



TUTELA

REPORTE DE CONSULTA

CRITERIOS DE BÚSQUEDA

FECHA DE CONSULTA: Jueves 23 de Noviembre de 2017

TOTAL RESULTADOS ENCONTRADOS : 1

RESULTADOS SELECCIONADOS : 1

RELEVANTE	
SALA DE CASACIÓN PENAL - SALA DE DECISIÓN DE TUTELAS	
ID	: 244306
M. PONENTE	: GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ
NÚMERO DE PROCESO	: T 65120
PROCEDENCIA	: Tribunal Superior Sala Penal de Cundinamarca
CLASE DE ACTUACIÓN	: ACCIÓN DE TUTELA - SEGUNDA INSTANCIA
TIPO DE PROVIDENCIA	: SENTENCIA
FECHA	: 28/02/2013
DECISIÓN	: MODIFICA TUTELA
ACCIONADO	: SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE CUNDINAMARCA
ACCIONANTE	: REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL
ACTA n.º	: 62.

TEMA: DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR LA MATERNIDAD - Marco constitucional

Tesis:

«Plasma la Constitución Política, en su artículo 43, una protección especial a la mujer en estado de gravidez, al consagrar que "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.” De esta forma se resguarda su condición especial biológica y la del nasciturus.

Normatividad iusfundamental que “ tiene su génesis en la Declaración Universal de Derechos Humanos, que consagra para la maternidad y la infancia, cuidados y asistencias especiales (art. 25 num. 2º). Esta última disposición fue posteriormente desarrollada en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10 num. 2º), al disponer para los Estados Partes el deber de “conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto”, además de la concesión de licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social dentro de ese lapso.

Por otro lado, en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer , se establecieron compromisos de adopción de medidas de protección hacia la mujer embarazada, como el aseguramiento efectivo del derecho a trabajar, la prohibición de despido por razón de su estado y la implementación de la licencia de maternidad, sin que implique pérdida del empleo, ni efectos contra la antigüedad y los beneficios sociales (art. 11 num. 2º, literales a y b). »

FUERO DE MATERNIDAD - Protección por vía de tutela - Alcance: Subreglas para la procedencia de la acción - cj

Tesis:

«Sobre estos aspectos, que a la luz del derecho conforman el ‘fuero especial de maternidad’, resulta oportuno recordar la sentencia T-095 de febrero 7 de 2008, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, que indicó:

“...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 - 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 . 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 .' 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 . 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."

Para hacer efectiva la protección del fuero de maternidad deben concurrir unos requisitos fácticos, los cuales siempre han de ser examinados a la luz de cada caso en concreto. Corresponde al juez constitucional constatar que: (i) el despido tuvo lugar durante el embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto; (ii) el empleador conocía o debía conocer la existencia del estado de gravidez de la trabajadora; (iii) el despido fue por razón o motivo del embarazo; (iv) no medió autorización del inspector del trabajo, tratándose de trabajadora oficial o privada, o no se presentó resolución motivada del jefe del organismo si es empleada pública; y (v) con el despido se amenaza el mínimo vital de la actora y de quien está por nacer."(SentenciaT-105/11). »

FUERO DE MATERNIDAD - Protección de todos los contratos sin sujeción a su tipo o clase, ni la naturaleza del empleador

Tesis:

«Protección especial constitucional, además, predicable "de todos los contratos, con independencia de su tipo o clase y de que el empleador sea público o privado, dado que la fuente de protección es la condición de mujer gestante y los derechos del que está por nacer, de manera que por tal estado biológico no se presente ruptura abrupta del vínculo laboral y, consecuentemente, de los recursos necesarios para su subsistencia y atención integral...

Con el fin de asegurar la protección de las mujeres en estado de

embarazo, resulta irrelevante por razón del fuero de maternidad y de la protección laboral reforzada, distinguir para su aplicación la modalidad de contrato (a término indefinido, fijo, por obra o por prestación de servicios, u otro), como tampoco si el empleador es público o privado, pero sí resulta imperioso realzar que, acorde con la Constitución y los tratados o convenios internacionales de derechos humanos y de protección a la mujer en estado de gravidez, el amparo descansa en el principio pro homine como criterio de interpretación de los derechos fundamentales.

Lo anterior significa que la acción de tutela constituye un mecanismo excepcional idóneo para la protección de la madre gestante y del hijo que está por nacer, independientemente del término de la relación contractual o de la modalidad del mismo. " »

FUERO DE MATERNIDAD - Mujer gestante supernumeraria (c.j.)

Tesis:

«(...)para las resultas de esta acción constitucional, relevante resulta traer a colación la jurisprudencia relacionada con el fuero de maternidad, aplicable también, mutatis mutandi, para las mujeres gestantes en la condición de supernumerarias, veamos:

“La Sala considera necesario determinar la naturaleza de la vinculación del personal supernumerario en la Administración Pública, en aras de establecer si es posible la aplicación de la protección a la estabilidad laboral reforzada a las mujeres que en estado de embarazo, se encontraren vinculadas temporalmente como supernumerarias.

Para tal efecto, es necesario tener en cuenta que mediante el artículo 83 del decreto 1042 de 1978, se establece la facultad de vincular personal supernumerario en dos circunstancias: (i) en el evento en que sea necesario suplir las vacantes temporales de los empleados públicos que se encuentren en licencia o en vacaciones, (ii) o en el caso de que sea necesario desarrollar actividades de carácter transitorio. Por consiguiente, las funciones desarrolladas por dichos funcionarios giran únicamente en aquellas que no pueden ser ejercidas por el titular del cargo, por cuanto se encuentra ausente, o aquellas que por no ser parte de las actividades ordinarias dentro de la entidad respectiva, no pueden ser desarrolladas por los funcionarios de la misma.

Lo anterior significa que la vinculación de personal supernumerario constituye un modo excepcional de vinculación laboral con la Administración, que estará encaminado a desarrollar actividades meramente temporales. Sobre este punto, la Corte, mediante sentencia

C-401 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, precisó: 'Resulta claro que la vinculación de empleados supernumerarios para llevar a cabo actividades meramente temporales, constituye un modo excepcional de vinculación laboral con la Administración Pública'.

Asimismo, en aquella oportunidad se explicó que la vinculación de personal supernumerario se diferencia del contrato de prestación de servicios profesionales, por cuanto en que en aquel se constituye una verdadera relación laboral regida por normas de derecho administrativo, pese a que en su esencia es una relación de carácter temporal.

Por otra parte, en la aludida sentencia se señaló que si la administración acude a la vinculación de personal supernumerario con la finalidad de desarrollar funciones permanentes del servicio, se desnaturaría dicha figura, lo que implicaría el desconocimiento de los principios constitucionales que erigen la carrera administrativa. Además, determinó que la vulneración de los principios constitucionales recae, no en la figura per se, sino en su utilización indebida, evento en el cual se deja abierta la posibilidad de acudir ante el juez respectivo con el objeto de dar aplicación al principio de rango constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades estipuladas. Al respecto, consideró:

'9. Como estatuto excepcional que es, se desnaturaliza cuando es empleado para cubrir necesidades distintas de aquellas para las que fue concebido. De esta manera, cuando la Administración, recurre a esta forma de vinculación de personal para cubrir necesidades permanentes de servicio, desconoce de facto los principios de rango constitucional que gobiernan la carrera administrativa, afectando en primer lugar a los servidores así vinculados, quienes no verán respetada la garantía de estabilidad en el cargo, y desconociendo también el derecho de acceso de los ciudadanos a la Administración Pública, de acuerdo con los méritos y capacidades de los aspirantes, todo lo cual va en detrimento de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad y honestidad que, por mandato superior, deben regir la función pública.

10. Sin embargo, la inobservancia de los principios constitucionales que en este evento se produce de hecho, no radica en la norma misma que autoriza la vinculación temporal, ahora bajo examen, sino en su utilización desnaturalizada, que puede ser impedida por el ejercicio ante la jurisdicción de las acciones pertinentes. La disposición en sí misma, propende más bien por hacer efectivos los principios de celeridad y eficacia administrativas, impidiendo la paralización del servicio en los eventos de vacancia temporal de los empleados públicos o en aquellos en los cuales la atención de servicios ocasionales o transitorios distraería a

los funcionarios públicos de sus actividades ordinarias.

Ya anteriormente esta Corporación se había pronunciado respecto de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, cuando indicó que la realidad de una relación laboral se podía hacer prevalecer judicialmente frente a la apariencia de un contrato de prestación de servicios, a efectos de derivar el reconocimiento de las prestaciones sociales propias de la relación de trabajo’.

De igual manera, en la sentencia C-041/98 se determinaron las consecuencias jurídicas en las que incurriría la Administración Pública, en el supuesto de que hubiere dado una utilización indebida a los nombramientos de supernumerarios. Es el caso de mujeres embarazadas, que fueren desvinculadas en el momento en que se conociere su estado de gestación, con el pretexto del vencimiento del período para el cual fueron nombradas, cuando la respectiva entidad hubiere venido realizándoles nombramientos sucesivos y de duración fija.

En efecto, en dicha oportunidad, la Corte estableció que se abría la posibilidad de acudir ante el juez competente con el objeto de que hiciera prevalecer el principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formalidades, precisando que ello no implicaría, en ningún caso, la posibilidad del acceso directo a la administración. Sobre este punto, se precisó:

‘Sin embargo, la Corte debe aclarar que la demostración de la permanencia de la relación no permitiría, en ningún caso, el acceso directo a la carrera administrativa. Esta demostración tendría efectos tan solo frente al reconocimiento de las prestaciones sociales desconocidas, pues es sabido que para el acceso a dicha carrera, es necesario el cumplimiento de los requisitos de rango constitucional y legal exigidos para ello’

(...)

‘Así las cosas, la mujer embarazada que demuestre una relación laboral permanente con la Administración, tendrá la protección que las leyes laborales determinan. En especial, tendrá derecho a que el juez de la causa le garantice, si no el acceso a la carrera administrativa, si el reconocimiento de las prestaciones laborales relativas a la protección especial a la maternidad, habida cuenta de la realidad de su vinculación permanente con el Estado.’

(...)

'Por lo tanto, si la mujer embarazada está vinculada temporalmente con la Administración, el vencimiento del término convenido pondrá fin a la relación laboral. Pero, si el vínculo no es en realidad un vínculo temporal sino permanente, aun si éste está disfrazado de una aparente temporalidad, en virtud de la vinculación sucesiva por períodos transitorios, debe reconocerse a la mujer la estabilidad laboral reforzada derivada de su estado de embarazo, y no será procedente su desvinculación.' (Negrilla fuera de texto original).

En este orden de ideas, el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades estipuladas, en los eventos en los cuales se da por terminada la relación laboral de una funcionaria supernumeraria que se encuentre embarazada, aduciendo el cumplimiento del término para el cual fue vinculada, estará encaminado a determinar si el vínculo de aquella con la Administración fue transitorio o permanente, puesto que en el caso de que el mismo hubiere sido permanente, en el sentido de que la Administración le conceda una utilización indebida de la vinculación como supernumeraria, al ser nombrada por períodos fijos pero sucesivos, conllevará a que prime dicha permanencia y se le reconozca, la protección a la estabilidad laboral reforzada derivada de su embarazo.

Lo anterior por cuanto, si se llegare a comprobar la permanencia en la relación laboral de la funcionaria supernumeraria, la llegada del término para el cual fue vinculada no sería el verdadero motivo por el cual se terminaría la relación laboral, sino lo sería su estado de gravidez, lo que significaría la vulneración a la protección que se le reconoce a la mujer en razón de su embarazo.

De esta manera, queda claro que la protección de la estabilidad laboral reforzada se extiende a las servidoras supernumerarias."(T-141/08, subrayas no son originales.)»

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR LA MATERNIDAD - Ruptura de la relación laboral durante el periodo de lactancia

Tesis:

«Alegación que no comparte esta colegiatura, dado que la misma tiene una fuerza aparente, si se tiene en cuenta que el rompimiento de la relación laboral de la demandante se produjo a partir del 12 de octubre de 2012, y la descendiente de la accionante nació el 25 de septiembre de 2012, es decir, no se esperó a que expirara el fuero de maternidad para no renovar la vinculación como supernumeraria, de acuerdo al artículo

239 del C.S.T , cuando la misma se tenía casi de forma ininterrumpida por espacio de tres años, como se vio en los acápites anteriores, desconociéndose así el deber constitucional de protección conforme, a los planteamientos esbozados en relación al artículo 43 Superior.

“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.”

No aparece en el expediente resolución motivada del funcionario respectivo de la Registraduría Nacional del Estado Civil para no renovar el vínculo como supernumeraria de la demandante.

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

Este último requisito, para la situación fáctica sub-examine, se surte a cabalidad, por cuanto, como lo expresa la parte activa del amparo y no lo contradice su opositora, a raíz de la no renovación como supernumeraria, tuvo la necesidad de buscar refugio paterno en la ciudad de Loricá (Córdoba), para solventar las necesidades que su menor requiere, sin desconocer que a la demandante se le canceló por parte de la accionada la suma de \$1.325.217 por licencia de maternidad, cifra que al parecer no fue suficiente para una congrua subsistencia, tanto de la madre, como de la descendiente recién nacida.

Así, se acreditan uno a uno los requisitos para la procedencia del fuero de maternidad, como garantía de la protección constitucional especial de la mujer embarazada, en tal virtud, se mantendrá incólume el amparo a tal derecho previsto en el artículo 43 Superior.

Empero, la Corte considera que se hace necesario modificar el numeral segundo de la providencia recurrida, en el sentido que el reintegro ordenado no implica, “en ningún caso, la posibilidad del acceso directo a la administración. , Por la naturaleza jurídica de la figura de supernumerario que ostentaba la demandante. »

CONSIDERACIONES:

JURISPRUDENCIA RELACIONADA: Rad: T-105/2011 Rad: T-141/2008
Rad: C 401/1998 Rad: T-095/2008 | Fecha: 07/02/2008

PARTE RESOLUTIVA: PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la

sentencia de tutela del Tribunal Superior de Cundinamarca, que protegió los derechos constitucionales a la señora IRINA INÉS HERNÁNDEZ BOHÓRQUEZ, en el sentido que el reintegro ordenado no implica, "en ningún caso, la posibilidad del acceso directo a la administración. , por la naturaleza jurídica de la figura de supernumerario que ostentaba la demandante.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la providencia recurrida.

TERCERO: Ejecutoriada esta decisión, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CUARTO: Notifíquese de acuerdo con lo previsto en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

CATEGORÍA: Derechos de las mujeres al trabajo, derechos laborales y a la seguridad social
