de 32 semanas, solicitando el amparo de los derechos consagrados en el artículo 51 de la Ley 909 de 2004. Que a este documento, recibió respuesta del Director de Gestión de Talento Humano de la Gobernación, el 16 de septiembre siguiente, reconociendo los derechos otorgados en la citada Ley.

Dice que como la entrega de su puesto requería de tiempo, se le otorgó para ello el contrato de orden de prestación de servicio 0771, firmado el 2 de septiembre de 2005; y, que el 4 de octubre del mismo año, se le comunicó que por la resolución 0402 de 28 de septiembre de ese año, se ordenó a su favor el reconocimiento y pago de las prestaciones laborales a que tenía derecho.

Manifiesta que su hijo nació el 7 de noviembre de 2005, hecho que comunicó al Secretario de Hacienda departamental el 10 de ese mes, con copia al director de talento humano de la gobernación.

Asegura que nunca se le explicó el porqué a pesar de la protección legal del fuero constitucional de mujer embarazada a que tenía derecho, no fue incorporada en la planta central de la nueva entidad departamental, a pesar de existir cargos similares a los que ella desempeñaba, como sí ocurrió con otras varias personas de las señaladas en el artículo 2º

de la Resolución que integraba la nueva planta. Igualmente, sostiene que a la fecha de interposición de la tutela, no se le había pagado absolutamente ninguno de los “haberes e indemnizaciones” que consagra la Ley 909 de 2004, ni la licencia de maternidad, ocasionándole por estas circunstancias, dos graves e irremediables perjuicios.

Afirma derivar su sustento y el de sus dos menores hijos exclusivamente de su salario, por lo que pide que se le conceda la tutela como mecanismo transitorio, ordenando como consecuencia principal su reintegro inmediato a un cargo de la nueva planta de la Gobernación de Boyacá, similar o equivalente al que desempeñaba como almacenista general de la entidad hoy transformada en Secretaría de Salud de Boyacá; y subsidiariamente, que se le pague inmediatamente la indemnización de que trata el artículo 51 de la Ley 909 de 2004.

2.- Respuesta de la parte accionada¹.-

El Secretario de Salud de Boyacá da respuesta a la anterior demanda, inicialmente precisando sobre la naturaleza del cargo que desempeñaba la accionante, que este no era de carrera administrativa, sino de libre nombramiento y remoción, por la confianza que requería el manejo de bienes y recursos de la entidad como almacenista, ello de acuerdo con la categorización de empleos que hace el literal c) del artículo 5 de la ley 909 de 2004.

Después de referir las razones que justificaron el proceso de reestructuración del Instituto Seccional de Salud de Boyacá para convertirlo en la Secretaría de Salud del Departamento, y las que considera bondades sociales arrojadas con el mismo por encontrarlas acordes con los propósitos que la jurisprudencia ha determinado que deben buscarse con la reestructuración de la Administración, manifiesta que la estabilidad de las mujeres en estado de embarazo no es absoluta, sino, que su desvinculación de la administración es posible, con la observancia de determinadas pautas, como lo ha reconocido la Corte Constitucional², para lo que la

situación de este caso ha sido contemplada en el artículo 51 de la Ley 909 de 2004, de manera especial, en el numeral 4º que dispone: “ART. 51.—Protección a la maternidad.[...] 4. Cuando por razones del buen servicio deba suprimirse un cargo de carrera administrativa ocupado por una empleada en estado de embarazo y no fuere posible su incorporación en otro igual o equivalente, deberá pagársele, a título de indemnización por maternidad, el valor de la remuneración que dejare de percibir entre la fecha de la supresión efectiva del cargo y la fecha probable del parto, y el pago mensual a la correspondiente entidad promotora de salud de la parte de la cotización al sistema general de seguridad social en salud que corresponde a la entidad pública en los términos de la ley, durante toda la etapa de gestación y los tres (3) meses posteriores al parto, más las doce (12) semanas de descanso remunerado a que se tiene derecho como licencia de maternidad. A la anterior indemnización tendrán derecho las empleadas de libre nombramiento y remoción y las nombradas provisionalmente con anterioridad a la vigencia de esta ley”.

Que adicionalmente, el parágrafo 2 de esa norma, impone a la trabajadora el correlativo deber de informar de su estado al jefe de la entidad, estableciendo que: “PAR. 2º—En todos los casos y para los efectos del presente artículo, la empleada deberá dar aviso por escrito al jefe de la entidad inmediatamente obtenga el diagnóstico médico de su estado de embarazo, mediante la presentación de la respectiva certificación”.

Frente a estas disposiciones y lo reclamado por la accionante, manifiesta que resulta curioso el actuar de la actora porque inexplicablemente no aportó a su demanda la Resolución 00503 de 2005 en la cual se le reconoció el pago de la protección a la maternidad en un monto de \$5.725.432 por indemnización, cuyo cheque no había retirado y permanecía en la tesorería de la entidad; y por ello considera que de manera ilógica, se esboza ésta como una pretensión de la acción de tutela. Que además, como la misma accionante ha admitido, fue tan sólo cuando se le comunicó la supresión del cargo que ella mostró interés en dar aviso de su estado de gravidez, agravado esto por el hecho de que el proceso de reestructuración era de público conocimiento y durante el mismo, ella no dio a conocer su situación al momento del estudio técnico correspondiente.

Como argumento adicional para pedir la denegación, expone que la presente tutela es improcedente para debatir la legalidad de los actos administrativos expedidos con ocasión del proceso de reestructuración y que la accionante no hizo uso de los medios judiciales idóneos para ello, acudiendo a la tutela como mecanismo principal y no subsidiario como es su naturaleza; que dejó vencer los términos que ordinariamente tenía para acudir en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues pasaron más de seis meses sin intentarla, circunstancia que adicionalmente le hace perder la condición de inmediatez con que debe utilizarse la tutela.

II.- DECISIONES OBJETO DE REVISIÓN.

1.- Primera instancia³.

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Tunja en fallo de 17 de enero de 2006, decide conceder la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales al trabajo y a la maternidad de la accionante, tras considerar que debía hacerse efectiva la estabilidad laboral reforzada de la trabajadora embarazada que se consagra en la Constitución, porque fue vulnerada por el Departamento de Boyacá cuando la despidió en estado de gravidez, sin contar con la autorización correspondiente del Inspector del Trabajo, lo que tenía como consecuencia que el despido no produjera ningún efecto y que por ello, se debía ordenar el reintegro.

No admitió el fallador de instancia a la accionada, la explicación del aviso tardío del estado embarazo de la demandante respecto del tiempo que se adelantaron los estudios técnicos del cargo que ésta ocupaba, aunada a la del carácter público del proceso de reestructuración que se adelantaba; pues consideró que una vez enterado del mismo, no le no permitió continuar en el ejercicio de su cargo, cuando por las 32 semanas de gestación, su estado “debía ser notorio” y así ha debido de abstenerse de hacer efectiva la decisión tomada de desvincularla por la supresión del cargo de la planta de personal, sin permiso del Inspector. Consideró entonces, que el proceder de la accionada iba en contravía de los derechos fundamentales protegidos por el legislador por la flagrante violación al derecho de la maternidad al no solicitar el permiso de despido al Inspector, y por tanto, concedió el amparo ordenando a la accionada la reintegrara al cargo que venía desempeñando o a uno similar o equivalente, y como consecuencia de ello, que le efectuara el pago de los salarios y prestaciones desde el momento en que fue desvinculada hasta cuando fuera reintegrada.

1.1.- Impugnación4.-

El Secretario de Salud del Departamento de Boyacá se opone a la anterior decisión, reclamando que en esta acción la petición subsidiaria al reintegro era el pago de lo correspondiente a la protección a la maternidad en los términos que indicaba el artículo 51 de la Ley 909 de 2004, lo que ya se había acreditado; por lo que estima que en ese fallo, se ignoraron en forma absoluta los argumentos de defensa que además, daban cuenta de la necesidad del recorte de personal por la reestructuración administrativa que se adelantó en esa dependencia y donde se obró conforme a la disposición en cita, en la que precisamente el legislador buscó la forma de armonizar el mandato constitucional de protección a la maternidad con la satisfacción del interés general, estableciendo unas pautas o requisitos bajo los cuales es viable el retiro del servicio de una persona que se halle en la citada condición, persona a la que a su vez se le establece una correlativa obligación, que no fue cumplida en este caso por la actora.

2.- Segunda instancia5.-

Al resolver el recurso interpuesto, la Sala Laboral de Decisión del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Tunja decide revocar la sentencia impugnada y no conceder el amparo deprecado, al estimar que el supuesto fáctico del “despido sin justa causa a la mujer embarazada” no surge en este caso, porque el retiro se originó en la supresión del cargo por reestructuración de entidades públicas, situación que la jurisprudencia constitucional ha reconocido como justa causa para ello, y porque a la empleada se le pagaron las indemnizaciones que reclama, no existiendo perjuicio irremediable que precaver.

Advirtió el ad-quem, que las decisiones jurisprudenciales en que se basó el fallo de primera instancia, exponen los requisitos para que opere la presunción de que hay trato discriminatorio en la mujer por razón de su estado de embarazo, y que por ello, la función del juez constitucional consiste en escrutar si en el curso del retiro de una extrabajadora embarazada, el empleador desconoció deliberadamente el resguardo del amparo constitucional, ignorando las disposiciones que la protegen especialmente.

En esta labor, encontró que no obra en el plenario elemento de convicción alguno que indique que el empleador, Gerente del Instituto Seccional de Salud, estaba al tanto del embarazo de la accionante al momento de la desvinculación, porque no considera admisible la valoración de “estado notorio” que hace el a-quo, ya que el embarazo no es asunto que pueda presumirse bajo la sola reflexión de que éste se establece por el crecimiento del vientre femenino, sino, que requiere de la certeza que se brinda con exámenes de ciencia. Y muy por el contrario, estimó que es la misma actora quien admite no haberlo hecho a su patrono, o sea al antiguo Instituto Seccional de Salud hasta la fecha en que se le notificó la supresión del cargo, 31 de agosto de 2005, pues de esto sólo dio noticia al Director de Gestión de Talento Humano de la Gobernación de Boyacá el 5 de septiembre siguiente. Por tanto, siendo el informar de su estado al empleador una obligación que le imponía el parágrafo 2 del artículo 51 de la Ley 909 de 2004, como así no lo hizo, incurrió en una

omisión injustificada cuando por más de 8 meses, a sabiendas de su estado lo calló.

En consecuencia, consideró que si no era posible establecer que antes de la supresión del cargo, el empleador estaba o debía estar enterado del embarazo de la trabajadora, mal se podía extraer para el caso, la presunción de que el retiro era por tal situación; resultando entonces irrazonable que frente al silencio y omisión de la empleada, se le estableciera al patrono responsabilidad por la negligencia de la accionante, ya que esto equivaldría al inadmisibles "premiar a la culpable y condenar al inocente".

III.- PRUEBAS.-

De los documentos que se aportan a la actuación, en fotocopia simple, se destacan los siguientes por ser relevantes para la misma:

1.- Aportados por la accionante:

1.1.- Comunicación que se le hace del nombramiento como Almacenista Código 340 Grado 47, a partir del 2 de marzo de 2004, y comunicación de adición de funciones a desempeñar, bajo el mismo cargo y remuneración.⁷

1.2.- Comunicación de supresión del cargo que venía desempeñando con efectos legales y fiscales a partir del 1º de septiembre de 2005, efectuada mediante el Decreto 000777 del 29 de agosto del mismo año.⁸

1.3.- Comunicación de la accionante dirigida al Director de Gestión de Talento Humano de la Gobernación de Boyacá, informando que tiene 32 semanas de embarazo y que por ello se encuentra dentro de la protección consagrada en el artículo 51 de la ley 909 de 2004, a efectos que de acuerdo con esa norma, se proceda al pago de la remuneración en ella ordenada, a la asistencia médica; y solicita, que esos pagos se le hagan teniendo como base el salario de coordinadora del grupo de suministros, función que le fue adicionada desde mayo 13 de 2004⁹.

1.4.- Oficio en que por la accionada se contesta la anterior petición, reconociendo a la señora Sierra Oliveros los derechos reclamados de acuerdo a lo previsto por el numeral 4 del artículo citado, y advirtiendo que la liquidación no podrá ser atendida con base en el sueldo que ella solicita, por no ser titular en ese cargo y porque como se le advirtiera, las funciones las desempeñaría en las mismas condiciones de remuneración del cargo para el que había sido nombrada¹⁰.

1.5.- Comunicación a la accionante¹¹ sobre el reconocimiento y orden de pago de haberes laborales adoptada en la Resolución 0402 del 28 de septiembre de 2005¹², a fin de que siga el trámite respectivo en la tesorería. Estos haberes se refieren, según el acto administrativo, a los rubros de vacaciones, prima de vacaciones, compensación de vacaciones, prima de navidad, cesantías e intereses de cesantías, por la suma total de \$3.981.253.

1.6.- Aporte que hace la accionada al empleador, del certificado de incapacidad por maternidad de fecha 7 de noviembre de 2005, manifestando su intención de reintegrarse lo mas pronto posible a las funciones que desempeña en el contrato de prestación de servicios¹³.

1.7.- Resolución 000779 del 29 de agosto de 2005, por la cuál se dispone la incorporación de los funcionarios a la nueva planta de personal de la Administración Central del Departamento de Boyacá, en razón de la transformación del Instituto Seccional de Salud en Secretaría de Salud¹⁴.

2.- Por la parte accionada, se allegan fotocopias informales de los siguientes documentos:

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

2.2.- Fotocopia del folio S75 del “Libro de entrega cheques- Tesorería General del Departamento- 2005” de la Gobernación de Boyacá, donde en el renglón 4 se lee la siguiente anotación: “No. Registro y Fecha: 20 Dic. 2005.— Beneficiario: Sierra Oliveros Claudia Libia.— Concepto: Ce: 10976/05 pago reorganización adtiva. indenn (sic).— Fecha y No. Cheque: Bogotá, 00331185.— Valor: \$5.496.415.— Firma y c.c.: (rúbrica ilegible) 40039567.— Huela dactilar (hay huella)”

IV.- CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Esta Sala es competente para conocer de los fallos materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema Jurídico.

En el presente caso, debe dilucidar la Corte si se vulneró a la accionante la garantía constitucional de estabilidad laboral reforzada a la mujer embarazada, en razón a que no se le reincorporó a la nueva planta de personal establecida para la Secretaría de Salud de Boyacá luego de la supresión del cargo que desempeñaba, dispuesta en el proceso de reestructuración administrativa del Instituto Seccional de Salud de ese departamento.

Para el efecto, previamente se reiterará la jurisprudencia relativa al carácter fundamental del derecho a la estabilidad laboral reforzada de mujer embarazada y su protección en los procesos de reestructuración de la administración.

3. -Protección constitucional a la maternidad y la procedencia de la acción de tutela para su amparo. - Reiteración de jurisprudencia.

La estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada se encuentra consagrada en nuestro ordenamiento superior, artículo 4316, en forma concordante con las normas internacionales sobre la materia¹⁷, y desarrollada en preceptos legales y reglamentarios que efectivizan tal garantía. Estas normas ofrecen a la materna una especial protección a su situación laboral durante el período de gestación y la época de la lactancia, que debe hacerse real no sólo por parte del Estado, sino también por la sociedad, prodigándole durante esa etapa, básicamente, permanencia a las condiciones de su empleo y así evitar la usual discriminación que por generaciones se ha presentado en las relaciones laborales con la mujer en condición de gestante.

La Corte Constitucional ha desarrollado tal mandato en múltiples pronunciamientos¹⁸, partiendo de los derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo, entre otros, para fijar el alcance superior que representa esa especial protección, llevando a que deba ser garantizada en forma prioritaria, bien por los mecanismos ordinarios legales de reclamación implementados en la jurisdicción laboral, o si es del caso, a través de la acción de tutela¹⁹, bajo ciertas circunstancias. En esta dirección la Corporación ha manifestado que:

“Si bien, conforme al artículo 53 de la Carta, todos los trabajadores tienen un derecho general a la estabilidad en el empleo, existen casos en que este derecho es aún más fuerte, por lo cual en tales eventos cabe hablar de un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada.

[...]

La Corte considera que, la mujer embarazada tiene un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, pues una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual ha sido, y sigue siendo, el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, debido a los eventuales sobrecostos o incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las empresas. Por ello, los distintos instrumentos internacionales han sido claros en señalar que no es posible una verdadera igualdad entre los sexos, si no existe una protección reforzada a la estabilidad laboral de la mujer embarazada.

[...]

En general el derecho a la estabilidad laboral consiste en la garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido. Una estabilidad reforzada implica que el ordenamiento debe lograr una garantía real y efectiva al derecho constitucional que tiene una mujer embarazada a no ser despedida, en ningún caso, por razón de la maternidad”²⁰

Y en posterior pronunciamiento, puntualizó²¹:

“Una interpretación del artículo 13 de la Carta, a la luz de los artículos 43 y 53 del mismo texto, permite afirmar que la mujer embarazada tiene el derecho constitucional fundamental a no ser discriminada en el campo laboral por razón de su estado de gravidez, lo que apareja, necesariamente, el derecho fundamental a no ser despedida por causa del embarazo, es decir, a una estabilidad laboral reforzada o a lo que se ha denominado el “fuero de maternidad”.

“En armonía con lo expresado se ha de concluir que cuando una de las partes de la relación laboral está conformada por un sujeto especialmente protegido según la Constitución -mujer cabeza de familia, niños, discapacitados- el principio a la estabilidad en el empleo (art. 53 C.P.), adquiere particular prevalencia, como consecuencia de la protección especial de la cual se viene hablando con respecto a este grupo de personas, pero ello claro está, mientras no exista una causal justificativa del despido, pues la estabilidad laboral reforzada no debe confundirse con el otorgamiento de una inmunidad que exonere de las obligaciones a su cargo o que proteja frente a las medidas disciplinarias, fiscales o penales que eventualmente puedan ejercerse en su contra”. 22 (Subraya la sala).

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

De la misma manera, la jurisprudencia constitucional ha establecido unos presupuestos fácticos para que por la vía subsidiaria de la tutela sea procedente proteger la estabilidad laboral reforzada de la mujer con fuero de maternidad, los que deberán ser verificados por el juez constitucional en el caso concreto. Si se encuentran presentes esos supuestos y la mujer es despedida, opera la presunción de que el despido fue en razón de su estado de

gestante²³. Ha dicho la Corte:

“La comprobación fáctica que efectuará el juez constitucional debe evidenciar los siguientes elementos para que proceda el amparo transitorio del derecho a la estabilidad reforzada, a saber: 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 (art. 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. En este sentido el Convenio 103 de la OIT, relativo a la protección de la maternidad dispone la prohibición de despedir de su empleo a una mujer por su estado de embarazo, 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”²⁴. (Negrillas fuera de texto).

Como se observa, reunidos los requisitos enunciados por la jurisprudencia de esta corporación, procede la protección para la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada mediante la acción de tutela.

4.- La estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada en procesos de reestructuración administrativa.- Reiteración de jurisprudencia.

Si bien es cierto que los procesos de reforma institucional o de reestructuración administrativa responden al interés general de eficacia y eficiencia de la función pública, la jurisprudencia constitucional ha hecho énfasis en que éstos no pueden adelantarse en desmedro de los derechos fundamentales de los trabajadores, sino con estricto cumplimiento de los mandatos constitucionales de preservar las garantías necesarias para que el trabajador no quede desprotegido en sus derechos, y, en particular, aquellos que son sujeto de especial protección constitucional. El punto fue precisado con ponencia de la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández en la sentencia SU-388 de 2005, en los siguientes términos:

“Lo anterior permite dejar en claro que si bien es cierto que, en términos abstractos, el Estado puede separar a un servidor público de su cargo en los procesos de reestructuración (pues “el derecho a permanecer en un puesto determinado, a estar vinculado a cierta institución o a ejercer la actividad laboral en un sitio específico, no constituyen propiamente derechos fundamentales, sino atribuciones derivadas del derecho al trabajo”²⁵), también lo es que un ejercicio arbitrario de esa facultad puede implicar, en casos concretos, la afectación de derechos fundamentales susceptibles de protección por vía de tutela. Esto ocurre, justamente, cuando la administración desatiende claros mandatos Superiores que en armonía con disposiciones legales permiten derivar la presencia de un derecho subjetivo directamente exigible”.

[...]

“En este orden de ideas, cuando se conjuga el deber del Estado de procurar la estabilidad a sus trabajadores en procesos de reestructuración administrativa con el deber de adoptar acciones afirmativas en beneficio de los grupos históricamente discriminados, no es equivocado predicar una estabilidad laboral reforzada para los sujetos de especial protección. Siendo ello así, el Estado tiene la obligación de adoptar medidas destinadas a proteger de manera especial a los trabajadores que por sus condiciones de debilidad manifiesta o discriminación histórica así lo demandan, entre los cuales sobresalen las madres cabeza de familia, velando en cuanto sea posible por su permanencia en la entidad de manera tal que la indemnización constituya la última alternativa”

En esta dirección, ante la eventualidad de los programas de renovación de la administración pública, aún la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada puede encontrar restricciones por el interés general que aquella representa²⁶, y en el caso de que sea necesaria la supresión del cargo desempeñado por una servidora en estado de embarazo o en época de lactancia, la sola circunstancia de su estado, no puede impedir el desarrollo de un interés superior, constituyéndose entonces en una causal objetiva por la que se puede llegar a justificar la desvinculación laboral de la materna.

No obstante lo anterior, la protección especial que da el fuero de maternidad implica que no pueda confundirse la supresión del cargo, con una inminente desvinculación de la servidora embarazada; y esa protección se traduce en que deben adoptarse las medidas necesarias para que en la nueva estructura de la entidad oficial²⁷, o en los puestos de trabajo del sector privado²⁸, se procure la continuidad y estabilidad laboral de la materna ocupando un cargo igual o similar al suprimido, como opción inicial que debe adoptarse incluso en forma preferente a la del despido con indemnización anticipada, sin perjuicio del respeto de derechos prevalentes de los demás servidores.

Significa lo anterior que es exigible al empleador, tanto del sector público como del privado, que procure la estabilidad laboral de la mujer embarazada cuando modifica o reforma la estructura de su empresa, mientras ello sea factible; y la evaluación de esta factibilidad, debe hacerse con criterios objetivos para que no lleguen a limitarse irrazonable o desproporcionadamente la propia eficacia y eficiencia de la función pública, ni los derechos a la libertad de empresa y a la libertad de establecimiento. Al punto, ha dicho la Corte:

“ [...]Cuando la reubicación desborda las necesidades y la infraestructura del empleador, si le impide o dificulta excesivamente el desarrollo de su actividad o la prestación del servicio a su cargo, si a pesar de recibir una capacitación los conocimientos del trabajador son insuficientes para desempeñar otro cargo en la misma empresa, si incumple con sus obligaciones, o si se presenta cualquier otra situación objetiva que implique que la exigencia de renovar el contrato de trabajo desborda la carga que debe asumir el empleador, éste se exime de cumplir con el deber constitucional de solidaridad que le cabe para estos casos”²⁹

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

“TÍTULO IX

De las disposiciones generales

ART. 51.—Protección a la maternidad.

1. [...]

2. [...]

3. [...]

4. Cuando por razones del buen servicio deba suprimirse un cargo de carrera administrativa ocupado por una empleada en estado de embarazo y no fuere posible su incorporación en otro igual o equivalente, deberá pagársele, a título de indemnización por maternidad, el valor de la remuneración que dejare de percibir entre la fecha de la supresión efectiva del cargo y la fecha probable del parto, y el pago mensual a la correspondiente entidad promotora de salud de la parte de la cotización al sistema general de seguridad social en salud que corresponde a la entidad pública en los términos de la ley, durante toda la etapa de

gestación y los tres (3) meses posteriores al parto, más las doce (12) semanas de descanso remunerado a que se tiene derecho como licencia de maternidad. A la anterior indemnización tendrán derecho las empleadas de libre nombramiento y remoción y las nombradas provisionalmente con anterioridad a la vigencia de esta ley.

PAR. 1º—[...]

PAR. 2º—En todos los casos y para los efectos del presente artículo, la empleada deberá dar aviso por escrito al jefe de la entidad inmediatamente obtenga el diagnóstico médico de su estado de embarazo, mediante la presentación de la respectiva certificación.” (Subrayas fuera de texto).

Así para la Corte, cuando el despido de la gestante obedece a circunstancias objetivas, como la supresión del cargo por reestructuración de la entidad a la que prestaba sus servicios y se ha observado el debido proceso establecido para el efecto, es posible desvincularla laboralmente.³⁰

4.- El caso concreto.-

Claudia Libia Sierra Oliveros se encontraba en estado de embarazo, cuando se le comunicó su desvinculación del Instituto Seccional de Salud del Departamento de Boyacá por supresión del cargo que ocupaba en el proceso de reestructuración administrativa que transformó ese ente en Secretaría Seccional de Salud del Departamento. En la acción de tutela por ella interpuesta, como petición principal solicita su reintegro al nuevo ente oficial y de manera subsidiaria, que se disponga en su favor el pago de los haberes laborales e indemnización por la desvinculación en su estado.

El ente accionado alega no haber sido informado del estado de embarazo de la accionante, sino hasta después de que le notificó a la actora su desvinculación por supresión del cargo, cuando igualmente la actora le solicitó se le indemnizara por su estado, de conformidad con lo establecido en el artículo 51 de la Ley 909 de 2004, y tomando como base el salario del cargo cuyas funciones le habían adicionado. Aduce que no obstante la falta del aviso, accedió a tales reconocimientos pero sin la nivelación salarial pedida por cuanto la servidora había sido advertida que las nuevas funciones las desempeñaría de las mismas condiciones laborales del cargo con que fue vinculada.

El juez de primera instancia estimó presentes los presupuestos de amparo constitucional fijados por la jurisprudencia para aceptar la procedencia de la acción como mecanismo transitorio ordenando el reintegro, pues estimó que al momento de notificar la resolución de supresión del cargo ya el embarazo de 32 semanas era un hecho notorio y por consiguiente, el ente accionado debió abstenerse de hacer efectiva la desvinculación y haberla incorporado en un puesto similar de la nueva planta de personal, o solicitar el permiso del Inspector de Trabajo para desvincularla, lo que no hizo.

En contrario, la segunda instancia censuró a la actora como incuria, la falta de notificación de su estado al empleador, y encontró en el proceso de reestructuración administrativa la existencia de una causal objetiva para la desvinculación de la servidora embarazada y bajo tales argumentos, revocó la decisión de tutela inicial.

Por la Sala de Revisión, de las pruebas obrantes en el expediente se evidencia que:

La señora Claudia Libia Sierra Oliveros fue vinculada al Instituto Seccional de Salud de Boyacá mediante Resolución No. 201 de febrero 6 de 2004, e para desempeñar el cargo de libre nombramiento y remoción de “Almacenista General Código 340 grado 47” de la planta de personal de esa entidad, a partir del 2 de marzo de ese año³¹; y que encontrándose en su

desempeño, se adelantó por la Gobernación de Boyacá un proceso de reestructuración administrativa a ese Instituto para convertirlo en Secretaría de Salud de Boyacá, en el que por Decreto 000777 del 29 de agosto de 2005³², al modificarse la planta de personal del sector central de la administración departamental, fue suprimido dicho cargo con efectos fiscales y legales a partir del 1º de septiembre de 2005³³, decisión que le es notificada a la demandante el 31 de agosto de esa anualidad.

Igualmente ha quedado establecido, que al momento de la supresión del cargo, la accionante se encontraba en estado de embarazo y que el nacimiento de su hijo se produjo el 7 de noviembre del mismo año³⁴, es decir, a escasos dos meses de la supresión del cargo que venía ocupando. También se demostró, que al día siguiente de haberse hecho efectiva dicha supresión, es decir, el 2 de septiembre de 2005, la accionante fue contratada por la misma entidad para ejecutar las labores tendientes a realizar la entrega del puesto³⁵, vinculación cuya duración, de acuerdo con lo obrante en el proceso, se prolongó como mínimo hasta la fecha de incapacidad por maternidad que le fuera concedida el 8 de noviembre de 2005³⁶.

Se demuestra en el proceso que a través de la Resolución 0402 de fecha 29 de septiembre de ese año³⁷, se ordenó en favor de la accionante el reconocimiento y pago de los haberes laborales a que tenía derecho, por la suma de \$3.981.253, por los rubros de: prima de vacaciones, compensación de vacaciones, cesantías e intereses de cesantías, decisión que le es comunicada el 4 de octubre de 2005³⁸. De la misma manera, se allega copia de la Resolución 00503 de 18 de noviembre de 2005³⁹, por la que se le reconoce y ordena el pago de la indemnización por maternidad determinada en el artículo 51 de la ley 909 de 2004, por la suma de \$5.725.432, monto respecto del cuál, se comprueba que el cheque respectivo fue recibido por la actora el 20 de ese mes⁴⁰.

Para la Sala, no están presentes en el presente caso los supuestos fácticos que conllevan a la vulneración de los derechos invocados por la actora y consagrados en los artículos 13, 16, 42, 44 y 53 de la Constitución, los que consideró violados por el retiro del cargo que ocupaba

en el entonces Instituto Seccional de Salud de Boyacá.

En efecto, si bien es cierto que la accionante se encontraba en estado de embarazo cuando, por las razones de interés público de que da cuenta el proceso de reestructuración de la entidad oficial para la que prestaba sus servicios, se produjo la supresión del cargo que ocupaba, y que no comunicó de su estado a la entidad el que por lo avanzado en el tiempo podía considerarse un hecho notorio, lo cierto es que obra en el expediente prueba que, una vez se le comunicó la supresión del cargo que venía ocupando, ella adujo⁴¹ estar dentro de la protección legal consagrada en el artículo 51 de la Ley 909 de 2004 por tener a la fecha 32 semanas de embarazo; adujo igualmente que, "...ruego se sirva proceder de conformidad, en lo relacionado tanto con el pago de la remuneración a la que hace referencia la cita legal y especialmente la prestación del servicio médico asistencial en la A.R.S. de la cual vengo recibiendo atención médica sin interrupción alguna."; también expuso la disposición de entregar el cargo una vez ocurra el nacimiento de su hijo y solicitó el pago de las acreencias laborales correspondientes con el sueldo de coordinadora de grupo de suministros y no con el de almacenista, cargo que se le ordenó desempeñar desde el 13 de mayo de 2004.

Así las cosas, la actora expresó su voluntad de desvinculación del cargo, solicitando el pago de las prestaciones laborales a que tenía derecho, así como el pago de la indemnización a que alude el artículo 51 de la ley 909 de 2004.

No obstante haber aceptado voluntariamente la desvinculación que se le comunicó, sabiendo su estado de embarazo, fue de inmediato contratada por el mismo empleador, con la orden de servicios No. 0771 de 2 de septiembre de 2005 hasta el nacimiento de su hijo, por lo que no puede afirmarse que fue desvinculada del servicio en estado de embarazo y en razón al mismo.

Además cabe recordar, que la protección a la estabilidad laboral reforzada de la mujer

embarazada no implica que en los eventos en que se produzca un proceso de reestructuración administrativa, ella tenga como prerrogativa la obligatoria incorporación a la nueva planta de personal, pues no ocupaba un cargo de carrera administrativa por lo que se le canceló y recibió, de manera voluntaria la indemnización a que alude el artículo 51 de la Ley 909 de 2004, por supresión del cargo que venía ocupando.

Por lo anterior, no procede ordenar el reintegro que ha pedido la demandante como pretensión principal en esta acción.

Ahora bien, sobre la petición subsidiaria de la tutela, tendiente a que se ordenen los pagos de haberes laborales e indemnización por maternidad, debe decirse que según las pruebas que obran en el expediente y que se consignaron por la Sala, en forma expresa la actora solicitó a su empleador, una vez notificada de la supresión del cargo y de encontrarse vinculada por el nuevo contrato de orden de prestación de servicios, que procediera a pagarle la indemnización de que trata el artículo 51 de la Ley 909 de 2004; y que fue en respuesta a esa manifestación de voluntad, que obró la accionada procediendo a hacer dicha cancelación en los términos de que da cuenta la Resolución 00503 del 18 de noviembre de 2005, cuyo pago se hizo efectivo el 20 del mes de diciembre de ese año cuando ya se había interpuesto la presente tutela⁴².

Por lo tanto, y no obstante no siendo procedente la tutela para el pago de acreencias laborales, sobre este punto existe un hecho superado.

En mérito de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Primero. CONFIRMAR la sentencia proferida por la Sala Laboral de decisión del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Tunja, por la cual se revocó la tutela concedida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de la misma ciudad.

Segundo. Por la Secretaría General de esta Corporación, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Folio 35.

2 Cita la sentencia C-0991 de 2004 en algunos de sus apartes.

3 Folio 45.

4 Folio 61 cuaderno primera instancia.

5 Folio 4 cuaderno de segunda instancia.

6 Fechada el 9 de febrero de 2004, folio 1 cuaderno de primera instancia.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

8 Oficio con fecha 31 de agosto de 2005, que registra una firma ilegible de recibido, folio 4. Va suscrito por el Director de Gestión de Talento Humano de la Gobernación de Boyacá.

9 Documento dirigido al remitente del anterior, radicado el 5 de septiembre de 2005 en la Dirección de Gestión de Talento Humano de la Gobernación de Boyacá, folio 5.

10 Oficio del 16 de septiembre de 2005, folio 6.

11 Folio 8, con fecha octubre 4 de 2005.

12 Folio 11.

13 Folio 9, fechado el 10 de noviembre de 2005.

14 Folio 13 y ss.

15 Folios 30 y 32.

16 Precepto del siguiente tenor: “ART. 43.—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 este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

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

17 Entre las normas internacionales concordantes, pueden citarse: — Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 25- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ley 74 de 1968, artículos 7º y 10- Convención Americana sobre Derechos Humanos, Ley 16 de 1972, artículo 17- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Ley 51 de 1981— Convención sobre los derechos del niño, Ley 12 de 1991, artículo 20.

18 En la sentencia C-470 de 1997 la Corte consideró que “la protección a la mujer embarazada tiene otro fundamento constitucional, a saber la búsqueda de una igualdad real y efectiva entre los sexos y la protección de la maternidad, la vida, la familia y el cuidado de los niños (CP arts 5º, 13, 42, 43 y 44)”. En el mismo sentido se han orientado, entre otras, las Sentencias C-710 de 1997, M.P., Jorge Arango Mejía; T-568 de 1998, M.P., Eduardo Cifuentes

Muñoz; T-467 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-1042 de 2002 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-1084 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T- 416 de 2004 M.P., Alfredo Beltrán Sierra.

19 Cfr. C-470/97, T-373/98, T-426/98, entre otras.

20 Sentencia C-470 de 1997.

21 Sentencia T- 373 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

22 Sentencia C-174 de 2004 M.P., Álvaro Tafur Galvis; en este pronunciamiento se señaló, aludiendo al caso de los discapacitados, que “precisamente el respeto a la dignidad de estas personas en el estado social de derecho conlleva la exigencia plena de sus responsabilidades y de sus deberes”, siguiendo el lineamiento ya planteado en la sentencia T-207 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, en que se manifestó por la Corte que “[...] Con todo, debe quedar en claro que ese trato especial no significa despojarlos de sus deberes ni exonerarlos de manera anticipada por sus faltas. En la misma medida en que el Estado y la sociedad les brindan a los discapacitados posibilidades de integrarse a la vida social, los discapacitados adquieren distintos deberes para con las organizaciones política y social, que les podrán ser exigidos como a cualquier otro ciudadano”

23 El legislador ha establecido una presunción en contra del empleador, consistente en que se considera que el despido de una mujer en estado de gestación o periodo de lactancia ha ocurrido por razones de discriminación a su estado, cuando la desvinculación se produce dentro de tales períodos y sin autorización de la autoridad competente (Capítulo V del Código Sustantivo del Trabajo sobre la “protección a la maternidad y protección de menores” , artículos 236 a 244 en concordancia con los 62 y 63 del mismo estatuto)

24 Cfr. T-373 y T-426 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

25 Sentencia T-374/00. En el mismo sentido ver la sentencia T-800/98.

26 Cfr. sentencia C- 527 de 1994

27 Como deber del Estado.

28 Por el alcance del deber de solidaridad que le exige a los empleadores asumir cierta carga para hacer realidad el principio de la estabilidad laboral de personas en situación de protección especial.

29 Sentencias T- 198 de 2006, T-283 de 2005, T- 689 y T- 469 de 2004, entre otras, reiterando criterio expuesto en las sentencia T-1040 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

30 Conclusión en el mismo sentido fue expuesta en las sentencias T-231 de 2004 y SU-879 de 2000, entre otras.

31 Folio 1.

32 De acuerdo con la comunicación que se hace a la accionante, folio 4 cuaderno primera instancia y consideraciones de la Resolución 000779 de agosto 29 de 2005 por la cuál se hacen unas incorporaciones y se dictan otras disposiciones que reposa a folio 13.

33 Folio 4 cuaderno de primera instancia.

34 De acuerdo con la incapacidad por maternidad, folios 9 y 10 ídem.

35 Folios 19, punto 6º de los hechos de la demanda y 9,

36 Ver comunicación de la accionante a folio 9 y certificado de incapacidad, folio 10.

37 Obrante a folio 11.

38 Folio 8.

39 Folio 30

40 Folio 60

41 Ver folio 4 Cdno. 1

42 Folio 60.