



San Fernando – Bolívar, cinco (05) de Noviembre de dos mil veinte (2020)

Medio de control	Acción de Tutela
Radicado	13-650-40-89-001-2020-00069-00
Demandante	MARÍANGEL DAU GUERRA
Demandado	MUNICIPIO DE SAN FERNANDO BOLIVAR
Tema	Dignidad Humana, Mínimo Vital, y Estabilidad Laboral Reforzada
Sentencia No.	032

## I. ANTECEDENTES

La señora **MARÍANGEL DAU GUERRA**, identificada con C.C. No. 1.051.669.998 de Mompós, en nombre propio, presentó acción de tutela en contra del **MUNICIPIO DE SAN FERNANDO BOLIVAR**, Representado Legalmente por el señor alcalde municipal **JORGE LUIS YEPES MORALES** o por quien legalmente haga sus veces al momento de la notificación, para que le sean protegidos sus derechos fundamentales a la **DIGNIDAD HUMANA, MÍNIMO VITAL, Y PROTECCIÓN DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA** por encontrarse protegida por la Ley, dado que es Lactante y se encuentra inmersa dentro de los requisitos de fuero especial frente a la Lactancia materna, los cuales presuntamente le están siendo vulnerados por la entidad accionada.

### 1. LA DEMANDA

#### 1.1 Pretensiones

Pretende se tutelen sus derechos fundamentales a la: Dignidad Humana, Mínimo Vital, y Protección Especial, por encontrarse en calidad de lactante; Se ordene el reintegro a su cargo y funciones como Secretaria de Planeación Municipal de San Fernando Bolívar, se ordene el pago de todos los salarios, prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento de mi desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrada, así mismo se ordene se paguen los aportes al sistema general de seguridad social (salud, pensión, riesgos laborales), desde el momento de su desvinculación hasta cuando se produzca su reintegro sin condición de continuidad.

Solicita que se ordene al Municipio de San Fernando Bolívar, representado legalmente por su alcalde **JORGE LUIS YEPES MORALES**, le pague la suma equivalente a 60 días de salario, como consecuencia del despido injusto sin contar con el permiso del Ministerio del Trabajo, tal como lo establece el artículo 64 del CST y apoyada en las sentencias, T-699 de 2010, T – 054 de 2020, T – 886 de 2011 y finalmente, pretende que se ordene al Representante Legal del Municipio Accionado o alguno de sus trabajadores se **ABSTENGA** de realizar actos de acoso laboral en mi contra una vez se produzca su reintegro.

#### 1.2 Hechos

Manifiesta la accionante, que el 1 de Julio de 2014, inició sus funciones como **SECRETARIA DE PLANEACIÓN DEL MUNICIPIO DE SAN FERNANDO BOLIVAR**, que el 15 de noviembre de 2019, notificó su estado de gestación a través de un comunicado recibido por el Secretario General del Alcalde Municipal, que el calendado de su parto fue el 11 de Junio de 2020, terminado el periodo de lactancia se dispuso a su reintegro, haciéndose presente en su puesto de trabajo el día 15 de octubre de 2020.



**Radicado No. 13650-40-89-001-2020-00069-00**

Concluye explicando que su bebe tiene 4 meses y se encuentra en periodo de lactancia, al estar sin empleo no puede costear un cuidador mientras sale a buscar trabajo, alega la crisis económica que ha dejado la pandemia Covid –19 y que teme por su sustento y el de su pequeña hija.

## 2. TRAMITE

La solicitud de amparo fue admitida mediante auto de fecha veintidós (22) de octubre de dos mil veinte (2020), ordenándose la notificación por el medio más expedito al ente accionado, materializando dicha orden mediante notificación por correo institucional, el día 22 de octubre de 2020 (FI 29 – 32).

### 2.1. INFORME DE LA ALCALDIA DE SAN FERNANDO (FI 33 – 42)

La entidad accionada rindió el informe correspondiente a través de su representante legal, Alcalde Municipal señor Jorge Luis Yepes Morales, el día lunes 26 de octubre de 2020, manifestó que como lo afirma la accionante laboraba como secretaria de Planeación del Municipio de San Fernando Bolívar, trae a colación el decreto 770 del 17 de marzo de 2005, *“Por el cual se establece el sistema de funciones y requisitos generales para los empleos públicos correspondientes a los niveles jerárquicos pertenecientes a los organismos y entidades del orden nacional, a que se refiere la Ley 909 de 2004”*.

Indica que la Ley 909 de 2004, dispone clasificación de los empleos públicos, y establece que son de carrera administrativa los empleos de los organismos y entidades reguladas por la presente Ley, con excepción de: entre otros, 2. *Los de libre nombramiento y remoción que corresponda entre varios criterios, a: 3. a) los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así: En la Administración Central y órganos de control de Nivel Territorial: Secretario General; Secretario y Subsecretario de Despacho.* Por lo anterior, concluye que el cargo de la Secretaria de Planeación de San Fernando Bolívar, por disposición legal obedece a cargo de libre nombramiento y remoción.

Expone que el artículo 41, establece las Casuales de Retiro del Servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos: *a) por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción, (...)*

*“La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuara mediante acto no motivado”*

Con base en lo anterior, considera que la insubsistencia es una causal autónoma del retiro del servicio y es producto de la facultad discrecional de remoción de la cual están investidas las autoridades nominadoras, con el propósito de hacer cesar la vinculación con el empleo para el cual un servidor fue designado, al respecto, trajo a colación lo dispuesto por el Concejo de Estado, Sección Segunda, en Sentencia Rad. No. 2002 – 00188-01 del 19 de enero de 2006. M.P. Tarcisio Cáceres Toro y en Sentencia No. 4425-2004 del 4 de noviembre de 2008, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

Concluye exponiendo que con la normativa y jurisprudencia expuestas, considera procedente la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción; la cual obedece a la facultad discrecional del nominador, que deberá estar fundada en la necesidad de mejoramiento del servicio y en el derecho de escoger a sus colaboradores por tratarse de cargos de dirección, confianza y manejo.

Trae a colación el artículo 236, que indica Licencia en la época del Parto e Incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido, explicando *que toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de 18 semanas en la época del parto, remunerada con el*



**Radicado No. 13650-40-89-001-2020-00069-00**

*salario que devengue al momento de iniciar su licencia, considera que los beneficios incluidos en este artículo, y el artículo 239 de la presente Ley, no excluyen a los trabajadores del Sector Público, seguidamente indica lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 239, que indica prohibición del despido, a saber: 2) se presume el despido efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando esta haya tenido lugar dentro del periodo de embarazo y/o dentro de los tres meses posteriores al parto.*

Con fundamento en lo antes expuesto, sostiene que sí la accionante dio a luz el 11 de junio, las 18 semanas de que trata la norma, culminaron el 8 de octubre de 2020 y la declaratoria de insubsistencia ocurrió el 20 de octubre de 2020, sostiene que tampoco se viola la norma transcrita del artículo 239, toda vez que los 3 meses posteriores al parto culminarían el 11 de septiembre de 2020.

Finalmente, sostiene que para el presente caso tampoco aplica las reglas derivadas de la protección constitucional reforzada a la mujer embarazada y lactante que han sido definidas en Sentencia SU- 070 de 2013, se extienden por el término del periodo de gestación y la licencia de maternidad, es decir, aproximadamente los cuatro meses posteriores al parto, tiempo que sí se cuentan desde el 11 de junio de 2020, tuvieron ocurrencia el día 11 de octubre de 2020 y la insubsistencia ocurrió el 20 de octubre de 2020.

Así las cosas, solicita se declare improcedente la presente acción de tutela, pues no es el mecanismo idóneo, no se violó protección constitucional reforzada de mujeres embarazadas, porque al ser el cargo de libre nombramiento y remoción se declaró la insubsistencia conforme lo señala la Ley 909 de 2004 y como acto administrativo goza de presunción de legalidad.

## **II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO**

### **1. Competencia y capacidad**

Este Despacho es competente para decidir el presente asunto, por disposición de los artículos 86 constitucional y 37 del Decreto 2591 de 1991, en armonía con las reglas de reparto contenidas en el artículo 1 numeral 2 del Decreto 1983 de 2017.

Quien reclama la protección por vía de tutela tiene capacidad para hacerlo, por ser el titular de los derechos invocados, siendo la parte demandada una autoridad pública del orden nacional con capacidad para ser accionada a la luz del artículo 86 superior y quien como receptora de la petición en la que se basa la demanda, tendría a su cargo ejecutar las medidas de protección que tendría que dispensarse.

### **2. Derechos cuya protección se demanda**

Los derechos fundamentales que la parte actora estima vulnerados, y sobre los cuales solicita protección son: Dignidad Humana, Mínimo Vital, y Protección de Estabilidad Laboral Reforzada.

### **3. Acción u omisión que genera la solicitud de tutela**

De acuerdo con la demanda, la conducta generadora de la violación de los derechos fundamentales de la accionante es, la declaración de insubsistencia con acto administrativo de fecha 20 de octubre de 2020, sin motivo alguno, encontrándose en periodo de lactancia, siendo que goza de estabilidad laboral reforzada, en razón a su estado.

### **4. Problemas jurídicos**

La controversia jurídica en el sub lite, se contrae en establecer si la parte accionada, esto es, el Municipio de San Fernando Bolívar, Representado Legalmente por su alcalde Jorge Luis Yépez Morales, vulneró o no los derechos fundamentales esgrimidos por la accionante, al proceder a la



**Radicado No. 13650-40-89-001-2020-00069-00**

declaratoria de insubsistencia de su cargo, siendo que la accionante se encuentra en estado de lactancia.

De responderse positivamente el anterior interrogante, deberá este despacho establecer las medidas tendientes a garantizar la efectividad de los derechos fundamentales de la parte actora.

## **5. Tesis del Despacho**

Se sustentará como tesis que dentro del presente asunto están actualmente acreditados los supuestos establecidos para su estudio excepcional en sede de tutela. En esa misma línea, se tiene que se analizará si están dadas los supuestos facticos de las normas dispuestas en los artículos 239 y 240 del CST, las reglas jurisprudenciales antes expuestas, específicamente las contenidas en el Sentencia SU – 070 de 2013, que hagan viable la protección derivada del fuero de maternidad.

## **6. Argumentación normativa y jurisprudencial**

### **6.1. De la procedencia de la acción de tutela**

En virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, la reiterada jurisprudencia constitucional dictada en la materia y los artículos concordantes del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, razón por la cual solo procede excepcionalmente como mecanismo de protección *definitivo*: (i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o (ii) cuando existiendo ese medio carece de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales, en las circunstancias del caso concreto. Y como mecanismo *transitorio* cuando se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable a un derecho fundamental, evento en el cual la protección se extenderá hasta tanto se produzca una decisión definitiva por parte del juez ordinario<sup>1</sup>.

### **6.2 Procedencia de la acción de tutela para reclamar estabilidad laboral reforzada derivada de la maternidad**

La jurisprudencia de la Corte ha señalado que la acción de tutela resulta procedente, de manera excepcional, para pedir protección reforzada de la maternidad en el ámbito del trabajo, despojándose de su carácter subsidiario para convertirse en un mecanismo de defensa judicial, en 2 eventos: 1) cuando la persona que reclama la protección del derecho, es un sujeto de especial protección constitucional, como el caso de madres gestantes y de las madres y sus hijos recién nacidos; y 2) cuando la persona que reclama el pago de una prestación social, como la licencia de maternidad, ve comprometido su derecho fundamental al mínimo vital y el de su hijo que acaba de nacer, por no contar con otra fuente de ingresos que les asegure una digna subsistencia (Sentencia T – 499 de 2017).

### **6.3 Estabilidad Laboral Reforzada de las mujeres en estado de embarazo y lactando.**

#### **Sentencia T-256/16**

.....“No cabe el despido de una mujer en estado de embarazo o dentro de los tres meses posteriores, sin la autorización de las autoridades del trabajo y sin que se haya acreditado una justa causa. En caso de ocurrir una violación de los citados requisitos, el empleador no sólo se verá obligado a pagar la indemnización que se dispone en la ley, sino que también debe proceder al reintegro de la trabajadora, como consecuencia de la ineficacia del retiro.”.....

<sup>1</sup> Ver, entre otras, sentencias T-119 de 2015, T-250 de 2015, T-446 de 2015, T-548 de 2015 y T-317 de 2015.



**Sentencia SU/075 de 2018**

*“...Desde sus primeros años, la Corte Constitucional ha reconocido que la protección laboral reforzada de las mujeres durante la gestación y la lactancia es un mandato superior que se deriva principalmente de cuatro fundamentos constitucionales:*

- (i) El derecho de las mujeres a recibir una especial protección durante la maternidad.*
- (ii) La protección de la mujer embarazada o lactante de la discriminación en el ámbito laboral.*
- (iii) La protección del derecho fundamental al mínimo vital y a la vida*
- (iv) Por último, la relevancia de la familia en el orden constitucional es una justificación adicional de la especial protección de la mujer gestante y lactante.*

**6.4 Fundamento Constitucional de la protección de mujeres embarazadas.**

Desde el inicio, la Corte Constitucional ha reconocido que la protección laboral reforzada de las mujeres durante la gestación y la lactancia, es un mandato superior que se deriva principalmente de cuatro fundamentos constitucionales: **i)** el derecho de las mujeres a recibir una especial protección durante la maternidad, establecido en el art. 43 de la Constitución Política Nacional, lo cual implica para el Estado Colombiano 2 obligaciones, la especial protección de la mujer embarazada y lactante, sin distinción y un deber prestacional que consiste en otorgar un subsidio cuando este desempleada o desamparada; **ii)** La protección de la mujer embarazada o lactante de la discriminación en el ámbito laboral, **iii)** La protección del derecho fundamental al mínimo vital y a la vida y **iv)** la relevancia de la familia en el orden constitucional, justificación adicional de la especial protección a la mujer gestante y lactante.

Es así como la Corte en Sentencia SU- 070 de 2013, señaló que la protección de la mujer en estado de gravidez, obedece a los preceptos constitucionales que califican la vida como un valor fundante del valor constitucional, especialmente el preámbulo, y los artículos 11 y 44 de la Carta Política, además la prohibición de despido por causa o con ocasión del embarazo se encamina a garantizar a la mujer embarazada o lactante un ingreso del derecho al mínimo vital y a la salud, de forma independiente, protección reforzada que abarca también la protección de la maternidad, esto es, cuando la mujer que ya ha culminado el periodo de Gestación y ha dado a luz.

La especial protección a la maternidad que las normas superiores ordenan, ha causado que el legislador desarrolle una serie de derechos y prestaciones sociales en favor de las trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia y de sus hijos, tales como, la Licencia Remunerada, la prestación de los servicios de salud, el descanso remunerado para la lactancia del recién nacido, la prohibición de despido dentro del periodo de embarazo o de los tres meses siguientes al parto, y el derecho al pago de una indemnización por despido sin autorización previa, prevista en el Capítulo 5, Título VIII, del Código del Trabajo, actualmente, todas estas previsiones cobijan a la trabajadoras del sector público, y se extiende a las madres adoptantes, en virtud del principio de igualdad.

Cabe resaltar, que para lograr una garantía real y efectiva del derecho a la estabilidad laboral reforzada, la Corte ha explicado, en cuanto a la protección a la mujer que va ser madre, debe ser eficaz, así pues que su regulación y aplicación está sometido a un control constitucional más estricto, en efecto, en Sentencia C – 470 de 1997, la Corte declaró la exequibilidad condicionada de los artículos 239 del CST, 2 de la Ley 197 de 1983 y 21 del Decreto 3135 de 1968, bajo el entendido de que en virtud del principio a la igualdad (C.P. Art. 13) y a la especial protección constitucional a la maternidad, carece de todo efecto jurídico, el despido de una trabajadora del sector privado u oficial durante el estado de embarazo o en los 3 meses posteriores al parto, sin autorización previa del funcionario de trabajo competente o sin la correspondiente resolución motivada del jefe respectivo en donde se justifique la justa causa del despido, en el caso de empleadas públicas.



**Radicado No. 13650-40-89-001-2020-00069-00**

En consecuencia de lo anterior, a partir de la citada sentencia se aclaró que en caso de ocurrir una violación de los mencionados requisitos para el despido, el empleador no solo se ve obligado a pagar la indemnización que se dispone en la Ley, sino que además debe proceder al reintegro, como consecuencia de la ineficacia del retiro.

Así las cosas, la garantía de la estabilidad laboral reforzada para las mujeres en estado de embarazo o en el periodo de lactancia es una acción afirmativa en favor de aquellas que responden a la desventaja que afrontan, pues deben soportar los mayores costos de la reproducción y de la maternidad, los cuales tradicionalmente son asumidos únicamente por las mujeres.

En este sentido, se ha propendido por la protección legal de la mujer en estado de embarazo, primeramente con la Ley 53 de 1938, se estableció la prohibición del despido de la mujer en estado de embarazo, posteriormente el CST, estableció **i)** la obligación de solicitar el permiso de un inspector de trabajo para despedir a una mujer embarazada y **ii)** en caso de no obtener dicho permiso, la presunción de que el despido se ha dado a causa del embarazo.

Finalmente, la Ley 1468 de 2011 reformó el CST, al añadir el derecho de disfrutar el pago de las 14 semanas de descanso remunerado si la mujer no ha disfrutado de su licencia de maternidad y recientemente la Ley 1822 de 2017, extendió la Licencia de maternidad a 18 semanas y puntualizó que el despido de la mujer gestante o lactante debe contar con autorización del Ministerio del Trabajo. (Sentencia SU 075 de 2018 – Corte Constitucional)

### **6.5 Fuero de Maternidad y reglas generales aplicables a dicha garantía**

Se encuentra previsto en los artículos 239, 240, y 241 del CST, los cuales contienen distintas medidas de protección:

El # 1 del art. 239 CST, impone **prohibición general de despido** a las mujeres por motivo de embarazo o lactancia y que tal desvinculación únicamente puede realizarse con la “Autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa”.

El art. 240 del CST dispone que para que sea legal el despido de una trabajadora durante el periodo de embarazo “o los tres meses posteriores al parto”, **el empleador necesita la autorización del inspector de trabajo o del alcalde municipal, en los lugares en donde no existiere aquel funcionario**, permiso que debe concederse siempre que medie una justa causa (Art. 62 y 63 CST)

El # 2 del Art. 239 del CST, establece una presunción, a través de la que se entiende que el **despido efectuado dentro del periodo de embarazo o dentro de los 3 meses posteriores al parto, tuvo como motivo o causa el embarazo o la lactancia.**

El # 3 del Art. 239 CST, establece una indemnización por despido sin autorización del Ministerio de Trabajo (o del Alcalde Municipal Según el caso), la cual es independiente de los salarios y prestaciones a los cuales tiene derecho la trabajadora de acuerdo con el contrato de trabajo.

El # 4 del Art. 239 CST, indica que sí la mujer trabajadora no ha disfrutado del descanso remunerado (licencia maternidad), **“tendrá derecho al pago de las semanas que no gozó de la licencia”**, en otras palabras, cuando por alguna “razón excepcional”, exista alguna interrupción total o parcial del periodo de descanso remunerado el cual tiene derecho, se debe efectuar el pago correspondiente a la licencia de maternidad durante dicho término.

Finalmente el Art. 241 CST, impone la obligación para el empleador de mantener vinculada a la trabajadora que disfruta de los descansos remunerados (Lic. Maternidad, lactancia y descanso remunerado en caso de aborto), además sanciona con la ineficacia “el despido que el empleador comunique a la trabajadora en tales periodos”, es decir, en los descansos remunerados anteriormente mencionados.



**Radicado No. 13650-40-89-001-2020-00069-00**

Con base a lo anterior, la regulación legal del fuero de maternidad contempla varias medidas orientadas a garantizar el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres.

Es importante resaltar que la Corte Constitucional ha explicado que la presunción de que la terminación del contrato se debió al estado de gravidez únicamente es aplicable en el periodo de gestación y dentro de los 4 meses posteriores al parto, no obstante, aclara que ello no quiere decir que el trabajador no puede desvincular injustamente a una trabajadora al 5to mes posterior al parto, cuando ha culminado el término de su licencia de maternidad, pues lo que ocurre es que desaparece la presunción de que el despido fue por motivo del embarazo, en este sentido, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, explicó que corresponde al demandante probar aquello que alega, es decir, se invierte la carga de la prueba, específicamente expuso: *“en el segundo trimestre posterior al parto, y por efecto del uso de los períodos de descanso por lactancia, **permanece vigente la protección a la trabajadora lactante**, pero la distribución de la carga de la prueba para acreditar el móvil del despido se rige por la fórmula ecuménica del artículo 177 del CPC (...), hoy prevista por el artículo 167 del CGP”*<sup>2</sup>

**6.5 Sentencia SU - 070 de 2013. Precedente vinculante en materia de protección de estabilidad laboral reforzada a las mujeres embarazadas**

Es a través de esta sentencia que la Corte Constitucional unificó los varios criterios que sostuvieron las distintas salas de revisión de la Corte y sistematizó las pautas normativas aplicables al asunto.

Se indicó que para que proceda la protección reforzada a la maternidad y la lactancia en el ámbito del trabajo, sin ninguna otra exigencia legal debe demostrarse:

- 1) La existencia de una relación laboral o de prestación
- 2) Que la mujer se encuentra en estado de embarazo o dentro de los 3 meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o prestación.

En cuanto al alcance de la protección se debe determinar a partir de 2 factores:

- 1) El conocimiento del embarazo por parte del empleador
- 2) La alternativa laboral mediante la cual se encontraba vinculada la mujer embarazada

Así las cosas, pueden existir distintos tipos de medidas para el alcance de la protección: i) el reintegro de la trabajadora, ii) el pago de los salarios y prestaciones dejadas de percibir, iii) las indemnizaciones previstas en el CST; y iv) la obligación de reconocer las cotizaciones durante el periodo de gestación y hasta que la empleada tenga derecho a la licencia de maternidad, entre otras.

La protección de la estabilidad laboral reforzada de las mujeres se concreta, mediante el reintegro o la renovación del contrato de trabajo, no obstante, también se protege desde la óptica de la garantía de los medios económicos necesarios para afrontar tanto el embarazo como la manutención del recién nacido.

En consecuencia, cuando es improcedente el reintegro o la renovación, resulta viable la modalidad de protección consistente en reconocer las cotizaciones a seguridad social después de la cesación de la relación laboral o el contrato y hasta el momento en el que la mujer acceda a la prestación económica de la licencia de maternidad.

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 10 de mayo de 2017. M.P. Jorge Luis Quiroz Alemán. SL7363-2017. Rad. 45297; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 10 de mayo de 2017. M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas. SL4280-2017. Rad. 49165.



**Radicado No. 13650-40-89-001-2020-00069-00**

Ahora bien, sí el empleador tuvo noticia del embarazo con anterioridad a la desvinculación, ello origina una protección integral y completa, pues se asume que el despido se basó en el embarazo y, por ende, en un factor de discriminación en razón del sexo y la ausencia de conocimiento da lugar a una protección más débil, basada en el principio de solidaridad y en la garantía de estabilidad en el trabajo durante el embarazo y la lactancia, como un medio para asegurar un salario o un ingreso económico a la madre y como garantía de los derechos del recién nacido, es importante aclarar que la protección que se pueda brindar no depende del momento en el cual el empleador tuvo conocimiento del estado de gravidez, pues el fuero de maternidad se desprende de la especial protección que recae sobre las trabajadoras.

De otra parte, la Jurisprudencia Constitucional ha indicado que la modalidad del contrato es uno de los factores que determina el alcance de la protección, a la cual tienen derecho las trabajadoras que son desvinculadas en estado de embarazo; es así como para aquellas vinculadas a través de cargos de libre nombramiento y remoción, se presentan 2 supuestos:

- a) Sí el empleador tuvo conocimiento antes de la declaratoria de insubsistencia habría lugar al reintegro y al pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir.
- b) Sí el empleador no tuvo conocimiento, se aplicará la protección consistente en el pago de cotizaciones requeridas para el reconocimiento de la licencia de maternidad.

**6.5 Las reglas aplicables en materia de estabilidad laboral reforzada por Maternidad.**

*“... Ahora bien, en cuanto al alcance de la protección del embarazo y la maternidad derivada de la estabilidad laboral reforzada, es indispensable resaltar que mediante la sentencia **SU-070 de 2013** la Corte Constitucional unificó su jurisprudencia sobre la materia y sistematizó las pautas normativas aplicables al asunto. En este sentido, la Sala Plena estableció dos reglas principales en relación con esta materia:*

*(i) La protección reforzada a la maternidad y la lactancia en el ámbito del trabajo procede cuando se demuestre, sin ninguna otra exigencia adicional.*

*(a) la existencia de una relación laboral o de prestación y;*

*(b) que la mujer se encuentra en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación.*

*(ii) No obstante el alcance de la protección, se debe determinar a partir de dos factores:*

*(a) el conocimiento del embarazo por parte del empleador y;*

*(b) la alternativa laboral mediante la cual se encontraba vinculada la mujer embarazada.*

*En otras palabras, se configura el derecho a la estabilidad laboral reforzada siempre que se demuestre el estado de embarazo de la trabajadora desvinculada en la vigencia del contrato laboral, pero el grado de protección judicial derivada del fuero de maternidad y lactancia dependerá de si el empleador conocía del estado de gestación de la trabajadora y de la modalidad del contrato laboral en el cual se hallaba vinculada.*

*De este modo, pueden existir distintos tipos de medidas entre las cuales se encuentran: el reintegro de la trabajadora, el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, las indemnizaciones previstas en el CST, la obligación de reconocer las cotizaciones durante el período de gestación y hasta que la empleada tenga derecho a la licencia de maternidad, entre otras...”<sup>3</sup>*

**6.6. De la comunicación del estado de embarazo al empleador**

*“...El precedente constitucional vigente indica que no es necesaria la comunicación escrita del embarazo al empleador para que la trabajadora tenga derecho a la protección constitucional derivada del derecho a la estabilidad laboral reforzada en razón de la gestación. Al respecto, lo primero que se debe precisar, es que el **conocimiento del embarazo de la trabajadora** por*

<sup>3</sup> Sentencia T/583 de 2017. M.P, Gloria Stela Ortiz Delgado. Corte Constitucional. 2017



**Radicado No. 13650-40-89-001-2020-00069-00**

parte del empleador, no es requisito para establecer si existe fuero de maternidad, sino para **determinar el grado de protección** que debe brindarse.

**Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que si el empleador tuvo noticia del embarazo con anterioridad a la desvinculación, ello origina una “protección integral y completa, pues se asume que el despido se basó en el embarazo y, por ende, en un factor de discriminación en razón del sexo”. En contraste, la ausencia de conocimiento da lugar a una “protección más débil, basada en el principio de solidaridad y en la garantía de estabilidad en el trabajo durante el embarazo y la lactancia, como un medio para asegurar un salario o un ingreso económico a la madre y como garantía de los derechos del recién nacido”.**

Adicionalmente, la jurisprudencia de la Corte ha destacado que el conocimiento del empleador del embarazo de la trabajadora, no reviste de mayores formalidades, ya que puede darse por medio de la notificación directa y escrita, por la configuración de un hecho notorio o por la noticia verbal de un tercero.

### **6.7 El derecho al mínimo vital de la mujer trabajadora en estado de embarazo.**

6. El derecho al mínimo vital ha sido definido como la porción de ingresos de la persona destinados “a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional.”<sup>[22]</sup>

Esta Corte ha indicado que el mínimo vital es un derecho que debe ser considerado según las características y necesidades particulares de cada persona. En lo que respecta al mínimo vital de la mujer, esta Corporación ha considerado que “las necesidades de una mujer son distintas mientras no se esté en estado de embarazo, y así, los recursos requeridos para satisfacer su mínimo vital. Otro tanto sucede si se trata de una mujer gestante, pues los cuidados especiales propios de dicha condición, modifican no sólo las exigencias médicas, sino cuestiones básicas de su subsistencia como por ejemplo su alimentación. Incluso, el mínimo vital de la mujer en estado de gravidez difiere de aquel que se configura cuando ésta ha dado a luz recientemente. En el último caso, las necesidades mínimas se incrementan e involucran las garantías concernientes a la protección del menor recién nacido.”<sup>[23]</sup>

La protección del mínimo vital cobra mayor relevancia tratándose de una mujer en estado de embarazo en virtud de la obligación constitucional del Estado de brindar especial asistencia y protección a la mujer durante el embarazo y después del parto (Art 43). En este sentido, la acción de tutela se convierte en el mecanismo idóneo para reclamar la protección del derecho al mínimo vital de la mujer embarazada, siempre que se acredite la amenaza o vulneración del mismo por parte de la afectada.

7. Cuando se trata de una mujer trabajadora en estado de gravidez que pretenda hacer valer su derecho a la estabilidad laboral reforzada, la acción de tutela es el mecanismo idóneo de protección, siempre que se demuestre el cumplimiento de los presupuestos facticos exigidos por la jurisprudencia (supra 5), entre los que se encuentra “que el despido amenace el mínimo vital de la actora y/o su hijo por nacer.”

En relación con este requisito particular, esta Corte expuso en la sentencia T-373/98 las siguientes consideraciones:

“La Corte ha entendido que la desvinculación de la mujer embarazada de su empleo puede ser impugnada mediante la acción de tutela si se trata de proteger el mínimo vital de la futura madre o del recién nacido. Esta regla se refiere, por ejemplo, a aquellas mujeres cabeza de familia ubicadas dentro de la franja de la población más pobre, discapacitadas o, en general, con serias dificultades para insertarse nuevamente en el mercado laboral, para quienes el salario, el subsidio alimentario o de maternidad o, en general, los beneficios económicos que pueden desprenderse del contrato de trabajo, son absolutamente imprescindibles para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia. En estos casos, la discriminación por parte del patrono, apareja una vulneración de las mínimas condiciones de dignidad de la mujer quien, al ser desvinculada de su empleo, no está en capacidad de garantizar la adecuada gestación del nasciturus ni la satisfacción de los bienes más elementales para sí misma o para los restantes miembros de su familia. Si se



**Radicado No. 13650-40-89-001-2020-00069-00**

presentan las anteriores condiciones, nada obsta para que pueda proceder la acción de tutela como mecanismo transitorio de protección, ya no sólo de la igualdad, sino del mínimo vital de la mujer afectada."

*La protección constitucional al mínimo vital de la mujer trabajadora en estado de embarazo no se limita a aquellos casos señalados en la sentencia T-373/98, sino que cubre a todas las mujeres gestantes que como consecuencia de su desvinculación laboral vean amenazado o afectado su mínimo vital y/o el de su hijo, siempre que dicha afectación sea demostrada siquiera de manera sumaria.*

*En este sentido, esta Corte ha indicado que el despido de una mujer en estado de embarazo coloca a la trabajadora en una situación propicia para la configuración de un perjuicio irremediable, "en tanto se ven afectados sus medios de subsistencia en condiciones dignas al perder su empleo, lo que le impide garantizar la adecuada gestación del recién nacido, satisfacerse ella y su familia en lo necesario sin lugar a dudas, amenazado su mínimo vital y el de su hijo, en la medida en que éste se encuentra constituido por "los requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y de su familia, no solamente en lo relativo a alimentación y vestuario sino en lo referente a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, en cuanto factores insustituibles para la preservación de una calidad de vida que, no obstante su modestia, corresponda a las exigencias más elementales del ser humano"<sup>4</sup>*

## **7. Argumentación fáctica probatoria.**

### **7.1 Hechos probados**

Que La accionante Mariangel Dau Guerra, estuvo vinculada laboralmente con el Municipio de San Fernando, Municipio de Bolívar, mediante Decreto No. 140701 – 001 de fecha 01 de julio de 2014, a través del cual se le hace nombramiento en cargo de libre nombramiento y remoción de la Secretaria de Planeación y Obras Públicas, del Municipio de San Fernando Bolívar (folio 11-14).

También es posible observar, que el 15 de noviembre de 2019, la accionante informó sobre su estado de embarazo al Dr. Felipe Turizo Lobo, en calidad de Alcalde Municipal de San Fernando Bolívar, para esa fecha y al Secretario General y de Gobierno de San Fernando Bolívar, para la época. (FI 14 – 23).

Se encuentra acreditado, la declaratoria de insubsistencia de la señora Mariangel Dau Guerra, con acto administrativo de fecha 20 de octubre de 2020, Resolución No. 20 10 20 001 (FI 24)

Que la tutelante es la madre de la menor Isabella Pérez Dau, nacida el 11 de junio de 2020, conforme con el Registro Civil de Nacimiento que obra a folio 25.

### **7.2 Caso en Concreto.**

En el caso de la referencia, la señora MARIANGEL DAU GUERRA, identificada con C.C. 1.051.669.998., quien se desempeñaba como Secretaria de Planeación y Obras Públicas del Municipio de San Fernando Bolívar, interpuso acción de tutela contra el Municipio de San Fernando, Municipio de Bolívar, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la Dignidad Humana, Mínimo Vital, y Estabilidad Laboral Reforzada, en su calidad de madre lactante. La accionante asegura que se le declaró insubsistente mediante acto administrativo de fecha 20 de octubre de 2020, sin motivo alguno, y que actualmente su bebe tiene 4 meses y se encuentra en periodo de lactancia, que al estar sin empleo no puede costear un cuidador mientras busca empleo, así pues, que se encuentra cobijada por el fuero de maternidad.

En virtud de lo anterior, pretende con la presente acción que se ordene el reintegro a su cargo y funciones como Secretaria de Planeación del Municipio de San Fernando Bolívar, se ordene el

<sup>4</sup> Corte Constitucional, Sentencia T – 667 de 2010.



**Radicado No. 13650-40-89-001-2020-00069-00**

pago de los salarios, prestaciones sociales dejadas de percibir desde el momento de su desvinculación hasta cuando se haga efectivo su reintegro y se paguen los aportes a la seguridad social (Salud, Pensión y riesgos laborales), desde la fecha de su desvinculación hasta su reintegro, además, pretende se le pague la suma equivalente a 60 días de salarios, como consecuencia del despido injusto, sin contar con el permiso del Ministerio de Trabajo.

Frente a estos hechos y pretensiones, indica el Municipio de San Fernando Bolívar, a través de su representante legal, señor Alcalde Jorge Luis Yepes Morales que efectivamente la accionante se encontraba vinculada con el Municipio, en el cargo de Libre Nombramiento y remoción, como Secretaria de Planeación del Municipio de San Fernando Bolívar, que la declaratoria de insubsistencia ocurrió el 20 de octubre de 2020, al considerarla procedente tratándose de un empleado de libre nombramiento y remoción, la cual, obedece a la facultad discrecional del nominador, puesto que se trata de cargos de dirección, confianza y manejo, concluye exponiendo que no existe violación de lo dispuesto en el Art. 239 CST, y que tampoco le es aplicable las reglas derivadas de la Sentencia SU – 070 de 2013, pues los 3 meses posteriores ocurrieron el 11 de octubre de 2020.

Corresponde entonces, resolver sí se configura o no, una violación de los derechos fundamentales aquí invocados, como es al Mínimo Vital, Seguridad Social y Estabilidad Laboral Reforzada de la señora MARIANGEL DAU GUERRA, como consecuencia de la decisión adoptada por el Municipio de San Fernando Bolívar, consistente en la declaratoria de insubsistencia, pese a encontrarse en periodo de lactancia.

Cabe reiterar que las mujeres en estado de embarazo gozan de estabilidad laboral reforzada durante la gestación y los 3 meses siguientes al parto, tan es así, que tienen derecho a reconocimiento y pago de una licencia de maternidad remunerada, entre otras garantías establecidas en el CST, en este sentido, este despacho hará extensiva la aplicación de las reglas explicadas en la Sentencia SU – 070 de 2013, con ánimo de determinar su viabilidad en el presente caso, en tal sentido, hay lugar a otorgar la protección derivada del fuero de maternidad, cuando se cumplen 2 condiciones:

- 1) **La existencia de una relación laboral o de prestación de servicios:** prerrogativa que se demuestra con el acta de posesión y decreto de nombramiento aportadas por la accionante (FI 11), a través de la cual se expone que la señora MARIANGEL DAU GEURRA, se vinculó con el Municipio de San Fernando Bolívar, desde el 01 de julio de 2014.
- 2) **Que la mujer se encontraba en estado de embarazo o dentro de los 3 meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación,** al momento de la desvinculación: Para este caso, expone la solicitante que teniendo en cuenta el periodo legal de licencia de maternidad, se reintegró al cargo, el 15 de octubre de 2020, a un ambiente de trabajo hostil, y que mediante acto administrativo de fecha 20 de octubre de 2020, se le declaró insubsistente sin motivo alguno, del cual, a folio 24 obra copia, es así como se puede inferir que las 18 semanas y/o inclusive, los 3 meses posteriores al parto de la señora accionante, culminaron el día 15 de octubre de 2020, día de su reintegro.

Lo anterior, quiere decir, que el acto administrativo de insubsistencia fue expedido por la autoridad accionada, finalizado el periodo legal de protección, que permitiría a este Juez de tutela concederle alguna de las garantías dispuestas por la jurisprudencia o la Ley en materia de estabilidad laboral reforzada, explicadas en acápites anteriores, para este caso en específico, el reintegro y pago de salarios y prestaciones dejados de percibir por la tutelante, como quiera que el empleador tuvo conocimiento de su estado, atendiendo las reglas expuestas en la jurisprudencia en referencia.

Ahora bien, sí atendemos lo expuesto por la Corte Constitucional en cuanto a que como quiera que la presunción de que la terminación del contrato se debió al estado de gravidez, únicamente se aplica durante el periodo de gestación y dentro de los 4 meses siguientes, y que en el segundo



**Radicado No. 13650-40-89-001-2020-00069-00**

trimestre permanece vigente la protección a la trabajadora lactante, cabe recordar que, es la misma Corte Constitucional la que ha dicho que para este momento se invierte la carga probatoria, prevista en el artículo 167 del CGP, esto es, le corresponde a la madre probar lo que alega, que las razones de su despido obedecen a su estado, circunstancias que en el caso sub examine, no fue probado.

Lo anterior, tampoco hace viable examen con respecto al permiso del Ministerio de Trabajo, a través de su inspector de trabajo o del Alcalde Municipal, en los lugares en donde no existe aquel funcionario, disposición de que trata el artículo 240 CST, norma que dispone como requisito de legalidad para el despido de una mujer embarazada o dentro de los 3 meses posteriores al parto, el permiso en referencia, siempre que la desvinculación ocurra durante el periodo de embarazo o los tres meses posteriores al parto, lo cual, no se encuentra acreditado en el presente caso, en consecuencia, tampoco encuentra viabilidad la pretensión de pago de 60 días de salario.

Ahora bien, teniendo en cuenta que los recursos requeridos para satisfacer el derecho al Mínimo Vital de una mujer gestante, son distintos a una que no esté en tal estado, debido a las cuestiones médicas y cuestiones básicas de su subsistencia, como por ejemplo su alimentación, incluso el mínimo vital de la mujer en estado de gravidez difiere de aquel que se configura cuando ésta ha dado a luz recientemente, puesto que en este último, las necesidades mínimas se incrementan e involucran las garantías concernientes a la protección del menor recién nacido.

Es la acción de tutela un mecanismo idóneo para reclamar la protección del mínimo vital de la mujer embarazada o en periodo de lactancia, cuando se trata de proteger al mínimo vital de la futura madre o del recién nacido, según lo expone la jurisprudencia en Sentencia T – 667 de 2010, pero es una regla que se refiere a aquellas mujeres cabeza de familia, ubicadas dentro de la franja de la población más pobre, discapacitadas o en general, con serias dificultades para insertarse nuevamente en el mercado laboral, para aquellas que los beneficios económicos que se desprende del contrato de trabajo son imprescindibles para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia, pues al ser desvinculada de su empleo no se halla en capacidad de garantizar la satisfacción de los bienes más básicos para sí misma, para el nacido o para los restantes miembros de su familia, no obstante, tal afectación debe ser demostrada siquiera de manera sumaria.

Bajo tal entendido, no es posible verificar con la solicitud de tutela, prueba alguna, si quiera sumaria que demuestre la afectación imperiosa del derecho al Mínimo Vital de la señora Mariangel y de su menor, nótese que a folio 25, milita copia de Registro Civil de Nacimiento de la menor Isabella Pérez Dau, registrada tanto por su madre, como por su padre, quien también ostenta el deber y obligación de gastos, aunque sean los básicos de su familia, y de Seguridad social, así pues, que ante la falta de prueba si quiera sumaria de la afectación del derecho al mínimo vital, no es posible ordenar amparo constitucional al respecto.

Finalmente, en virtud, de la improcedencia a la protección de estabilidad laboral reforzada, procurada por la tutelante, por cuanto no acaecieron las reglas legales y jurisprudenciales para su reconocimiento, y ante la falta material probatorio con respecto a la afectación del Mínimo Vital, no se examinará la falta de motivación del Acto Administrativo, Resolución No. 20 10 20 de 20 de octubre de 2020, por medio del cual *“Se declara insubsistente un nombramiento de libre nombramiento y remoción”*, de la señora Mariangel Dau Guerra, toda vez que, de generarse discusión al respecto de ese acto administrativo, bien puede, acudir al medio judicial idóneo para ello, ante la Jurisdicción de lo contencioso Administrativo.

## **8. CONCLUSIÓN**

Así las cosas, dadas todas las consideraciones expuestas anteriormente, amparadas en la Ley y la Jurisprudencia Constitucional, este despacho negará la tutela de los derechos fundamentales invocados por la accionante, señora Mariangel Dau Guerra.



Rama Judicial  
Consejo Superior de la Judicatura  
República de Colombia

**JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL DE SAN FERNANDO-BOLIVAR**

**Radicado No. 13650-40-89-001-2020-00069-00**

En mérito de lo expuesto el JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL DE SAN FERNANDO - BOL administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**FALLA**

**PRIMERO.- No Tutelar** los derechos fundamentales a la **DIGNIDAD HUMANA, MÍNIMO VITAL Y PROTECCIÓN DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA**, de la señora **MARÍANGEL DAU GUERRA**, identificada con C.C. No. 1.051.669.998 de Mompós, dentro de la presente acción de tutela interpuesta en contra del **MUNICIPIO DE SAN FERNANDO BOLIVAR**, Municipio de Bolívar, identificado con Nit. 8000371666, Representado Legalmente por el Alcalde Municipal, **Dr. JORGE LUIS YEPES MORALES**, dadas las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO:** Por Secretaría, de ser impugnado este fallo repórtese inmediatamente al Despacho. De no ser impugnado, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, al día siguiente al vencimiento del plazo para dicha impugnación. De igual modo, se verificará que todas las actuaciones surtidas, estén inscritas en el libro Radiador, desde su inicio hasta su definitivo archivo, al que deberá procederse en su oportunidad legal y se anotará la salida en el inventario proceso.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**JORGE LUIS NADJAR AMARIZ**  
**JUEZ**