

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA - Procedencia de la tutela. Derecho fundamental / MUJER EN ESTADO DE EMBARAZO – Protección especial

La Constitución Política, en el artículo 13, establece que el Estado debe velar por la protección especial de ciertos grupos de personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, como es el caso de las mujeres en estado de embarazo. Esta protección es concordante, además, con lo dispuesto en los artículos 43 y 53 superiores. (...) En aplicación de estos principios, la Constitución directamente protege la estabilidad en el empleo y la especial protección a la mujer en embarazo. La Corte Constitucional, en sentencia T-291 de 2005, reiteró que la estabilidad laboral reforzada es “un derecho fundamental, que se deriva del derecho fundamental a no ser discriminada por ocasión del embarazo y que implica una garantía real y efectiva de protección a favor de las trabajadoras en estado de gestación o de lactancia”. En consecuencia, por su especial situación, la mujer en embarazo ostenta una particular protección por parte del Estado. De acuerdo con lo anterior, la legislación colombiana ha reforzado la protección constitucional a la maternidad, con una serie de beneficios que amparan a las madres trabajadoras y ha consagrado la prohibición de despido por motivo de embarazo o lactancia.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 13 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 43 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 53 / CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO - ARTICULO 239

NOTA DE RELATORIA: Sobre la protección a la mujer embarazada: Corte Constitucional, sentencias T-549 de 2008, T-291 de 2005, T-1177 de 2003, T- 286 de 2003, T-778 de 2000, T-568 de 1996, C-710 de 1996, C-470 de 1997, C-373 de 1998, T-141 de 1993, T-497 de 1993, T-119 de 1997, T-606 de 1995, T-311 de 1996, T-426 de 1998, T-174 de 1999, T-315 de 1999, T-771 de 2000, T-778 de 2000, T-664 de 2001, T-1101 de 2001, T-167 de 2003 T-501 de 2004, T-063 de 2006. Sobre el tema, la Corte en sentencia C-470 de 1997.

MUJER EN ESTADO DE EMBARAZO – Procedencia de la tutela

La jurisprudencia de la Corte ha sido reiterativa en manifestar que, por regla general, la acción de tutela no es procedente para obtener el reintegro a un cargo por ineficacia del despido o una indemnización, toda vez que el mecanismo procesal adecuado es la demanda ante la jurisdicción ordinaria, en caso de empleados privados o trabajadores oficiales y, la acción contenciosa, ante la jurisdicción contencioso administrativa, para las empleadas públicas. No obstante, la jurisprudencia también ha sostenido que, si se alega que existe otro instrumento judicial, aquel debe ser idóneo y eficaz, de tal forma que permita la protección inmediata de los derechos fundamentales, en la misma forma que la acción de tutela. En esta medida, si una mujer en estado de embarazo es despedida, la Corte ha señalado que a fin de proteger el derecho constitucional a la estabilidad laboral reforzada, la acción de tutela procede siempre que se acrediten los siguientes requisitos: “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 (artículo 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. “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.”

NOTA DE RELATORIA: Sobre la procedencia de la tutela frente a las mujeres en estado de embarazo: Corte Constitucional, sentencias T-1236/04, T-063/06, T-381/06 y T-195/07 MP. Clara Inés Vargas Hernández. Acerca de estos requisitos pueden consultarse las Sentencias T-373/98, T-426/98, T-874/99; requisitos que han sido aplicados por la jurisprudencia de la Corte en las recientes Sentencias: T-002, T-014, T-053, T-063, T-070, T-381, T-619 y T-1040 de 2006 y las T-056, T-069, T-071, T-195, T-221, T-465, T-546, T-561 y T-761/07 de 2007. Sentencia T-1040/06. Sentencia T-1003/06.

MUJER EN ESTADO DE EMBARAZO - No es procedente la protección a la estabilidad laboral si el despido es consecuencia de una causal objetiva y relevante que lo justifique, y no de la gestación

Como se observa, la desvinculación del cargo que ostentaba la actora en Capresoca EPS-S no obedeció a algún tipo de discriminación por el estado de embarazo en que se encuentra, sino a una facultad legal otorgada a la Superintendencia Nacional de Salud, que le permitía la intervención de la EPS, por no acreditar el margen de solvencia requerido por el numeral 6 del artículo 180, en concordancia con el literal g) del artículo 4 del Decreto 3556 de 2008. Considera la Sala que uno de los requisitos para que opere la protección del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada no se cumple en este caso, esto es, que el despido sea una consecuencia del embarazo y que el despido no esté directamente relacionado con una causal objetiva y relevante que lo justifique, pues, como se observa, el despido no es consecuencia del embarazo y sí existe una justificación válida para la desvinculación de la actora. La Sala diverge del a quo, al considerar que en el sub examine es procedente reconocer el pago de los salarios dejados de percibir por la actora hasta el momento del parto, pues, el salario es una contraprestación que se paga como consecuencia de un servicio ejecutado, situación que no se presenta en este caso. Así mismo, no resulta consecuente que una entidad que se encuentra en estado de intervención administrativa, por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, tenga la carga de pagar esos salarios, pues la principal causa de la mencionada intervención es la falta de solvencia económica de la EPS. Adicionalmente, el Código Sustantivo del Trabajo, en los artículos 236 a 244, normas que por analogía son aplicables al caso concreto, no hacen alusión del pago de los salarios dejados de percibir como consecuencia de la desvinculación, máxime si no opera el reintegro de la mujer embarazada. Sin embargo, la Sala amparará el mínimo vital de la actora, pues no existe justificación válida para que el Agente Interventor de CAPRESOCA EPS no haya procedido al pago de las prestaciones sociales a que tiene derecho hasta el momento de su desvinculación, así como la correspondiente liquidación, omisión que no tiene justificación alguna en razón de la situación especial por la que atraviesa la demandante. Ahora bien, considera la Sala que, en aplicación analógica del numeral 3 del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, resulta procedente conceder a la actora una indemnización equivalente a 60 días de salario, dadas las circunstancias en que ocurrió la desvinculación, que correrán a cargo de CAPRESOCA EPS-S. Esto sin perjuicio de las demás indemnizaciones que el juez ordinario considere pertinente en el correspondiente proceso. En relación con la prestación del servicio de salud ordenado por el a quo, considera la Sala que no es procedente acceder a la pretensión de la actora, toda vez que al no encontrarse vinculada a la planta de personal de CAPRESOCA EPS, no es

procedente el pago de prestaciones sociales hasta el momento del parto, máxime si, como se advirtió, la desvinculación de la actora no obedeció al estado de embarazo en el que se encuentra.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

Bogotá D.C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil diez (2010).

Radicación número: 85001-23-31-000-2010-00097-01(AC)

Actor: MABEL CRISTINA MELO MORENO

Demandado: CAJA DE PREVISION SOCIAL DE CASANARE, CAPRESOCA EPS Y SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Procede la Sala a resolver la impugnación interpuesta por CAPRESOCA EPS contra la sentencia del 12 de agosto de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo del Casanare, que en la parte resolutive dispuso:

- “1. Amparar los derechos de la señora Mabel Cristina Melo Mora (sic) a la estabilidad reforzada de la mujer embarazada, a una vida digna, al mínimo vital, a la vida digna del que está por nacer.*
- 2. En consecuencia, ordenar a la entidad demandada, que dentro de las **48 horas siguientes a la notificación de este fallo**, como medida preventiva se reconozcan, liquiden y paguen las prestaciones sociales causadas hasta la fecha de la desvinculación, junto con el salario que le habría correspondido por el mes de julio del año en curso, en los términos indicados en la parte considerativa. Lo demás que se derive del acumulado causado hasta la fecha de esta sentencia se pagará dentro de los cinco (5) días siguientes a su ejecutoria; y lo que cause periódicamente hacia el futuro, por instalamentos vencidos como se indicó en la motivación.*
- 3. Ordenar a CAPRESOCA continuar pagando los aportes a la seguridad social en salud, tal como se estableció en los considerandos.*
- 4. Negar las indemnizaciones y demás pretensiones, por lo anteriormente expuesto.*
- 5. La entidad deberá informar a este Despacho tan pronto cumpla con las órdenes impartidas, allegando copia de la documentación correspondiente.*
- 6. La actora deberá allegar a este Tribunal copia de la demanda ante el juez competente, con la advertencia de que esta orden permanecerá vigente durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por la afectada. Esta acción deberá ejercerse por la actora en un término*

máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela, so pena de que cesen los efectos de esta.
(...)

I. ANTECEDENTES

A. Pretensiones

La actora formuló las pretensiones así:

“Solicito al Señor Juez, se tutelen como mecanismo transitorio los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada de mujer embarazada, a una vida digna, al mínimo vital, al de madre soltera cabeza de familia, a la vida de quien está por nacer y como consecuencia de ello, se ordene a la accionada que, dentro del término de cuarenta y ocho horas siguientes al fallo de tutela, procedan a cancelar a mi favor, la totalidad de las indemnizaciones a que tengo derecho, a saber, Ya (sic) que la entidad se encuentra intervenida por parte (sic) Super (sic) Intendencia Nacional de Salud Y SE HAN RATIFICADO en mantenerme separada del cargo, pese a mi avanzado estado de embarazo y la imposibilidad de laborar para responder económicamente con mi mamá (sic), mi hijo Víctor Manuel (sic) y el bebé (sic) que viene, es muy difícil Señor Juez cómo todas las personas a que acudo que me podría ayudar (sic) laboralmente me dicen que tengo que esperar; para mí es muy difícil la situación de impotencia en que me encuentro:

1. *Indemnización por despido en estado de embarazo, equivalente a sesenta días, los que ascienden a \$9.586.000*
2. *Indemnización por el periodo faltante de embarazo y que corresponde al periodo que le faltaba para el parto, es decir 196 días que ascienden a \$159.766,67 diarios para un total de \$31.314.266*
3. *Descanso remunerado y lactancia, equivalente a veinticuatro semanas, es decir seis meses, los que conforme al salario ascienden a la suma de \$28.758.000*
4. *Prestaciones Sociales por los periodos anteriores, es decir, el tiempo faltante de embarazo y descanso remunerado equivalente a 376 días, así:*
 - 4.1. *Cesantía $\frac{376 \times \$4.793.000,00}{360} = \$5.006.022$*
 - 4.2. *Prima de navidad $\frac{376 \times \$4.793.000,00}{360} = \$5.006.022$*
 - 4.3. *Vacaciones $\frac{376 \times \$4.793.000,00}{360} = \$5.006.022$*
5. *Aportes patronales para salud y pensión: teniendo en cuenta los valores por salarios dejados de percibir durante el periodo faltante de gestación y el de descanso remunerado los cuales ascienden a*

\$65.078.288,67 efectuadas las operaciones aritméticas, tenemos lo siguiente

5.1. *Aportes patronales para salud: \$65.078.288,67 60 X 8.5% = \$5.531.654*

5.2. *Aportes patronales para pensión: \$65.078.288,67 X 12% = \$ 7.809.394*

6. *prestaciones sociales año 2010 periodo laborado:*

6.1. *Cesantía $99 \times \frac{4.793.000,00}{360} = \$1.318.075$*

6.2. *Intereses a la cesantía $\frac{\$1.318.075 \times 3}{360} = \39.542*

6.3. *Prima de navidad $99 \times \frac{4.793.000,00}{360} = \$1.318.075$*

VALOR TOTAL: \$100.693.072”

Hechos

De los hechos narrados se advierten como relevantes los siguientes:

- Dice la actora que el Gobernador del Casanare, mediante Decreto 143 de 21 de agosto de 2009, la nombró en el cargo de Gerente de CAPRESOCA EPS-S.
- Que el día 3 de marzo de 2010, mediante escrito, comunicó a la Junta Directiva de CAPRESOCA EPS que se encontraba en estado de embarazo, con la correspondiente certificación. Que igual comunicación recibió el Señor Gobernador el día 5 de marzo de 2010.
- Que la Superintendencia Nacional de Salud, mediante Resolución 000528 de abril 7 de 2010, ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención administrativa para liquidar a CAPRESOCA EPS.
- Que en la misma resolución, ordenó la separación del cargo de Gerente a la actora y nombró como agente interventor de CAPRESOCA EPS al doctor Hernando Macías Aros.
- Que el 9 de abril de 2010, el doctor Macías tomó posesión de la EPS.
- Que al momento del retiro devengaba un salario de \$4'793.000,00 y contaba con 12 semanas de embarazo y le faltaban 28.
- Que desde el momento del embarazo perdió el apoyo de su familia y tiene bajo cuidado a su señora madre, que en la actualidad cuenta con 73 años de edad y a su hijo mayos, que tiene 9 años.

- Que tramitó una solicitud de conciliación ante la Procuraduría pero que la representante legal de la demandada se negó a conciliar.

C. Intervención de las autoridades demandadas

a. CAPRESOCA EPS

El doctor Hernando Macías Aros, Gerente Especial Designado por la Superintendencia Nacional de Salud en el proceso de toma de posesión de bienes, haberes y enseres e Intervención Forzosa Administrativa de la EPS CAPRESOCA, solicitó que se declarara la improcedencia de la acción de tutela.

Dijo que, en el caso concreto, es evidente que la causa del retiro no es el estado de embarazo de la accionante, en primer lugar, porque la desvinculación no obedece al ejercicio de una facultad patrono-laboral y, en segundo, porque lo que hubo fue una separación del cargo, en razón de que se requería de un administrador que representara a la Superintendencia y no a la Junta Directiva de la entidad, mientras se adelantaba el proceso de intervención.

Que, en consecuencia, queda desvirtuada de plano la presunción legal de que la separación del cargo obedeció al estado de gravidez, requisito esencial para la procedencia de la indemnización.

Sostuvo que la actora no notificó de su estado de embarazo a la Superintendencia Nacional de Salud, sino a la Junta Directiva de CAPRESOCA EPS, lo que es natural, porque aquella no es su patrono. Que, además, la medida de intervención se tomó por la situación de CAPRESOCA EPS, lo que sucede al margen de quien es su Gerente.

Por último, sostuvo que para la jurisprudencia el estado de embarazo no restringe la aplicación de las normas de contenido público cuando a ello haya lugar, lo que quiere decir que, en razón del estado de embarazo, la accionante no puede impedir que la Superintendencia Nacional de Salud ejerza sus funciones de inspección, vigilancia y control, en procura del mejoramiento de un derecho constitucional, como lo es el acceso a la salud.

b. Superintendencia Nacional de Salud

La Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia Nacional de Salud solicitó que se declarara improcedente la solicitud de tutela, toda vez que no se ha vulnerado derecho fundamental alguno a la actora, pues la actuación surtida por la Superintendencia está enmarcada dentro de las facultades y competencias de esa entidad.

Manifestó que es al Gobernador, como máxima autoridad en el Departamento, a quien corresponde adoptar las medidas pertinentes, con el fin de definir la situación laboral de la actora, una vez se inició la posesión de los bienes por parte de la Superintendencia.

Dijo que el propósito de la toma de posesión de las entidades sujetas a vigilancia y control de la Superintendencia Nacional de Salud no es otro que lograr el desarrollo de su objeto social, garantizando la adecuada prestación de los servicios de salud, con la designación, remoción y posesión de Agentes Especiales como interventores, liquidadores y contralores, pero que carece de competencia para pronunciarse sobre asuntos eminentemente laborales, como la vinculación o desvinculación de empleados.

En relación con el embarazo de la actora, adujo que la separación del cargo de la actora no obedeció a una discriminación de orden subjetivo, en la medida en que la separación del cargo no tuvo relación alguna con el estado de embarazo sino con el proceso de intervención de CAPRESOCA EPS, fundamentado en la Ley 510 de 1999.

c. Departamento del Casanare

El apoderado del Departamento del Casanare solicitó que se negaran las pretensiones de la tutela, en lo que respecta a esa entidad.

Dijo que la responsabilidad administrativa, derivada de la situación de la accionante, recae sobre la Superintendencia Nacional de Salud, así como también la atención médica de la actora, el pago de las prestaciones sociales y las indemnizaciones laborales.

Sostuvo que para la Gobernación no resulta comprensible el motivo por el que el Agente Liquidador de CAPRESOCA EPS no ha pagado las prestaciones sociales

de la accionante, omitiendo que el no pago oportuno acarrea un alto costo y un perjuicio económico para la entidad intervenida.

D. El fallo impugnado

El Tribunal Administrativo del Casanare, en fallo del 12 de agosto de 2010, accedió a las pretensiones de la actora y ordenó a CAPRESOCA EPS que reconociera, liquidara y pagara las prestaciones causadas hasta el momento de la desvinculación de la actora, así como los salarios causados y la seguridad social de la accionante, hasta el momento del parto.

Dijo que en el sub examine si bien se inició la intervención administrativa de CAPRESOCA EPS, lo cierto es que se debieron tomar las medidas necesarias para la protección de la estabilidad reforzada de la actora, por encontrarse en estado de embarazo.

Manifestó que la Superintendencia Nacional de Salud, en desarrollo de las actuaciones administrativas relacionadas con su competencia, debió tomar las medidas preventivas para garantizar la protección y los derechos constitucionales de los grupos de especial protección constitucional.

Que, sin embargo, la entidad que tiene el vínculo laboral con la actora es CAPRESOCA EPS, razón por la que es a ésta a quien corresponde el pago de la indemnización y las prestaciones sociales correspondientes.

- **Salvamento parcial de voto**

El Magistrado José Antonio Figueroa Burbano salvó parcialmente el voto, por considerar que no hay lugar a pagar salarios de ninguna índole a la actora, en razón de que el salario es una contraprestación por los servicios prestados y la demandante, desde la intervención administrativa de CAPRESOCA EPS, no ha prestado ningún servicio.

Además, sostuvo que no hay norma legal que autorice el pago de salarios o de indemnizaciones, en el caso sometido a consideración de la Sala y que, aunque debe protegerse a la accionante en razón de su maternidad, resulta oneroso para

una entidad que está en liquidación y en insolvencia que se ordene el pago de salarios desde la desvinculación, hasta el momento del parto.

Que, en consecuencia, en aplicación analógica del numeral 3 del artículo 35 de la Ley 50 de 1990, debió ordenarse el pago de 60 días de salario como indemnización, con lo que se atendía la solicitud de la demandante, en relación con ese punto.

E. La impugnación

El doctor Hernando Macías Aros, Gerente Especial Designado por la Superintendencia Nacional de Salud en el proceso de toma de posesión de bienes, haberes y enseres e Intervención Forzosa Administrativa de la EPS CAPRESOCA, solicitó que se revocara el fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Casanare, por carecer de fundamento.

Dijo que compartía la decisión del a quo, en cuanto ordenó el pago del salario del mes de julio de 2010 y el pago de las prestaciones sociales generadas en la relación laboral, toda vez que éstos sí reúnen los elementos de medida transitoria, mientras se acude al mecanismo procesal ordinario, pero que las otras condenas están lejos de ser consecuentes con una situación transitoria que es la que justifica la acción de tutela.

Reiteró que la decisión de desvinculación de la actora obedeció al ejercicio de de una facultad de inspección, vigilancia y control del Estado, que sirve de mecanismo de defensa para corregir situaciones irregulares que ponen en riesgo la prestación de un “*servicio-función*” esencial, que es la salud, y que afecta a un conglomerado social importante, como los usuarios y beneficiarios de la EPS.

Que, además, el ejercicio de esa facultad es una función traída por la ley y, que su causa, es la mala gestión de los administradores de la EPS, encontrándose entre ellos la accionante. Que, por esa razón, no se entiende como la demandante puede verse ampliamente beneficiada, máxime si tuvo injerencia directa en los hechos y omisiones que precisamente llevaron a la Superintendencia Nacional de Salud a ordenar el cese de la administración y tomar posesión de la entidad.

Indicó que coincide con el salvamento parcial de voto, en la medida en que no se entiende como se condena a la entidad al pago de unos salarios, si no media la reincorporación al empleo porque se hizo uso de una facultad legal y constitucional para separar a la representante legal.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política faculta a toda persona para reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, en los casos que así se autoriza.

En razón de su naturaleza subsidiaria, sólo procede cuando no existen otros medios de defensa judicial, o, en su defecto, siempre que ello sea necesario para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el que procederá como mecanismo transitorio de protección.

El fin que persigue la demandante, en este caso, con la acción de tutela, consiste en obtener la protección de los derechos fundamentales a la estabilidad reforzada de la mujer embarazada, a una vida digna, al mínimo vital, al de la madre soltera cabeza de familia y a la vida del que está por nacer, derechos que considera vulnerados por parte de CAPRESOCA EPS y la Superintendencia Nacional de Salud, en cuanto fue desvinculada del cargo de Gerente de la EPS en estado de embarazo, sin indemnización ni pago alguno.

Por su parte, las entidades accionadas manifiestan que la desvinculación de la actora del cargo de Gerente que ocupaba en CAPRESOCA EPS-S obedeció al proceso de intervención administrativa de la EPS y no al estado de embarazo de la accionante, razón por la que se deben negar las pretensiones de la tutela.

En primera instancia, el a quo, como mecanismo transitorio, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y ordenó el pago de los salarios causados con posterioridad a la desvinculación de la actora y hasta el momento del parto, así como el pago de la seguridad social, en razón de su estado de embarazo. También negó las indemnizaciones solicitadas por la actora, por considerar que

ese punto es competencia del juez que conocerá del proceso ordinario que deberá interponer la actora contra las entidades demandadas.

Bajo estos supuestos, corresponde a la Sala determinar si procede la acción de tutela, como mecanismo transitorio, frente a la decisión de desvinculación de la actora del cargo de Gerente de CAPRESOCA EPS, aún estando en estado de embarazo y, además, si por concepto de esa desvinculación procede el pago de los salarios y las prestaciones adeudadas y de algún tipo de indemnización.

Para el efecto, la Sala abordará los siguientes temas: (i) se hará recuento de los hechos probados en el presente caso; (ii); se estudiará la procedencia de la acción de tutela en los casos de estabilidad laboral reforzada y, por último, (iii) se analizará el caso concreto.

(i) De los hechos probados en el presente caso

En el expediente se encuentran probados los siguientes hechos:

- La señora Mabel Cristina Melo Moreno se encuentra en estado de embarazo intrauterino, con posible fecha de parto para el día 22 de octubre de 2010. (fl.64)
- Del hecho del embarazo, la actora comunicó a CAPRESOCA EPS y a la Gobernación del Casanare, los días 3 de marzo y 5 de abril de 2010, respectivamente, mediante oficio radicado en las dependencias de las entidades. (fl. 16)
- De la situación de la actora por causa del despido, dieron cuenta dos declaraciones extraoficio, firmadas por las señoras Nancy Paternina y María Josefa Pinzón. En dichas declaraciones se sostiene que la accionante es madre cabeza de familia, que se encuentra en estado de embarazo y que, además, sostiene económicamente a su madre. (fls. 42-43).
- Que la Superintendencia Nacional de Salud ordenó la intervención administrativa de CAPRESOCA EPS y, en consecuencia, la desvinculación del Gerente de la entidad. (fls. 96 a 121).
- Que la actora interpuso recurso de reposición contra la Resolución antes mencionada, en el que planteó que se encontraba en estado de embarazo y que, por tal razón, no podía ser desvinculada del cargo. (fls. 73-77).
- Que, mediante Resolución No. 848 del 1° de junio de 2010, la Superintendencia Nacional de Salud negó el recurso de reposición. (fls. 44-61).
- Que, de conformidad con el Estatuto Orgánico de CAPRESOCA EPS, el Gerente depende laboralmente de la junta directiva de la EPS-S. (fls. 169-181).

De conformidad con los hechos relacionados anteriormente, procede la Sala a decidir si existe la vulneración alegada por la demandante.

(ii) De la procedencia de la acción de tutela en los casos de estabilidad laboral reforzada.

La Constitución Política, en el artículo 13, establece que el Estado debe velar por la protección especial de ciertos grupos de personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, como es el caso de las mujeres en estado de embarazo. Esta protección es concordante, además, con lo dispuesto en los artículos 43 y 53 superiores.

De conformidad con lo previsto en el artículo 43 de la Constitución Nacional, la mujer y el hombre tendrán iguales derechos y oportunidades, pero adicionalmente, la citada norma Superior ordena una protección de carácter especial en favor de la mujer en estado de gravidez, en cuanto dispone 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”*. Esa protección se predica, por ejemplo, en el trabajo, en el que la mujer embarazada debe ser amparada por la sociedad y el Estado, en procura de garantizar que la vida del que se está gestando pueda a su vez desarrollarse plenamente bajo el amparo de su progenitora. Así mismo, la disposición señala que es deber del Estado apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia.

De igual forma, la efectividad del ejercicio del derecho al trabajo está sometida al cumplimiento de unos principios mínimos fundamentales establecidos en el artículo 53 de la Carta Política.

De acuerdo con este artículo, los principios fundamentales que rigen las relaciones laborales son: *igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía de la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; **protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.***

En aplicación de estos principios, la Constitución directamente protege la estabilidad en el empleo y la especial protección a la mujer en embarazo¹.(negritas fuera de texto).

La Corte Constitucional, en sentencia T-291 de 2005², reiteró que la estabilidad laboral reforzada es *“un derecho fundamental³, que se deriva del derecho fundamental a no ser discriminada por ocasión del embarazo⁴ y que implica una garantía real y efectiva de protección a favor de las trabajadoras en estado de gestación o de lactancia⁵”*. En consecuencia, por su especial situación, la mujer en embarazo ostenta una particular protección por parte del Estado.

Sobre el tema, la Corte en sentencia C-470 de 1997⁶, consideró:

“ ... la mujer embarazada tiene un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, pues una de las manifestaciones mas 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 sexos, si no existe una protección reforzada a la estabilidad laboral de la mujer embarazada”.

De acuerdo con lo anterior, la legislación colombiana ha reforzado la protección constitucional a la maternidad, con una serie de beneficios que amparan a las madres trabajadoras y ha consagrado la prohibición de despido por motivo de embarazo o lactancia⁷.

De igual forma, la Corte ha sido enfática en señalar que *“en tanto exista una relación laboral, cualquiera que ella sea, es predicable de la mujer embarazada el*

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-549 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

² M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

³ Posición reiterada por la Corte Constitucional en las sentencias T-1177 y T- 286 de 2003.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-778 de 2000, MP. Alejandro Martínez Caballero. Esta sentencia ha sido reiterada, entre otras sentencias, en las siguientes: T-568 de 1996, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-710 de 1996, MP. Jorge Arango Mejía; C-470 de 1997, MP. Alejandro Martínez Caballero; C-373 de 1998, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-141 de 1993, MP. Vladimiro Naranjo Mesa; T-497 de 1993, MP. Fabio Morón Díaz; T-119 de 1997, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-606 de 1995, MP. Fabio Morón Díaz; T-311 de 1996, MP. José Gregorio Hernández Galindo; T-426 de 1998, MP. Alejandro Martínez Caballero; T-174 de 1999, MP. Alfredo Beltrán Sierra y T-315 de 1999, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-771 de 2000, MP Alejandro Martínez Caballero, T-778 de 2000, MP Alejandro Martínez Caballero, T-664 de 2001, MP Jaime Araujo Rentaría, T-1101 de 2001, MP Manuel José Cepeda Espinosa, T-167 de 2003 MP Manuel José Cepeda, T-501 de 2004, MP Clara Inés Vargas Hernández, T-063 de 2006, MP Clara Inés Vargas Hernández.

⁵ Sentencia T-373 de 1998, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁶ M.P. Alejandro Martínez Caballero

⁷ Artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo. Modificado por el artículo 35 Ley 50 de 1990.

derecho a una estabilidad laboral reforzada, como una consecuencia del principio de igualdad, y por ende, su relación laboral no puede quedar ni suspendida ni anulada al punto de que se afecte su condición de mujer en estado de embarazo, toda vez que al margen del tipo de relación laboral que este operando, durante el período de embarazo la mujer es acreedora de un derecho especial de asistencia y estabilidad reforzada, que obliga, en el evento de ser despedida, a apelar a una presunción de despido por discriminación en razón del embarazo, siendo el empleador quien asuma la carga de la prueba que sustente el factor objetivo que le permita su despido de manera legal”⁸.

La jurisprudencia de la Corte ha sido reiterativa en manifestar que, por regla general, la acción de tutela no es procedente para obtener el reintegro a un cargo por ineficacia del despido o una indemnizaciones, toda vez que el mecanismo procesal adecuado es la demanda ante la jurisdicción ordinaria, en caso de empleados privados o trabajadores oficiales y, la acción contenciosa, ante la jurisdicción contencioso administrativa, para las empleadas públicas.

No obstante, la jurisprudencia también ha sostenido⁹ que, si se alega que existe otro instrumento judicial, aquel debe ser idóneo y eficaz, de tal forma que permita la protección inmediata de los derechos fundamentales, en la misma forma que la acción de tutela.

En esta medida, si una mujer en estado de embarazo es despedida, la Corte ha señalado que a fin de proteger el derecho constitucional a la estabilidad laboral reforzada, la acción de tutela procede siempre que se acrediten los siguientes requisitos:

“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 (artículo 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.

⁸ Ver las sentencias T-873 de 2005, MP. Manuel José Cepeda Espinosa, T-889 de 2005, MP. Jaime Araujo Rentería, T-862 de 2003, MP. Jaime Araujo Rentería, T-550 de 2004, MP, Manuel José Cepeda Espinosa.

⁹ Al respecto confróntense las Sentencias T-1236/04, T-063/06, T-381/06 y T-195/07 MP. Clara Inés Vargas Hernández.

“ 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.

“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. ¹⁰”

En suma, para que proceda la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos de la mujer embarazada, es necesario que se cumplan las condiciones descritas anteriormente, con el fin de determinar, si el despido tiene una relación directa con el embarazo y si se configura un acto discriminatorio injusto, que tiene como consecuencia la aplicación de la presunción de despido en razón del embarazo, con la consecuente ineficacia del mismo y la posibilidad de obtener el reintegro la mujer afectada¹¹.

Además, la jurisprudencia también ha señalado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada se predica en cualquier relación laboral sin importar su clase e independientemente de que el patrono sea público o privado, pues lo que se busca es asegurar al trabajador que su vínculo no se romperá de manera abrupta y, por tanto, su sustento y el de su familia no se verá comprometido por una decisión arbitraria del empleador.¹²

(iii) Del caso concreto

La señora Mabel Cristina Melo Moreno ocupaba el cargo de Gerente de CAPRESOCA EPS, Entidad Promotora del Salud del Régimen Subsidiado. Dicho cargo era ejercido por la actora, en razón de la nominación hecha por el Gobernador del Casanare y la elección de la Junta Directiva de la EPS.

En ejercicio de sus atribuciones legales, la Superintendencia Nacional de Salud revocó el certificado de habilitación para la operación y administración del régimen subsidiado de salud, otorgado a CAPRESOCA EPS-S y nombró como Agente Interventor al doctor Hernando Macías Aros, que en lo sucesivo, desplazaría al

¹⁰ Acerca de estos requisitos pueden consultarse las Sentencias T-373/98, T-426/98, T-874/99; requisitos que han sido aplicados por la jurisprudencia de la Corte en las recientes Sentencias: T-002, T-014, T-053, T-063, T-070, T-381, T-619 y T-1040 de 2006 y las T-056, T-069, T-071, T-195, T-221, T-465, T-546, T-561 y T-761/07 de 2007.

¹¹ Sentencia T-1040/06.

¹² Sentencia T-1003/06.

Gerente de la EPS en sus funciones y tendría la guarda y administración de los bienes de la entidad y el cumplimiento de los deberes y facultades otorgados por la Ley a la misma.

Como se observa, la desvinculación del cargo que ostentaba la actora en CAPRESOCA EPS-S no obedeció a algún tipo de discriminación por el estado de embarazo en que se encuentra, sino a una facultad legal otorgada a la Superintendencia Nacional de Salud, que le permitía la intervención de la EPS, por no acreditar el margen de solvencia requerido por el numeral 6 del artículo 180, en concordancia con el literal g) del artículo 4 del Decreto 3556 de 2008.

Considera la Sala que uno de los requisitos para que opere la protección del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada no se cumple en este caso, esto es, *que el despido sea una consecuencia del embarazo y que el despido no esté directamente relacionado con una causal objetiva y relevante que lo justifique*, pues, como se observa, el despido no es consecuencia del embarazo y sí existe una justificación válida para la desvinculación de la actora.

La Sala diverge del a quo, al considerar que en el sub examine es procedente reconocer el pago de los salarios dejados de percibir por la actora hasta el momento del parto, pues, como se dijo en el salvamento parcial de voto, el salario es una contraprestación que se paga como consecuencia de un servicio ejecutado, situación que no se presenta en este caso. Así mismo, no resulta consecuente que una entidad que se encuentra en estado de intervención administrativa, por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, tenga la carga de pagar esos salarios, pues la principal causa de la mencionada intervención es la falta de solvencia económica de la EPS.

Adicionalmente, el Código Sustantivo del Trabajo, en los artículos 236 a 244, normas que por analogía son aplicables al caso concreto, no hacen alusión del pago de los salarios dejados de percibir como consecuencia de la desvinculación, máxime si no opera el reintegro de la mujer embarazada.

Sin embargo, la Sala amparará el mínimo vital de la actora, pues no existe justificación válida para que el Agente Interventor de CAPRESOCA EPS no haya procedido al pago de las prestaciones sociales a que tiene derecho hasta el momento de su desvinculación, así como la correspondiente liquidación, omisión

que no tiene justificación alguna en razón de la situación especial por la que atraviesa la demandante.

Ahora bien, considera la Sala que, en aplicación analógica del numeral 3 del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, resulta procedente conceder a la actora una indemnización equivalente a 60 días de salario, dadas las circunstancias en que ocurrió la desvinculación, que correrán a cargo de CAPRESOCA EPS-S. Esto sin perjuicio de las demás indemnizaciones que el juez ordinario considere pertinente en el correspondiente proceso.

En relación con la prestación del servicio de salud ordenado por el a quo, considera la Sala que no es procedente acceder a la pretensión de la actora, toda vez que al no encontrarse vinculada a la planta de personal de CAPRESOCA EPS, no es procedente el pago de prestaciones sociales hasta el momento del parto, máxime si, como se advirtió, la desvinculación de la actora no obedeció al estado de embarazo en el que se encuentra.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

III. FALLA

MODIFÍCASE el fallo del 12 de agosto de 2010 proferido por el Tribunal Administrativo del Casanare, que quedará así:

1. **AMPÁRASE** el derecho fundamental al mínimo vital de la señora Mabel Melo Moreno.
2. **ORDÉNASE** al Agente Especial Designado por la Superintendencia Nacional de Salud, en el proceso de toma de posesión de bienes, haberes y enseres e Intervención Forzosa Administrativa de CAPRESOCA EPS-S, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contados a partir de la notificación del presente fallo de tutela, reconozca, liquide y pague a la actora las prestaciones sociales causadas hasta la fecha de la desvinculación, con el mes de julio del año en curso, así como una indemnización correspondiente a 60 días de salario, de conformidad con el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo.
3. **DENIÉGANSE** las demás pretensiones de la demanda.

Envíese el expediente a la Corte Constitucional para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

La anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

**MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA HUGO FERNANDO BASTIDAS
BÁRCENAS**

Presidente de la Sección

WILLIAM GIRALDO GIRALDO CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ