Ipiales (N), veintiocho (28) de agosto de dos mil veinte (2020).

Se decide sobre la impugnación de la sentencia que profiriera el Juzgado Segundo Civil Municipal de Ipiales, calendada a veintiuno (21) de julio de dos mil veinte (2020), por medio de la cual se resolvió la acción de tutela **Nº 2020-00180-01**, instaurada a través de apoderada, por **YENI PAHOLA BERNAL BERNAL** frente a la **ALCALDIA MUNICIPAL DE IPIALES y CONCEJO MUNICIPAL DE IPIALES,** vinculando por deber de oficio a **FABIAN OLIVER MUESES DIAZ.**

I: ANTECEDENTES

Los fundamentos de hecho sobre los cuales se sustenta el amparo constitucional, así se compendian:

En el escrito genitor de la tutela, la señora **YENI PAHOLA BERNAL BERNAL** indica que fue vinculada desde el 2 de enero de 2018, en el cargo denominado Profesional en el área de archivo, código 407, grado 01, en el Concejo Municipal de Ipiales - de libre nombramiento y remoción-, cumpliendo horario laboral estándar, sin solución de continuidad hasta el 7 de enero de 2020, devengando la suma de $1.560.000.oo mensuales.

Indica que el 10 de diciembre de 2018, comunicó al empleador su estado de gravidez, naciendo su hijo de forma prematura el 4 de junio de 2019, solicitando se contabilice la licencia a la que tenía derecho a partir del 21 de junio, concluyendo dicha etapa el 8 de octubre de esa misma anualidad.

Sin embargo de ello, advierte que el 7 de enero de 2020, le fue notificado el acto administrativo mediante el cual se la declara insubsistente, acto que considera soslaya sus derechos fundamentales y los de su menor hijo, toda vez que no se

respetó el periodo de lactancia por espacio de un año, el que fuera determinado por médico tratante, debido al nacimiento prematuro de su hijo.

Añade que con antelación a la declaratoria de insubsistencia, había denunciado ciertas anomalías, circunstancias que considera, conllevaron a que no le fuera posible efectuar la entrega del cargo en forma adecuada, pese a que en el tiempo de desempeñó, nunca le realizaron una llamada de atención o presentaron queja en el ejercicio de sus funciones.

En tal sentido, con el objeto de obtener la protección de sus derechos y los del recién nacido, solicitó:

> *"PRIMERA: Tutelar los derechos constitucionales, fundamentales a: Estabilidad laboral reforzada o fuero de maternidad y en periodo de lactancia; al derecho del recién nacido, derecho a la seguridad social, derecho a la igualdad, derecho al debido proceso y derecho al mínimo vital.*
>
> *SEGUNDA: Se le ordene a la entidad MUNICIPIO DE IPIALES – CONSEJO MUNICIPAL, que dentro de las 48 horas siguientes al fallo de tutela se adopten las medidas administrativas del caso que garanticen la protección de los derechos fundamentales mencionados ORDENANDO EL NOMBRAMIENTO y POSESION o REINTEGRO de la señora YENI PAHOLA BERNAL BERNAL al CONSEJO MUNICIPAL DE IPIALES, al cargo donde venía prestando sus servicios como "Profesional en el área de archivo, nivel profesional, código 407, grado 01, de libre nombramiento y remoción".*
>
> *TERCERA: Pago de todas y cada una de las erogaciones laborales que se han dejado de pagar, consistentes en salarios, prestaciones sociales y cotizaciones a seguridad social en salud, pensiones, riesgos profesionales e indemnizaciones legales y extralegales a que haya lugar."*

II. LA REPLICA:

* El Presidente del Concejo Municipal de Ipiales, contestó en término, aceptando la vinculación de la accionante para con la entidad que preside, advirtiendo que los detalles acaecidos en periodos pasados no le constan debido a que se presentaron bajo la Presidencia del entonces Concejal MIGUEL ALEJANDRO HUERTAS ERAZO.

Solicitó la declaratoria de improcedencia de la presente acción, por falta de subsidiariedad, ya que la tutelante cuenta con mecanismo idóneo, que no es otro que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Aunado a lo anterior, señaló la inexistencia de estabilidad laboral reforzada en cargos de libre nombramiento y remoción, debido a la discrecionalidad con la que cuenta el empleador, además de no encuéntrase a la accionante dentro del periodo legal de lactancia, el cual a la fecha de la declaratoria de insubsistencia ya había sido superado.

** Por su parte el vinculado FABIAN OLIVER MUESES DIAZ, en término solicitó de manera concreta, la declaratoria de improcedencia de la acción.

*** La ALCALDIA MUNICIPAL DE IPIALES, pese a haber sido notificada en debida forma, guardó silencio.

II LA SENTENCIA PROTESTADA:

El juzgado de conocimiento, mediante la providencia precedentemente enunciada, luego de realizar un examen del evento sometido a su estudio, estimó la improcedencia del amparo constitucional.

A tal conclusión llegó el juzgado, luego de relacionar in extenso, conocida jurisprudencia y normatividad sobre la procedencia de la acción de tutela en búsqueda de la protección de derechos laborales con base en la protección laboral reforzada de madres gestantes, igualmente hizo referencia sobre la protección transitoria de la que fue objeto la accionante, en su calidad de madre lactante.

No obstante, refirió excedido el termino de amparo que cobijaba a la tutelante y su menor hijo, en tanto la declaratoria de insubsistencia se produjo cuando el menor contaba con 7 meses y 3 días de nacido, de ahí que las causales para que el amparo proceda no se configuren en este asunto.

III : LA IMPUGNACIÓN

La accionante, en término impugna la decisión proferida por la juez de primera instancia, toda vez que considera que es evidente que con la declaratoria de insubsistencia proferida por la Alcaldía Municipal de Ipiales, se está desconociendo la estabilidad laboral reforzada que le cobija a ella y a su menor hijo, por encontrarse en estado de vulnerabilidad e indefensión, de conformidad con lo establecido en múltiples fallos de la Corte Constitucional, de los que se permite transcribir jurisprudencia.

Señala que con la interposición de esta acción se pretende evitar la configuración de un perjuicio irremediable, pues que la insubsistencia decretada, vulnera el mínimo vital de la tutelante y por ende las condiciones de vida del menor, de ahí que esta acción sea procedente, debiendo proferirse una decisión de fondo.

Aunado a lo anterior, advierte que de conformidad con la sentencia T-395 de 2018, en casos como el que se estudia, la acción de tutela se despoja de su carácter subsidiario para convertirse en un mecanismo de defensa principal, siendo que como se dijo se trata de una mujer y su menor hijo, la cual no cuenta con otra fuente de ingresos para asegurar la subsistencia de su hijo.

Así mismo, refiere que resulta innegable la protección constitucional que se otorga a la madre en gestación y al recién nacido en periodo de lactancia, la que en el asunto que se estudia se extendió por el término de un año, significando con ello que debía extenderse hasta el 16 de junio de 2020, razones estas que considera suficientes para que en esta instancia se proceda a revocar el fallo y en su lugar se conceda el amparo deprecado.

IV: CONSIDERACIONES

1.) COMPETENCIA: De conformidad con los artículos 32 del Decreto 2591 de 1991, 8° del Decreto 306 de 1992 y 1° del Decreto 1382 de 2000, este juzgado como superior jerárquico de quien pronunció la primera instancia, resulta con competencia para conocer sobre la impugnación de la acción instaurada, amén de que los Jueces Municipales conocen en primera instancia las acciones de tutela que se interponen frente a cualquier autoridad pública de orden Distrital o Municipal y contra particulares.

2.) LEGITIMACIÓN PARA ACCIONAR: El aspecto relacionado con la legitimidad e interés para accionar en tutela, es un punto de importancia que precisa entre otros, el artículo 10 del decreto 2591 de 1991, que en lo pertinente establece:

> "*La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante (...)".*

De esta manera, no cabe reparo en la intervención que al formular el trámite de tutela, hace **YENI PAHOLA BERNAL BERNAL,** a través de apoderada, pues, conforme con la norma en cita, está autorizada para así tomar parte en este trámite.

3.) LA ACCIÓN DE TUTELA: Se constituyó en instrumento plasmado en el artículo 86 de la constitución Nacional, reglamentado por los decretos 2591 de 1991 y 0306 de 1992, concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones de las autoridades o de particulares, que implican trasgresión o amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces, a objeto de lograr la protección del derecho fundamental.

4.) PROCEDENCIA DEL TRAMITE: Sobre la procedencia del trámite de esta acción, la Corte Constitucional señaló en sentencia de revisión T-179 del 7 de mayo de 1993, que "según el artículo 86 de la Constitución Nacional, la Tutela procede cuando se reúnen los siguientes requisitos: a) que se viole un derecho Constitucional fundamental, b) que no exista otro medio de defensa judicial, c) si se trata de un particular, que se encuentre en alguna de las situaciones previstas en la ley (...)".

5.) DERECHOS TUTELABLES: En principio se consideran tutelables los derechos incluidos en el Título II "De los derechos, las garantías y los deberes", Capítulo I, "De los derechos fundamentales" de la Constitución Política de Colombia; pero además, aquellos que sin quedar codificados, por su naturaleza o esencia determinan su calificación como FUNDAMENTAL, es decir, si se trata de un derecho inherente a la naturaleza y dignidad humana.

6.) SUBSIDIARIEDAD EN CASOS DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA EN MADRES GESTANTES O EN PERIODO DE LACTANCIA su-075 de 2018

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia Unificada 075 de 2018, modificó su jurisprudencia en lo relativo a las obligaciones que se generan para el

empleador cuando se desconoce el estado de gestación o sus derivados de la trabajadora, pues encontró desproporcional y contrario a los valores objetivos y principios en los que se funda el ordenamiento jurídico, los criterios establecidos en pretérita decisión SU-070 de 2013.

Empero, en cuanto al principio de subsidiariedad, reiteró que la acción de tutela si bien presenta un carácter residual, siendo toda controversia que gire en torno al trabajo, del resorte de la jurisdicción laboral, lo cierto es que cuando se encuentren inmersos derechos de menores o de madres gestantes o en periodo de lactancia, la tutela se convierte en medio definitivo o transitorio, dependiendo de las especiales circunstancias que rodeen el caso en concreto.

Así el mas alto Tribunal Constitucional se refirió:

"El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela, debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, esta Corporación ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad: (i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es **idóneo ni eficaz** conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como mecanismo definitivo; y, (ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no

impide la ocurrencia de un **perjuicio irremediable**, caso en el cual la acción de tutela procede como **mecanismo transitorio**.

Adicionalmente, cuando el amparo es promovido por personas que requieren especial protección constitucional, como niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de gestación o de lactancia, personas cabeza de familia, en situación de discapacidad, de la tercera edad o población desplazada, entre otros, el examen de procedencia de la tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos.

Las anteriores reglas implican que, de verificarse la existencia de otros medios de defensa judiciales, siempre se debe realizar una evaluación de la idoneidad de los mismos en el caso concreto, para determinar si aquellos tienen la capacidad de restablecer de forma efectiva e integral los derechos invocados. Este análisis debe ser sustancial y no simplemente formal, y reconocer que el juez de tutela no puede suplantar al juez ordinario. Por tanto, en caso de evidenciar la falta de idoneidad del otro mecanismo, la acción puede proceder de forma definitiva.

Ahora bien, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, existe una diversidad de mecanismos de defensa para salvaguardar los derechos laborales, competencia asignada a las jurisdicciones ordinaria laboral o contencioso administrativa, según el caso. Como consecuencia de ello, la Corte Constitucional ha manifestado que la acción de tutela, en principio, no resulta procedente para resolver controversias que surjan de la relación trabajador-empleador, como en el caso del reintegro laboral y/o el pago de prestaciones económicas.

Sin embargo, de manera excepcional, este Tribunal ha entendido que este mecanismo constitucional es procedente cuando se trata de personas que se encuentran en *"circunstancias de debilidad manifiesta por causa de su condición económica, física o mental y que formulan pretensiones dirigidas a lograr la tutela del derecho constitucional a la estabilidad laboral reforzada".*

Así las cosas, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que aunque en principio la acción de tutela (dada su naturaleza subsidiaria), no es el mecanismo adecuado para solicitar el reintegro laboral y el pago de las acreencias derivadas de un contrato de trabajo, en los casos en que el accionante sea titular del derecho a la estabilidad laboral reforzada por encontrarse en una situación de debilidad manifiesta, la acción de tutela pierde su carácter subsidiario y se convierte en el mecanismo de protección preferente.

En ese orden de ideas, la procedencia del amparo constitucional se justifica en la necesidad de un mecanismo célere y expedito que permita dirimir esta clase de conflictos, en los cuales se vea inmerso un sujeto de especial protección constitucional, como es el caso de la madre gestante.

La procedencia de la tutela en estos asuntos como mecanismo preferente, se ha justificado dado que, si bien en la jurisdicción ordinaria existe un mecanismo para resolver las pretensiones de reintegro, este no tiene un carácter sumario para restablecer los derechos de sujetos de especial protección constitucional que, amparados por la estabilidad laboral reforzada, requieren una medida urgente de protección y un remedio integral.

En síntesis, la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela y el carácter legal de las relaciones laborales implican, en principio, la improcedencia del amparo, pues los trabajadores tienen a su disposición acciones judiciales específicas para solicitar el restablecimiento de sus derechos cuando consideran que han sido despedidos. No obstante, la Corte Constitucional ha reconocido que en circunstancias especiales, como las que concurren en el caso del fuero de maternidad, las acciones ordinarias pueden resultar inidóneas e ineficaces para brindar un remedio integral, motivo por el cual la protección constitucional procede de manera definitiva.

7.) EL CASO CONCRETO.

La accionante, apoyada por profesional del derecho, deprecó a través de este mecanismo la protección de los derechos fundamentales a la vida, salud, seguridad social, debido proceso y estabilidad laboral reforzada, que considera le han sido conculcados por la entidad accionada ALCALDIA MUNICIPAL DE IPIALES, con la declaratoria de insubsistencia, pese a su condición de MADRE LACTANTE, en tanto el periodo de lactancia según valoración médica debe efectuarse por el periodo de un año.

Frente a tales suplicas, la A Quo negó el amparo constitucional, relacionando de manera sucinta, conocida jurisprudencia que la llevó a concluir la improcedencia de la acción, toda vez que, consideró que se trata de un asunto de conocimiento y tramite de la jurisdicción contencioso administrativa a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, asunto ajeno a la subsidiariedad de este tipo de trámites, colocando inclusive en duda la configuración del amparo de la prerrogativa de estabilidad laboral reforzada en cabeza de la tutelante.

Dicha decisión ocasionó la inconformidad en la accionante, quien manifiesta fehacientemente encontrarse inmersa en las condiciones requeridas para ser sujeto de especial protección a través de la figura de protección laboral reforzada, en tanto el periodo de lactancia dictaminado por su médico tratante era de un año, el cual culminó el 16 de junio postrero, siendo que la declaratoria de insubsistencia se produjo el pasado 7 de enero, determinado igualmente la subsidiariedad de la acción, al encontrarse inmiscuidos no solo sus derechos sino los de su menor hijo, lo cual demanda la atención urgente que evite la configuración de un perjuicio irremediable.

Pues bien, sea del caso establecer, que frente a la configuración de un perjuicio irremediable, lo cierto es que tal circunstancia en materia de tutela no se infiere, sino que debe establecerse expresamente, incoando la protección transitoria que de ella deviene, hasta que se pueda acudir al mecanismo ordinario que corresponda, lo que no ocurrió en el presente asunto, pues de la lectura minuciosa

del expediente y de las pretensiones impetradas en este caso, evidente resulta la búsqueda de una solución definitiva a la vulneración que se aduce fue causada por las accionadas.

Corresponde entonces, verificar la existencia o no de subsidiariedad de la acción, la que se itera, la accionante suplica su declaratoria a efectos de acceder a la estabilidad laboral reforzada que afirma le cobija en su calidad de madre lactante.

Pues bien, este Despacho, coadyuva la exposición de motivos efectuado en primera instancia, en tanto, clara ha sido la Jurisprudencia respecto de los aspectos a analizar para que se entienda cumplido el principio de subsidiariedad, en los casos como los que ocupa la atención del Despacho.

Indudable resulta la condición de vulnerabilidad de la accionante y de su menor hijo, pues la Corte Constitucional en múltiples pronunciamientos como aquel que antecede, los ha considerado como sujetos de especial protección, flexibilizando las condiciones de acceso al amparo que se implora, pero sin que dicho estudio implique que sea menos rigurosa su aplicación.

En tal sentido como se dejó anotado, parte de aquellos requisitos se encuentran cumplidos, pues sumado al hecho de encontrarnos frente a sujetos de especial protección, lo cierto es que la gestación y lactancia se encontraban cursando en vigencia del nombramiento del que gozaba la señora YENI PAHOLA BERNAL BERNAL.

Ahora, como se transcribió en precedencia, la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación SU 075 de 2018, fue clara al señalar que: "*La procedencia de la tutela en estos asuntos como mecanismo preferente, se ha justificado dado que, si bien en la jurisdicción ordinaria existe un mecanismo para resolver las pretensiones de reintegro, este no tiene un carácter sumario para restablecer los derechos de sujetos de especial protección constitucional que, amparados por la estabilidad laboral reforzada, requieren una medida urgente de protección y un remedio integral" (subrayas propias de este Juzgado).*

De lo anterior se colige, que para determinar la existencia de subsidiariedad de la acción, resulta imperioso esclarecer si la tutelante goza o no de la protección que otorga la prerrogativa de estabilidad laboral reforzada a madre lactante.
Así, se acompasa una vez más, el juicioso análisis efectuado en primera instancia, el que se itera ha sido ampliado en múltiples pronunciamientos como aquel contenido en la citada providencia de unificación, otorgando como resultado evidente, que el despido se efectuó posteriormente a la finalización del periodo legal de lactancia.

Empero, la tutelante allegó constancia medica en la que se indica que la lactancia debía efectuarse por el termino de un año, lo que podría suponer que en términos de aquella, el despido se efectuó en el periodo en el que la ley y la jurisprudencia la protegen.

No obstante, lo cierto es que revisada la expedición de dicha constancia médica, se verifica que la misma fue emitida el 27 de enero de 2020, esto es 20 días después de habérsele notificado a la tutelante la declaratoria de insubsistencia, lo que de suyo implica el desvanecimiento de la inferencia razonable, de que el despido se efectuó por causa de la maternidad de quien acude a esta sede constitucional.

Aunado a lo ya expuesto, habrá de acudirse a las reglas generales de aplicación de la garantía de estabilidad laboral reforzada, para establecer que una de las exigencias máximas que equilibran las cargas entre trabajador y empleador, no es otra que el conocimiento previo de las circunstancias de vulnerabilidad que hacen a la trabajadora, sujeto de especial protección, tales como el embarazo, periodo de lactancia, etc., esta última, la que claramente en las circunstancias individuales que la rodean, no fue dada a conocer de manera previa al empleador.

Téngase en cuenta, que como bien lo dijo el Juzgado de conocimiento en primera instancia, el periodo legal de lactancia finiquitó en diciembre de 2019, lo que

obligaba a la trabajadora a poner en conocimiento de su empleador, cualquier situación que ampliara dicho término, como el que ahora en la presente acción se pone de precedente, lo que como se dijo, no ocurrió en el caso objeto de análisis, pues a riesgo de ser repetitivo, la referida condición especial de lactancia se registró de manera posterior a la salida de la tutelante de su trabajo.

Corolario de lo expuesto, al no encontrarse la señora YENI PAHOLA BERNAL BERNAL dentro de los parámetros para ser beneficiaria del beneficio de estabilidad laboral reforzada, la subsidiariedad de la acción se desdibuja, por lo que no queda camino distinto al de confirmar el fallo pronunciado por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Ipiales.

D E C I S I O N

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Civil de Circuito de Ipiales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución,

R E S U E L V E

PRIMERO. CONFIRMAR, la sentencia calendada a 21 de julio postrero, dictada por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Ipiales, por las breves pero potísimas razones anotadas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. COMUNIQUESE por Secretaría esta decisión, en la forma establecida en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991, librando las comunicaciones respectivas por el medio más expedito y con las constancias procesales de rigor, a las partes intervinientes en el presente tramite tutelar, y al Juzgado que pronunció la sentencia que se revisa.

TERCERO. CÚMPLASE por Secretaría con lo preceptuado en el Artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, en cuanto debe remitirse a la Corte Constitucional para su eventual revisión, el expediente que comporta el presente trámite.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

SERGIO RICARDO GUERRERO MARTINEZ

Juez Primero Civil del Circuito