

Sentencia T-499A/17



Referencia: Expediente T-5.931.239

Asunto: Acción de tutela instaurada por la señora Clara Inés Sierra Bedoya contra la Gobernación de Antioquia

Magistrado Ponente:
LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá DC., cuatro (4) de agosto de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo de tutela adoptado por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Oralidad de Medellín, en única instancia, correspondiente al trámite de la acción de amparo constitucional impetrada por la señora Clara Inés Sierra Bedoya contra la Gobernación de Antioquia.

I. ANTECEDENTES

1.1. Hechos relevantes

1.1.1. El 5 de noviembre de 2013, la accionante fue nombrada para un “empleo temporal” en el cargo de profesional universitario código 219, grado 03, en la Secretaría de Minas de la Gobernación de Antioquia. Dicho nombramiento se fijó inicialmente hasta el 31 de diciembre de 2013, siendo prorrogado en varias ocasiones. La última prórroga se extendió hasta el 18 de junio de 2016.

1.1.2. En abril de 2015, la señora Sierra Bedoya y su esposo iniciaron un proceso de adopción ante el ICBF. Dicha entidad les comunicó la aprobación de su solicitud al año siguiente, esto es, el 25 de abril de 2016, razón por la cual se produjo su inclusión en una lista de espera para la asignación de una niña.

1.1.3. Al día siguiente¹, la peticionaria le comunicó a la Directora de Personal de la Secretaría de Gestión Humana y Desarrollo Organizacional de la Gobernación de Antioquia que se encontraba en trámite de adopción de una menor de edad, con el fin de que se asimilara su situación a la de una mujer en estado de embarazo y se le protegiera con las mismas prerrogativas.

1.1.4. El 13 de junio de 2016, la Directora de Personal de la Gobernación de Antioquia dio respuesta a la comunicación formulada, en el sentido de señalar que no cabía otorgar la protección que se reclamaba, toda vez que la niña que se pretendía adoptar no había sido oficialmente entregada.

1.1.5. El 16 de junio de 2016, el ICBF comunicó oficialmente a la accionante y a su esposo la asignación y dispuso que la niña sería entregada a la familia el siguiente 19 de julio. La anterior situación fue puesta en conocimiento de la Directora de Personal de la entidad demandada, en la misma fecha.

1.1.6. Finalmente, el 18 de junio de 2016, la prórroga del nombramiento de la accionante llegó a su fin y fue desvinculada de su trabajo en la Gobernación de Antioquia.

1.2. Solicitud de amparo constitucional

Con fundamento en los hechos descritos, la accionante instauró la presente acción de tutela contra la Gobernación de Antioquia y solicitó que se amparen sus derechos a la igualdad y a la estabilidad laboral reforzada como madre adoptante frente a las madres biológicas y, en consecuencia, se ordene a la accionada reintegrarla a su cargo y reconocerle la licencia de maternidad respectiva.

1.3. Contestación de la demanda

En escrito del 29 de junio de 2016, el Secretario de Gestión Humana y Desarrollo Organizacional de la Gobernación de Antioquia dio contestación a la acción de tutela y solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda. Al respecto, argumentó que, en ese momento, la actora no tenía la calidad de madre adoptante, pues no había sido entregada la niña, de ahí que su situación no cabía en el supuesto fáctico del numeral 4 del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, en el que se extienden los beneficios de las madres biológicas a las adoptantes². Puntualmente, manifestó que la desvinculación obedeció al vencimiento del nombramiento que tenía carácter temporal.

1.4. Pruebas relevantes aportadas al proceso

¹ El 26 de abril de 2016.

² “*Artículo 236. Descanso remunerado en la época del parto. (...) 4. Todas las provisiones y garantías establecidas en el presente capítulo para la madre biológica se hacen extensivas, en los mismos términos y en cuanto fuere procedente, para la madre adoptante asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se adopta (...)*”

- Acta de posesión de la señora Clara Inés Sierra Bedoya como Profesional Universitario en la Secretaría de Minas de la Gobernación de Antioquia con efectos desde el 5 de noviembre de 2013.
- Comunicación de la Directora de Personal de la Gobernación de Antioquia a la accionante, con fecha del 18 de abril de 2016, en la que se le comunica de la prórroga de su nombramiento hasta el 18 de junio del año en cita.
- Oficio del ICBF a la accionante y a su esposo del 25 de abril de 2016, en el que les informa que han sido considerados aptos como madre y padre adoptantes.
- Comunicación de la accionante a la Directora de Personal de la Gobernación de Antioquia, con fecha del 26 de abril de 2016, en la que manifiesta que se encuentra en trámites para adoptar.
- Comunicación del 13 de junio de 2016 de la Directora de Personal de la Gobernación de Antioquia a la accionante, por medio de la cual responde a su solicitud de protección por fuero de maternidad, en los términos expuestos en el acápite de hechos.
- Oficio del ICBF a la accionante y a su esposo, con fecha del 16 de junio de 2016, en el que no solo les comunica que se aprobó su adopción respecto de una niña, sino que también fija la fecha para su respectivo encuentro.
- Comunicación de la accionante a la Directora de Personal de la Gobernación de Antioquia del mismo 16 de junio de 2016, en el que informa que el ICBF programó el encuentro con la niña para el día 19 de julio del año en cita.

II. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN

2.1. Única instancia

Por medio de sentencia del 8 de julio de 2016, el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Oralidad de Medellín decidió negar el amparo solicitado, al considerar que, en la medida en que no se había producido la entrega de la niña durante la vigencia del vínculo laboral, la accionante no alcanzó la calidad de madre adoptante y, por ende, no era dable extenderle la protección del fuero de maternidad. Añadió que la terminación del vínculo laboral no obedeció al proceso de adopción que inició la peticionaria, sino al carácter temporal de dicho vínculo.

III. REVISIÓN POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

3.1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la decisión proferida en la acción de tutela de la referencia, con fundamento en lo previsto en los artículos 86 y

241.9 de la Constitución Política³. El expediente fue seleccionado por medio de Auto del 14 de diciembre de 2016 proferido por la Sala de Selección Número Doce.

3.2. Actuaciones en sede de revisión

3.2.1. En Auto del 14 de marzo de 2017 se dispuso que, por Secretaría General de esta Corporación, se librara oficio a la Dirección de Personal de la Gobernación de Antioquia para que remitiera información sobre el vínculo laboral que existió entre la accionante y dicha entidad. A continuación, se relacionan los cuestionamientos hechos y la respuesta enviada por la entidad frente a cada uno de ellos⁴:

- ***Copia de los actos administrativos a través de los cuales se nombró a la señora Clara Inés Sierra Bedoya en dicha entidad, desde el año 2013 hasta la fecha de su última vinculación***

En este punto, la entidad resaltó que la accionante siempre se desempeñó en el mismo cargo, el cual tenía carácter temporal, según lo establecido en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004⁵. Sobre los actos administrativos a través de los cuales se nombró a la actora, reseñó y adjuntó los siguientes documentos:

ACTO ADMINISTRATIVO	ASUNTO
---------------------	--------

³ Las normas en cita disponen que: “**Artículo 86.** (...) Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, (...) la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales (...). La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. (...)”. “**Artículo 241.** A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: (...) **9.** Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales”.

⁴ En escrito fechado el 31 de marzo de 2017, la Secretaría de Gestión Humana y Desarrollo Organizacional de la Gobernación de Antioquia dio respuesta al requerimiento realizado por la Corte.

⁵ “**Artículo 21. Empleos de carácter temporal.** // **1.** De acuerdo con sus necesidades, los organismos y entidades a los cuales se les aplica la presente ley, podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio. Su creación deberá responder a una de las siguientes condiciones: // a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración; // b) Desarrollar programas o proyectos de duración determinada; // c) Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales; // d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución. // **2.** La justificación para la creación de empleos de carácter temporal deberá contener la motivación técnica para cada caso, así como la apropiación y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales. // **3.** El ingreso a estos empleos se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente, sin que dichos nombramientos ocasionen el retiro de dichas listas. De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos. // **4.** <Numeral adicionado por el artículo 6 del Decreto Ley 894 de 2017> El nombramiento en los empleos temporales se efectuará mediante acto administrativo en el que se indicará el término de su duración, al vencimiento del cual quien lo ocupe quedará retirado del servicio automáticamente. Sin embargo, antes de cumplirse dicho término, el nominador en ejercicio de la facultad nominadora podrá declarar la insubsistencia del nombramiento, cuando el servidor no cumpla las metas del proyecto o actividades que dieron lugar a la creación de los mismos, de acuerdo con la evaluación que se establezca para el efecto y mediante acto administrativo motivado; o darlo por terminado, cuando no se cuente con las disponibilidades y apropiaciones para financiar el empleo de carácter temporal, como consecuencia de los ajustes a los montos aprobados para su financiación. // De igual manera, el retiro del servicio de los empleados temporales se podrá efectuar por las causales consagradas en los literales d), h), i), j), k), m) y n) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004.”

Decreto 4792 del 5 de noviembre de 2013	Nombramiento de la señora Clara Inés Sierra Bedoya como Profesional Universitario código 219, grado 03, desde su posesión hasta el 31 de diciembre del 2013.
Decreto 4923 del 8 de noviembre de 2013	Prórroga del nombramiento en el mismo cargo hasta el 31 de diciembre de 2014 ⁶ .
Decreto 4131 del 30 de diciembre de 2014	Prórroga del nombramiento en el mismo cargo hasta el 30 de noviembre del 2015.
Decreto 3987 del 23 de noviembre de 2015	Prórroga del nombramiento en el mismo cargo hasta el 20 de diciembre de 2015.
Decreto 4519 del 18 de diciembre de 2015	Prórroga del nombramiento en el mismo cargo hasta el 31 de diciembre de 2015.
Decreto 4813 del 30 de diciembre de 2015	Prórroga del nombramiento en el mismo cargo hasta el 31 de marzo de 2016.
Decreto 219 del 29 de enero de 2016	Prórroga del nombramiento en el mismo cargo hasta el 18 de abril de 2016.
Decreto 1658 del 18 de abril de 2016	Prórroga del nombramiento en el mismo cargo hasta el 18 de junio de 2016.

- ***Manual de funciones relacionadas con el cargo, el código y el grado que desempeñó la señora Clara Inés Sierra Bedoya***

Frente a este requerimiento, la entidad anexó el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales del cargo denominado Profesional Universitario Código 2019, grado 03, asignado a la dirección de Fiscalización Minera de la Secretaría de Minas de la Gobernación de Antioquia, en el cual se lee como propósito principal “*tramitar todos los asuntos jurídicos relacionados con el tema ambiental que le competen a la Secretaría, así como todos los demás actos administrativos, asegurando que se cumplan las normas, condiciones y procedimientos vigentes, que apunten al logro de las metas de la dependencia*”.

⁶ Si bien dentro de la relación de personas a quienes se les prorrogó el empleo temporal mediante el Decreto 4923 de 2013, no se señala el año de la fecha hasta la que se prorrogan los nombramientos, existen razones para considerar que dicha prórroga, en el caso de la señora Sierra Bedoya, fue hasta el 31 de diciembre de 2014, teniendo en cuenta que: (i) en el Decreto 4792 del 5 de noviembre de 2013 (anterior) se nombró a la accionante en el cargo temporal hasta el 31 de diciembre del 2013; (ii) el Decreto 4923 es posterior al 4792 y en su parte considerativa alude a decretos que “*prorrogaron los empleos de carácter temporal creados hasta el año de 2014*”; y, finalmente (iii) tanto la accionante como la entidad accionada afirmaron en el proceso de tutela que el nombramiento de la señora Sierra Bedoya se produjo desde el 5 de noviembre de 2013 prorrogándose hasta el 18 de junio de 2016.

- ***Indicar las razones por las cuales se dio por terminada la relación laboral entre la señora Clara Inés Sierra Bedoya y la Gobernación de Antioquia***

Sobre las razones de la desvinculación señaló que “*la terminación de la relación laboral obedeció al vencimiento del termino (sic) para el cual fue creado el empleo, en cumplimiento de las normas que así lo disponen para los empleos de carácter temporal o transitorio*”. Adicionó que la terminación del vínculo fue comunicada a la accionante el 18 de abril de 2016, antes de que la entidad conociera que la trabajadora se encontraba en proceso de adopción.

Manifestó que el período de gestación no puede equipararse al trámite de adopción, porque este último se puede prolongar por un término incierto y generalmente mayor al de la gestación. Además, consideró pertinente aportar el formulario único de declaración de bienes y rentas que la actora presentó en los años 2014, 2015 y 2016.

3.2.2. En el mismo Auto del 14 de marzo de 2017, se dispuso que, por Secretaría General de esta Corporación, se librara oficio a la señora Sierra Bedoya para que respondiera un cuestionario relacionado con su situación socioeconómica. A continuación, se relacionan los requerimientos hechos y la respuesta enviada por la accionante frente a cada uno de ellos⁷ :

- ***De qué actividad deriva su sustento económico y en qué consiste***

Sobre el particular, señala que en la actualidad tiene un contrato de prestación de servicios con el Área Metropolitana del Valle de Aburrá por un valor total de \$ 55.594.000 pesos, durante un término de 11 meses.

- ***De cuántas personas se compone su núcleo familiar, a qué se dedican y de qué forma se proveen sus necesidades básicas***

Al respecto, manifestó que su familia se compone, además de ella, por su esposo, su hijo de 3 años y su hija de 13 meses ambos adoptados. Señaló que su esposo es catedrático de la Universidad de Medellín, siendo ella el principal soporte económico de la familia.

Adicionalmente, sostuvo que después de la fecha de entrega de la niña debió gastar sus ahorros y su liquidación para proveer el sustento de la familia y que no pudo gozar de su licencia de maternidad porque, ante la necesidad de un ingreso, debió volver a trabajar en septiembre de 2016.

- ***A cuánto equivalen sus gastos mensuales por concepto de manutención, vivienda, transporte, salud, etc.***

⁷ En escrito fechado el 28 de marzo de 2017, la accionante dio respuesta al requerimiento.

Sobre sus gastos refirió que ascienden a un total de \$ 4.298.332 pesos mensuales, incluyendo servicios, cuotas de administración, colegios, entre otros.

- Qué enfermedades padecen usted y su núcleo familiar, y qué limitaciones les generan

Al respecto, señaló que no sufren de ninguna enfermedad.

3.2.3. En Auto del 26 de abril de 2017, se ordenó que, por Secretaría General de esta Corporación, se pusieran a disposición de las partes las pruebas recolectadas, por un término de tres días hábiles. Además, se consideró necesario vincular al proceso a la EPS Cafesalud.

La Secretaría de esta Corporación informó al despacho que la comunicación enviada a la citada EPS fue devuelta por la oficina de correo, razón por la que, mediante Auto del 30 de mayo de 2017, se resolvió enviar nuevamente la documentación, a través de una dirección electrónica, sin haber obtenido ninguna respuesta.

3.3. Problema jurídico y esquema de resolución

A partir de las circunstancias que dieron lugar al ejercicio de la acción de tutela y de la decisión adoptada por el respectivo juez de instancia, este Tribunal debe determinar si se configura una vulneración de los derechos a la estabilidad laboral reforzada por motivo de maternidad, a la seguridad social y al mínimo vital, en condiciones de igualdad, de la señora Clara Inés Sierra Bedoya, como consecuencia de la decisión adoptada por la Gobernación de Antioquia, consistente en no prorrogar su nombramiento, pese a encontrarse en proceso de adopción y de tener una fecha cierta de entrega de la niña.

Con miras a dar respuesta al problema jurídico planteado, esta Sala verificará, inicialmente, (i) si se dan los supuestos que ha establecido la jurisprudencia constitucional para que proceda de forma excepcional la acción de tutela, con miras a solicitar el reconocimiento de los derechos a la estabilidad reforzada y a la licencia de maternidad, que se derivan de la protección que se otorga a las mujeres en el ámbito del trabajo. Tan solo bajo la hipótesis de que se haya constatado la procedibilidad formal del amparo constitucional, se continuará con el estudio de (ii) los fundamentos normativos y jurisprudenciales de la protección laboral reforzada de las mujeres embarazadas o en período de lactancia y su extensión a las madres adoptantes en virtud del principio de igualdad; luego de lo cual, (iii) se expondrán los referentes normativos y jurisprudenciales de los empleos temporales en el sector público y el alcance de las medidas de protección a la maternidad en el ámbito del desempeño laboral a cargo del Estado. Finalmente, con base en el estudio de los asuntos propuestos, (iv) se procederá con la resolución del caso concreto.

3.4. Procedencia excepcional de la acción de tutela para solicitar la protección reforzada de la maternidad en el ámbito del trabajo

3.4.1. De entrada, advierte la Sala que, en esta ocasión, el caso no presenta mayores dificultades en relación con la observancia de la mayoría de los requisitos de procedencia de la acción de tutela, como lo son, (i) la legitimación por activa, (ii) la legitimación por pasiva (iii) y la inmediatez⁸. Por ello, a continuación, se detendrá en el análisis de cumplimiento del faltante requisito de procedencia vinculado con el carácter excepcional de la acción de tutela.

3.4.2. Sobre el particular, es preciso señalar que la citada acción se encuentra concebida como un mecanismo ágil y sumario para la protección judicial de los derechos fundamentales (CP art. 86), que solo está llamada a proceder cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, ello analizado tanto desde la perspectiva formal de su existencia, como desde la órbita material de su idoneidad y celeridad para brindar un amparo efectivo, pues se entiende que –por regla general– todos los jueces de la República, en el ámbito de los asuntos y materias a su cargo, están investidos de autoridad para asegurar su protección. Este mandato ha sido identificado por la jurisprudencia como *principio de subsidiariedad*, cuyo propósito es el de preservar el reparto de competencias atribuido por la Constitución y la ley a las diferentes autoridades judiciales, en desarrollo de los principios de autonomía e independencia de la actividad judicial⁹.

Precisamente, a nivel normativo, el artículo 86 Superior establece que “[e]sta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”. De igual forma, el Decreto 2591 de 1991, “por el cual se reglamenta la acción de tutela”, dispone en el artículo 6 que la misma no procederá “cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales”. Esto significa que, como mandato general, la acción de tutela no es procedente cuando quien la interpone cuenta con otra vía de defensa judicial para ventilar el asunto y lograr su protección.

Ahora bien, en concordancia con el artículo 86 de la Constitución, el mismo artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 establece dos excepciones a la regla general de improcedencia. La primera de ellas, consignada igualmente en el mencionado artículo Superior¹⁰, hace referencia a que la acción de tutela

⁸ De conformidad con el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, el requisito relacionado con la *legitimación por activa* se encuentra acreditado, ya que la accionante es una persona natural y al mismo tiempo es a quien presuntamente se le están vulnerando sus derechos. Por otra parte, en cuanto a la *legitimación por pasiva*, se advierte que la acción se interpone en contra de una autoridad pública, esto es, la Gobernación de Antioquia, quien fue el empleador de la accionante, de manera que la entidad demandada tiene la condición de ser sujeto pasivo de la acción de tutela, en los términos del artículo 86 del Texto Superior. Y, en lo que respecta a la inmediatez, se observa que la accionante interpuso la acción de tutela el día 24 de junio de 2016, momento para el cual habían transcurrido solo seis días desde la desvinculación que originó la solicitud de amparo y restaban 25 días para la entrega a la familia de la niña que sería adoptada, término que resulta razonable y ajustado al carácter urgente e inminente de la acción.

⁹ En la Sentencia T-723 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, se resaltó que el mecanismo de la tutela “procede de manera excepcional para el amparo de los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto se parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios para asegurar su protección”. Véanse, entre otras, las Sentencias T-336 de 2009, T-436 de 2009, T-785 de 2009, T-799 de 2009, T-130 de 2010 y T-136 de 2010.

¹⁰ El artículo 86 del Texto Superior, en el aparte pertinente, consagra que: “Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

procederá también cuando, a pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial, esta se utilice como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable¹¹. Y, la segunda, determina que, bajo la misma hipótesis expuesta, la tutela resulta procedente cuando los otros medios de defensa judicial no sean eficaces ni idóneos para brindar un amparo de forma integral, dadas las circunstancias especiales del caso y la situación en la que se encuentra el solicitante¹².

Así lo sostuvo la Corte en la Sentencia SU-961 de 1999¹³, al considerar que “en cada caso, el juez está en la obligación de determinar si las acciones disponibles le otorgan una protección eficaz y completa a quien la interpone. Si no es así, esto es si los mecanismos ordinarios carecen de tales características, el juez puede otorgar el amparo de dos maneras distintas, dependiendo de la situación de que se trate. La primera posibilidad, es que las acciones ordinarias sean lo suficientemente amplias para proveer un remedio integral, pero que no sean lo suficientemente expeditas para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable. En este caso será procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria. La segunda posibilidad, es que las acciones comunes no sean susceptibles de resolver el problema de manera integral”, es decir, de forma idónea y eficaz, circunstancia en la cual es procedente conceder la tutela de manera definitiva, como mecanismo directo de protección de los derechos fundamentales¹⁴.

En relación con la primera posibilidad, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, cuando se presenta una situación de amenaza de vulneración de un derecho fundamental susceptible de concretarse y que pueda generar un daño irreversible. Este amparo es eminentemente temporal, como lo reconoce el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, en los siguientes términos: “[e]n el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado”¹⁵.

¹¹ En el mismo sentido, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 establece: “**Causales de improcedencia de la tutela.** La acción de tutela no procederá: 1.- Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice[n] como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. (...)”

¹² En este punto, la última de las normas en cita señala que: “**Causales de improcedencia de la tutela.** La acción de tutela no procederá: 1.- Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, (...). La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”. Énfasis por fuera del texto original.

¹³ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁴ Véanse, además, las Sentencias T-287 de 1995; T-384 y T-554 de 1998; SU-086 y T-716 de 1999; T-156, T-418, T-815 y SU-1052 de 2000; T-482 y T-1062 de 2001; T-135 y T-500 de 2002; y T-179 de 2003. Más recientemente las Sentencias T-471 y T-824 de 2014.

¹⁵ En criterio de este Tribunal, para determinar la configuración de un perjuicio irremediable deben concurrir los siguientes elementos: (i) el perjuicio ha de ser inminente, esto es, que está por suceder; (ii) las medidas que se requieren para conjurarlo han de ser urgentes, tanto por brindar una solución adecuada frente a la proximidad del daño, como por armonizar con las particularidades del caso; (iii) el perjuicio debe ser grave, es decir, susceptible de generar un detrimento trascendente en el haber jurídico (moral o material) de una persona; y la (iv) respuesta requerida por vía judicial debe ser impostergable, o lo que es lo mismo, fundada en criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable. En desarrollo de lo expuesto, en la Sentencia T-747 de 2008, se consideró que cuando el accionante pretende la protección transitoria de sus derechos fundamentales a través de la acción de tutela, tiene la carga de

Respecto de la segunda posibilidad, la Corte ha establecido que el medio de defensa es idóneo, siempre y cuando sea materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, es decir, esté diseñado para ese preciso fin y no para otro, pues no sería idóneo un recurso que una vez decidido, así sea resuelto favorablemente, no proteja los derechos del ciudadano. Por su parte, la eficacia del medio de defensa consiste en que este debe estar diseñado de forma tal que brinde oportunamente una protección al derecho, pues de nada sirve que el ciudadano cuente con otros medios de defensa, si una vez se deciden, sus derechos ya han sido lesionados¹⁶.

En virtud de lo anterior, esta Corporación ha entendido que el mecanismo ordinario previsto por el ordenamiento jurídico para resolver un asunto no es idóneo cuando, por ejemplo, no permite resolver el conflicto en su dimensión constitucional o no ofrece una solución integral frente al derecho comprometido. La Corte ha señalado que por dimensión constitucional del conflicto se entiende la interpretación del asunto enfocada a una protección más amplia que la legal, ya que “tiene el propósito de optimizar un mandato en las más altas condiciones de racionalidad y proporcionalidad”¹⁷.

Ahora bien, este Tribunal también ha dicho que el requisito de idoneidad “ha sido interpretado por la Corte a la luz del principio según el cual el juez de tutela debe dar prioridad a la realización de los derechos sobre las consideraciones de índole formal”¹⁸, y que, la aptitud del medio de defensa ordinario, debe ser analizada en cada caso concreto, teniendo en cuenta las características procesales del mecanismo, las circunstancias del peticionario y el derecho fundamental involucrado¹⁹. En todo caso, cuando el amparo se solicita frente a un sujeto de especial protección constitucional, el juicio de procedencia de la acción de tutela debe hacerse menos riguroso, pues respecto de estas personas, es claro que no se pueden aplicar las mismas reglas que al común de la sociedad, ya que lo que para una persona sin ningún grado de vulnerabilidad puede ser eficaz o idóneo, para un sujeto de especial protección, en las mismas circunstancias fácticas, no. Para esta Corporación “el artículo 86 Superior debe interpretarse en concordancia con los artículos 13 y 47 constitucionales, pues no debe olvidarse que existen personas que por sus condiciones requieren una especial protección por parte del Estado”²⁰. Al respecto, este Tribunal ha establecido que: “[n]o puede olvidarse que las reglas que para la sociedad son razonables, para sujetos de especial protección pueden tener repercusiones de mayor trascendencia que justifican un *tratamiento diferencial positivo*, y que amplía a su vez el ámbito de los derechos fundamentales susceptibles de protección por vía de tutela. Así, en el caso de los niños, la recreación o la alimentación balanceada, por ejemplo,

“presentar y sustentar los factores a partir de los cuales se configura el perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia la acción de tutela.”

¹⁶ Ver, entre otras, las Sentencias T-211 de 2009, T-113 de 2013, T-222 de 2014 y T-640 de 2016.

¹⁷ Sentencia T-611 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁸ Véase, entre otras, las Sentencias T-106 de 1993, T-100 de 1994 y T-489 de 1999.

¹⁹ Sentencia T-705 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²⁰ Sentencia T-222 de 2014, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

cobran una particular importancia que generalmente no es la misma para el caso de los adultos (CP art. 44). De igual forma, la protección a la maternidad en sus primeros meses adquiere una gran relevancia, que justifica un tratamiento preferencial en favor de la mujer (CP art. 43)”²¹.

3.4.3. Con base en lo expuesto y retornando al análisis del caso concreto, en numerosas ocasiones esta Corporación ha reiterado que, en principio, la acción de tutela no resulta procedente para resolver controversias derivadas de las relaciones de trabajo²², en virtud de la existencia de otros mecanismos de defensa judicial ante la jurisdicción ordinaria laboral o la jurisdicción contenciosa administrativa, según sea la naturaleza de la vinculación jurídica del demandante²³.

Así, por ejemplo, en el caso de vínculos laborales entre particulares regidos por el Código Sustantivo del Trabajo, las controversias relacionadas con la protección de derechos laborales y el reconocimiento de prestaciones sociales se pueden resolver en la jurisdicción laboral a través de una demanda ordinaria; mientras que, en lo que atañe a las relaciones laborales que se originan entre una entidad del Estado y un servidor público, estos debates –por lo general– se deben solventar ante la jurisdicción contenciosa administrativa, a través del medio de control que corresponda para el efecto. Es decir que, en estos asuntos, existe una alternativa judicial distinta a la tutela, mediante la cual se puede desplegar todo el debate probatorio necesario para determinar si hubo o no una decisión ajustada a derecho por parte de empleador²⁴.

Ante la existencia de procesos especialmente concebidos para ventilar este tipo de debates, la acción de tutela, en principio, no está llamada a proceder por su carácter subsidiario. Sin embargo, también se ha dicho que, incluso, en este escenario, el amparo podría ser excepcionalmente procedente cuando, entre otras cosas, el mecanismo judicial ordinario no resulte idóneo y eficaz para lograr la efectiva protección de los derechos fundamentales involucrados.

Precisamente, la jurisprudencia de la Corte ha señalado que la acción de tutela resulta procedente, de manera excepcional, para solicitar la protección refor-

²¹ Sentencias T-1316 de 2001 y T-662 de 2013, citadas en la Sentencia T-222 de 2014.

²² Véase, entre otras, las Sentencias T-400 de 2015, T-663 de 2011 y T-864 de 2011.

²³ Sobre el particular, en la Sentencia T-400 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, se manifestó que “[d]entro del ordenamiento jurídico colombiano, existe una diversidad de mecanismos de defensa para salvaguardar los derechos laborales (competencia asignada a la jurisdicción laboral o contenciosa administrativa laboral según el caso). Como consecuencia, 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.” (Énfasis por fuera del texto original).

²⁴ Particularmente, el artículo 2 del Código de Procedimiento Laboral dispone que: “La jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de: 1. Los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo”. Por su parte, el artículo 104 del CPACA establece que: “La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. Igualmente conocerá de los siguientes procesos: 4. Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público.”

zada de la maternidad en el ámbito del trabajo, despojándose de su carácter subsidiario para convertirse en un mecanismo de defensa principal, por lo menos, en dos supuestos: “(i) cuando la persona que reclama la protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada, es un sujeto de especial protección constitucional, como el caso de las madres gestantes y de las madres y sus hijos recién nacidos; y (ii) 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”²⁵.

3.4.4. En el caso sometido a revisión, las pretensiones de la accionante se dirigen a solicitar que se amparen sus derechos a la igualdad y a la estabilidad laboral reforzada como madre adoptante frente a las madres biológicas y, en consecuencia, se ordene a la entidad accionada reintegrarla a su cargo y reconocerle la licencia de maternidad respectiva.

En primer lugar, en relación con la pretensión de reintegro, esta Sala considera que la accionante no cuenta con un mecanismo de defensa judicial eficaz e idóneo ante la jurisdicción contencioso administrativa, para lograr la efectiva protección de los derechos fundamentales involucrados, en la medida en que su desvinculación laboral se basó en una causal objetiva, general y legítima, como lo fue el vencimiento del término de duración del empleo público temporal para el cual había sido nombrada. Desde esta perspectiva, una discusión como la propuesta por la accionante, desborda el ámbito de competencia del juez administrativo, al involucrar una controversia con una clara dimensión constitucional que no ha sido objeto de precisión por parte del legislador, relacionada con la extensión o no del fuero de maternidad para el caso de las madres adoptantes, con anterioridad al momento de la entrega oficial del menor de edad que es dado en adopción. El conflicto propuesto implica entonces realizar un examen, desde la órbita constitucional y no legal, de la premisa consagrada en el numeral 4 del artículo 236 del C.S.T, conforme a la cual se extiende a las madres adoptantes la protección que se otorga a las mujeres embarazadas y en período de lactancia, equiparando la fecha del parto con la fecha de la entrega oficial del niño, niña o adolescente que se adopta, a partir de los mandatos superiores que justifican la especial protección de la maternidad, incluyendo el derecho a la igualdad.

En segundo lugar, en cuanto a la solicitud de reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, se observa que la entidad accionada no adelantó ninguna gestión ante la EPS Cafesalud –a la cual se encontraba afiliada la accionante– para lograr su reconocimiento, y debido a la terminación del vínculo laboral antes de la fecha de entrega de la niña adoptada, tampoco completó los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud requeridos para su pago. Por esta razón, en la respuesta enviada frente a los requerimientos de la Corte, la accionante señaló que después de la entrega de la niña no solo debió gastar sus ahorros y su liquidación para proveer el sustento de la familia, sino que no pudo gozar de su licencia de maternidad y, ante la necesidad de

²⁵ Sentencia T-092 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

ingresos, debió volver a trabajar en el mes de septiembre de 2016, es decir, casi dos meses después de la entrega de su hija. Esta situación, más allá de la posible reducción de los recursos económicos necesarios para el cuidado y la atención de la nueva integrante de la familia –que valga la pena señalar tenía tan solo unos meses de edad–, imposibilitó a la actora contar con el tiempo requerido para la construcción de un vínculo afectivo fuerte, seguro y definitivo con su hija, siendo éste un momento determinante del proceso de adopción, y que justifica el otorgamiento de la licencia de maternidad, en pro de la construcción de un desarrollo armónico de la relación filial. Por esta razón, la Sala encuentra que la acción de tutela resulta procedente para que la Corte determine si están dadas las condiciones para que se otorgue la citada licencia, cuyo efecto patrimonial se ve superado por el efecto personal que ella genera, más aún cuando la persona que solicita su reconocimiento es una madre adoptante que, junto con su hija, ostentan la calidad de sujetos de especial protección constitucional, criterio que torna al amparo constitucional como mecanismo principal y no subsidiario de defensa judicial, como lo advirtió la Corte en la citada Sentencia T-092 de 2016.

Una vez determinada la procedencia del mecanismo de protección constitucional, la Sala entrará a definir el alcance de la misma en el presente asunto.

3.5. Fundamentos normativos y jurisprudenciales de la protección laboral reforzada de las mujeres embarazadas o en período de lactancia y de las madres adoptantes

3.5.1. Esta Corporación ha señalado que la protección laboral reforzada de las trabajadoras en estado de embarazo o en licencia de maternidad –la cual se hace extensiva a las madres adoptantes– tiene fundamento en cuatro pilares constitucionales²⁶. En primer lugar, en el artículo 43 de la Constitución Política, que consagra el respeto por la igualdad de género y la prohibición de someter a la mujer a cualquier clase de acto discriminatorio. De igual forma, se atribuye una especial asistencia por parte del Estado a la madre durante la gestación y después del parto, e incluso se señala que de encontrarse desempleada o desamparada tendrá derecho a un subsidio alimentario. Para la jurisprudencia, se trata de un marco general de protección a favor de la mujer, que incluye el deber de adoptar medidas especiales de salvaguarda, entre otras, en el campo laboral, más aún cuando de ello depende el desarrollo de la maternidad²⁷.

En segundo lugar, la protección reforzada también se deriva del riesgo de discriminación al que se encuentra expuesta la mujer embarazada o en licencia de maternidad en el ambiente laboral. Al respecto, cabe resaltar que un arquetipo que se ha implantado en la sociedad es que una trabajadora que se encuentra en dicho estado representa mayores costos o cargas extraordinarias

²⁶ Véanse, entre otras, las Sentencias T-656 de 2014, T-206 de 2015 y T-138 de 2015.

²⁷ La norma en cita dispone que: “**Artículo 43.** La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”.

para el empleador, lo que en múltiples ocasiones puede convertirse en una traba para su permanencia en el trabajo. En respuesta a esa situación y con miras a lograr la efectividad de los mandatos de igualdad de trato y no discriminación, consagrados en el artículo 13 de la Constitución²⁸, se prevé la figura del *fuero de maternidad* que, como expresión del derecho a la estabilidad, impide que las mujeres sean despedidas por encontrarse en estado de embarazo o en los tres meses siguientes al parto (período de lactancia), salvo autorización de las autoridades del trabajo y siempre que se acredite una justa causa²⁹.

En tercer lugar, este régimen de protección especial también tiene origen en la salvaguarda de la vida como derecho de especial relevancia constitucional, según el Preámbulo y los artículos 11 y 44 de la Carta Política, que ha considerado que esta protección debe servir para garantizar a la mujer embarazada o lactante los recursos necesarios para asegurar su cuidado y el del hijo que está por nacer, para así lograr el disfrute de sus derechos a una vida en condiciones dignas, al mínimo vital y a la salud.

Por último, en cuarto lugar, la protección reforzada en el empleo se justifica igualmente en la defensa de la familia como institución básica de la sociedad, de conformidad con los artículos 5 y 42 de la Constitución, en la medida en que cualquier afectación en las condiciones mínimas de subsistencia de la mujer repercute en la efectiva consolidación y armonía del grupo familiar.

3.5.2. La especial protección a la maternidad que las normas superiores ordenan ha hecho que el legislador desarrolle una serie de derechos y prestaciones sociales en favor de las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia y de sus hijos, que comprende medidas específicas 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 período del embarazo o de los tres meses siguientes al parto, y el derecho al pago de una indemnización por despido sin autorización previa, previstas en el Capítulo V, Título VIII, del Código Sustantivo del Trabajo³⁰. En la actualidad, todas estas previsiones cobijan a las trabajadoras del sector público y han sido extendidas a las madres adoptantes, en virtud del principio de igualdad, tal como pasa a explicarse a continuación.

²⁸ “**Artículo 13.** Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. // El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. // El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

²⁹ Código Sustantivo del Trabajo, artículos 239 y 240.

³⁰ Las provisiones y garantías previstas en el Capítulo V, del Título VIII, del Código Sustantivo del Trabajo, son las siguientes: licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido (artículo 236); descanso remunerado en caso de aborto (artículo 237); descanso remunerado durante la lactancia (artículo 238); prohibición de despido (artículo 239); permiso para despedir (artículo 240); nulidad del despido (artículo 241); trabajos prohibidos (artículo 242); indemnización por incumplimiento en otorgar los descansos remunerados previstos en los artículos 236 y 237 (artículo 243); y certificados médicos (artículo 244).

La extensión de la protección laboral reforzada a las madres adoptantes en virtud del principio de igualdad

3.5.3. Los derechos y prestaciones sociales que deben garantizárseles a las trabajadoras en embarazo y en período de lactancia fueron inicialmente concedidas solo para proteger a las madres biológicas. Así, por ejemplo, el Código Sustantivo del Trabajo, adoptado el 5 de agosto de 1950, se limitaba a consagrar medidas de protección a su favor, sin realizar ninguna mención de las madres adoptantes. En el mismo sentido, la Ley 197 de 1938 y el Decreto 3135 de 1968 guardaron silencio sobre el particular.

3.5.4. Sin embargo, mediante la Ley 24 de 1986, se introdujo el numeral 4 del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, que extendió los beneficios establecidos en el Capítulo V, *“en los mismos términos y en cuanto fuere procedente, para la madre adoptante del menor de 7 años de edad, asimilando a la fecha del parto la de la entrega oficial del menor que se adopta.”*³¹

La decisión del legislador de introducir este numeral al contexto de previsiones del original Código Sustantivo del Trabajo se basó en la urgencia de proteger –de igual manera– a las familias constituidas por vínculos civiles frente a las constituidas por vínculos biológicos, en cuanto al nivel de amparo que se debe otorgar a los derechos y necesidades de las madres adoptantes. Así, por ejemplo, en la exposición de motivos del entonces proyecto de ley se señaló que: *“[l]a presentación de este proyecto se inspira en sanos principios de justicia consagrados en nuestra Carta Fundamental que llenan el vacío legal existente en el capítulo V del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto éste solo consagra a las trabajadoras en estado de gravidez o por hecho de la maternidad una serie de derechos con el fin de que la madre atienda su salud y brinde la debida atención y cuidados a su hijo, durante determinado tiempo, desconociendo estos mismos derechos a la madre adoptante de recién nacido, sin tener en cuenta que se halla en las mismas condiciones con respecto a su hijo adoptivo por cuanto deberá velar por su bienestar como cualquier madre”*³².

El legislador no solo identificó el déficit de protección de las madres adoptantes frente a las biológicas, sino que, además, incluyó como motivo para reformar el régimen en ese momento vigente, el aumento que se estaba dando en los procesos de adopción. Por tal motivo, en el mismo documento ya mencionado se afirmó que: *“en la época en la cual se expidió el actual Código Sustantivo del Trabajo, la figura de la adopción no tenía la importancia que tiene hoy, por cuanto su práctica se ha incrementado considerablemente por parte de la mujer trabajadora, produciéndose de esta manera un vacío que es necesario llenar para colocar a la madre adoptante*

³¹ El numeral 4 del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, introducido por la Ley 24 de 1986, establecía lo siguiente: *“Artículo 236. descanso remunerado en la época del parto. // (...) 4. Todas las provisiones y garantías establecidas en el presente capítulo para la madre biológica se hacen extensivas, en los mismos términos y en cuanto fuere procedente, para la madre adoptante del menor de 7 años de edad, asimilando a la fecha del parto la de la entrega oficial del menor que se adopta. (...)”*.

³² Senado de la República, Historia de las Leyes, Legislatura de 1986, Tomo II, Bogotá, 1989, p. 694.

en igualdad de condiciones, con respecto a la madre biológica y frente al patrono. El trato discriminatorio que éste da a la madre adoptante encuentra terreno propicio como consecuencia de que no existe en la actualidad legislación que regule igualitariamente los derechos de la madre adoptante”³³.

Dos años después, por medio de la Ley 69 de 1988, la protección a la madre adoptante se extendió a las empleadas del sector público, en los siguientes términos: “[t]odas las provisiones y garantías que se hayan establecido para la madre biológica al servicio de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, unidades administrativas especiales, empresas industriales o comerciales de tipo oficial y sociedades de economía mixta, se hacen extensivas en los mismos términos y en cuanto (sic) fuere procedente, para la madre adoptante del menor de 7 años de edad, asimilando a la fecha del parto la de la entrega física del menor”.³⁴

Posteriormente, en la Sentencia C-543 de 2010³⁵, esta Corporación declaró inexecutable la expresión “del menor de siete (7) años de edad”, al considerar que dicha limitación era contraria (i) al mandato de igualdad que establece el artículo 13 Superior, (ii) al principio que ordena reconocer a todos los hijos los mismos derechos, sin importar la forma como hayan llegado a la familia, estipulado en el artículo 42 de la Carta, y (iii) a la protección prevalente de la niñez que establece el artículo 44 de la Constitución.

Más adelante, en virtud de las modificaciones introducidas por el artículo 1 de la Ley 1468 de 2011 al artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, todas las provisiones y garantías previstas en el Capítulo V, otorgadas a las madres biológicas, que habían sido ampliadas a las madres adoptantes, asimilando la fecha del parto a la fecha de entrega del niño, niña o adolescente adoptado, fueron reconocidas nuevamente como parte de las garantías laborales de las trabajadoras del sector público³⁶. Y, recientemente, la Ley 1822 de 2017, pese a los cambios que introdujo en el régimen de protección a la maternidad de la mujer trabajadora, mantuvo la extensión de los beneficios a las empleadas del sector público, precisando que esta protección se refiere a los derechos incluidos en los artículos 236 y 239, es decir, la licencia de maternidad y la prohibición de despido³⁷.

³³ *Ibidem*, p. 695.

³⁴ Ley 69 de 1988, artículo 1.

³⁵ M.P. Mauricio González Cuervo.

³⁶ “**Artículo 236. descanso remunerado en la época del parto.** (...) **4.** Todas las provisiones y garantías establecidas en el presente capítulo para la madre biológica se hacen extensivas, en los mismos términos y en cuanto fuere procedente, para la madre adoptante asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se adopta. La licencia se extiende al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente. // Estos beneficios no excluyen al trabajador del sector público (...)” (Subrayas fuera del texto original).

³⁷ Esta vez se amplió la protección a los padres que quedan a cargo de su hijo por enfermedad o muerte de la madre o que adquiere la custodia justo después del nacimiento. En la actualidad la norma establece lo siguiente: “**Artículo 236. Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido.** (...) Los beneficios incluidos en este artículo, y el artículo 239 de la presente ley, no excluyen a los trabajadores del sector público. // **4.** Todas las provisiones y garantías establecidas en la presente ley para la madre biológica, se hacen extensivas en los mismos términos y en cuanto fuere procedente a la madre adoptante, o al padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, sea por enfermedad o muerte, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se ha

3.5.5. De la evolución normativa y jurisprudencial que ha tenido el desarrollo de la especial protección a la maternidad se pueden resaltar varios elementos:

El primero es la inclusión de las trabajadoras del sector público dentro del grupo de beneficiarios a las cuales se les aplica la ampliación de los derechos de las madres biológicas a las madres adoptantes. Vale decir que dicho reconocimiento se realizó por primera vez con la Ley 69 de 1988, pero solo en los mismos términos previstos para las madres biológicas empleadas “*de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, unidades administrativas especiales, empresas industriales o comerciales de tipo oficial y sociedades de economía mixta*” y siempre que el adoptado fuera un menor de 7 años de edad. Hoy en día, con las modificaciones introducidas por las Leyes 1468 de 2011 y 1822 de 2017 al artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, el carácter público o privado del empleador no condiciona la aplicación de estos beneficios, los cuales cobijan tanto a las madres adoptantes como a sus hijos adoptados menores de 18 años de edad, de acuerdo con la Sentencia C-543 de 2010³⁸.

El segundo elemento es el que establece que todas las provisiones y garantías de la ley para la madre biológica se hacen extensivas a la madre adoptante. Este mandato pretende asegurar que tanto la licencia de maternidad como la prohibición de despido se apliquen a las madres biológicas y a las adoptantes y, de esta manera, garantizar la igualdad efectiva entre unas y otras, pese a la forma como dichas garantías se operativizan. En efecto, el numeral 4 del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo establece que la extensión de beneficios de la madre biológica a la madre adoptante se hará “*en los mismos términos y en cuanto fuere procedente*”. Esto implica que, así como la protección especial de la madre biológica incluye tanto el período de gestación como la época del parto y las semanas seguidas al nacimiento del hijo, lo propio debe ocurrir en el caso de la madre adoptante.

Precisamente, es lógico entender que de la misma manera en que la madre biológica se prepara durante el embarazo para recibir al nuevo integrante de la familia y necesita recuperarse físicamente del parto y estar al lado de su bebé para cuidarlo en sus primeros meses de vida, la madre adoptante debe hacer lo propio una vez se le ha confirmado la entrega del niño, con el propósito de garantizar que a su llegada cuente con los elementos –tanto materiales como emocionales– que posibiliten la construcción con el hijo adoptivo de los lazos que reforzarán las relaciones maternas y garantizarán la integración y adaptación del niño al nuevo núcleo familiar. Esto implica que, no pueda desconocerse la importancia de ese período previo a la entrega, ya que se estaría haciendo una distinción injustificada entre la madre biológica y la adoptante, en perjuicio del niño.

adoptado, o del que adquiere custodia justo después del nacimiento. En ese sentido, la licencia materna se extiende al padre en caso de fallecimiento o enfermedad de la madre, el empleador del padre del niño le concederá una licencia de duración equivalente al tiempo que falta para expirar el período de la licencia posterior al parto concedida a la madre (...)”. (Subrayas fuera del texto original).

³⁸ M.P. Mauricio González Cuervo.

Y, el tercer elemento, hace referencia a que la fecha del parto se asimilará a la fecha de la entrega del niño. Sobre el particular, en la Sentencia C-543 de 2010³⁹, la Corte entendió que, “[e]n últimas, si la legislación equiparó la adopción al hecho del parto, lo hizo justamente para proteger también los derechos de las niñas y de los niños en situación de adoptabilidad”. Lo anterior, teniendo en cuenta que resulta necesario asegurar el goce de prestaciones sociales –como la licencia de maternidad– encaminadas a afirmar su integración a la nueva familia en condiciones de calidad y de dignidad, en atención a los mandatos contenidos en los artículos 13, 42 y 44 de la Constitución, que ordenan el reconocimiento de los mismos derechos y obligaciones a todos los hijos de la familia y la protección del interés superior de la niñez.

El derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo o en período de lactancia y de la madre adoptante

3.5.6. La jurisprudencia constitucional ha reiterado que la mujer embarazada o en licencia de maternidad –y por extensión la madre adoptante– tiene un derecho constitucional especial a la estabilidad laboral reforzada o a lo que se ha denominado el *fuero de maternidad*. Este derecho fundamental se deriva de una interpretación armónica de los artículos 13, 43 y 53 de la Constitución Política, que otorga a la mujer embarazada o en licencia de maternidad –y la madre adoptante– el derecho a no ser discriminada en el campo laboral por razón de su estado, lo que conlleva, necesariamente, la prohibición de despido por causa o con motivo de la gestación, el parto o la lactancia, en el caso de las madres biológicas, siendo esta protección extensiva a las madres adoptantes equiparando la fecha del parto con la fecha de entrega oficial del niño, niña o adolescente que se adopta.

3.5.7. En desarrollo del derecho a la estabilidad laboral reforzada o del llamado *fuero de maternidad*, el legislador ha establecido una presunción de discriminación en todos aquellos casos en los cuales el despido de la trabajadora se produce durante el embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, y sin los requisitos legales pertinentes. Según lo dispuesto en los artículos 239 y 240 del Código Sustantivo del Trabajo⁴⁰, 2 de la Ley

³⁹ M.P. Mauricio González Cuervo.

⁴⁰ Los artículos 239 y 240 del Código Sustantivo del Trabajo disponen: “**Artículo 239. Prohibición de despido. Modificado por el artículo 2 de la Ley 1822 de 2017.** // 1. Ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia sin la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa. // 2. Se presume el despido efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando este haya tenido lugar dentro del período de embarazo y/o dentro de los tres meses posteriores al parto. // 3. Las trabajadoras que trata el numeral uno (1) de este artículo, que sean despedidas sin autorización de las autoridades competentes, tendrán derecho al pago adicional de una indemnización igual a sesenta (60) días de trabajo, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con su contrato de trabajo. // 4. En el caso de la mujer trabajadora que por alguna razón excepcional no disfrute de la semana preparto obligatoria, y/o de algunas de las diecisiete (17) semanas de descanso, tendrá derecho al pago de las semanas que no gozó de licencia. // En caso de parto múltiple tendrá el derecho al pago de dos (2) semanas adicionales y, en caso de que el hijo sea prematuro, al pago de la diferencia de tiempo entre la fecha del alumbramiento y el nacimiento a término.” “**Artículo 240. Permiso para despedir.** 1. Para poder despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o los tres meses posteriores al parto, el empleador necesita la autorización del Inspector del Trabajo, o del Alcalde Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario. // 2. El permiso de que trata este artículo sólo puede concederse con el fundamento en alguna de

197 de 1938⁴¹, 21 del Decreto 3135 de 1968⁴² y 51 de la Ley 909 de 2004⁴³, la regla mencionada se aplica tanto a la mujer que tiene un contrato de trabajo en el sector privado como a la que se encuentra vinculada con el servicio público, y conlleva una sanción suplementaria al empleador consistente en el pago de una indemnización en favor de la trabajadora, fuera de las otras indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo que se haya suscrito.

En este sentido, esta Corporación ha indicado que, para lograr una garantía real y efectiva del derecho constitucional a la estabilidad laboral reforzada, la protección a la mujer que va a ser madre tiene que ser eficaz, por lo cual su regulación y aplicación está sometida a un control constitucional más estricto. En efecto, en la Sentencia C-470 de 1997⁴⁴, la Corte declaró la exequibilidad condicionada de los artículos 239 del Código Sustantivo del Trabajo, 2 de la Ley 197 de 1938 y 21 del Decreto 3135 de 1968, en el entendido que, en atención al principio de igualdad (CP art. 13) y a la especial protección constitucional a la maternidad (CP arts. 43 y 53), carece de todo efecto

las causas que tiene el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo y que se enumeran en los artículos 62 y 63. Antes de resolver, el funcionario debe oír a la trabajadora y practicar todas las pruebas conducentes solicitadas por las partes. // 3. Cuando sea un Alcalde Municipal quien conozca de la solicitud de permiso, su providencia tiene carácter provisional y debe ser revisada por el Inspector del Trabajo residente en el lugar más cercano.”

⁴¹ El artículo 2 de la Ley 197 de 1938 establece: “**El artículo 3º de la Ley 53 de 1938 quedará así:** La mujer que sea despedida sin causa que justifique ampliamente dentro del período del embarazo y los tres meses posteriores al parto, comprobada esta circunstancia mediante certificado de facultativo, sin perjuicio de las indemnizaciones a que pudiera dar lugar, conforme a los contratos de trabajo o a las disposiciones legales que rigen la materia, tiene derecho a los salarios correspondientes a noventa días.”

⁴² El artículo 21 del Decreto 3135 de 1968 señala: “**Artículo 21. Prohibición de despido.** Durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto o aborto, sólo podrá efectuarse el retiro por justa causa comprobada y mediante autorización del inspector del trabajo si se trata de trabajadora o por resolución motivada del jefe del respectivo organismo si es empleada. // Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo cuando ha tenido lugar dentro de los períodos señalados en el inciso anterior sin las formalidades que el mismo establece. En este caso, la empleada o trabajadora tiene derecho a que la entidad donde trabaje le pague una indemnización equivalente a los salarios o sueldos de sesenta (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar, de acuerdo con su situación legal o contractual, y además, el pago de las ocho (8) semanas de descanso remunerado, si no lo ha tomado.”

⁴³ El artículo 51 de la Ley 909 de 2004, “por la cual se reguló el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública”, establece que: “**Artículo 51. Protección a la maternidad.** 1. No procederá el retiro de una funcionaria con nombramiento provisional, ocurrido con anterioridad a la vigencia de esta ley, mientras se encuentre en estado de embarazo o en licencia de maternidad. // 2. Cuando un cargo de carrera administrativa se encuentre provisto mediante nombramiento en período de prueba con una empleada en estado de embarazo, dicho período se interrumpirá y se reiniciará una vez culminé el término de la licencia de maternidad. // 3. Cuando una empleada de carrera en estado de embarazo obtenga evaluación de servicios no satisfactoria, la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento se producirá dentro de los ocho (8) días calendario siguientes al vencimiento de la licencia de maternidad. // 4. Cuando por razones del buen servicio deba suprimirse un cargo de carrera administrativa ocupado por una empleada en estado de embarazo y no fuere posible su incorporación en otro igual o equivalente, deberá pagársele, a título de indemnización por maternidad, el valor de la remuneración que dejare de percibir entre la fecha de la supresión efectiva del cargo y la fecha probable del parto, y el pago mensual a la correspondiente entidad promotora de salud de la parte de la cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud que corresponde a la entidad pública en los términos de la ley, durante toda la etapa de gestación y los tres (3) meses posteriores al parto, más las doce (12) semanas de descanso remunerado a que se tiene derecho como licencia de maternidad. A la anterior indemnización tendrán derecho las empleadas de libre nombramiento y remoción y las nombradas provisionalmente con anterioridad a la vigencia de esta ley. // **Parágrafo 1o.** Las empleadas de carrera administrativa tendrán derecho a la indemnización de que trata el presente artículo, sin perjuicio de la indemnización a que tiene derecho la empleada de carrera administrativa, por la supresión del empleo del cual es titular, a que se refiere el artículo 44 de la presente ley. // **Parágrafo 2o.** En todos los casos y para los efectos del presente artículo, la empleada deberá dar aviso por escrito al jefe de la entidad inmediatamente obtenga el diagnóstico médico de su estado de embarazo, mediante la presentación de la respectiva certificación.”

⁴⁴ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

jurídico el despido de una trabajadora del sector privado u oficial durante el estado de embarazo o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, o sin la correspondiente resolución motivada del jefe respectivo en donde se verifique la justa causa para el despido, en el caso de las empleadas públicas.

Y fue a partir de la citada sentencia en donde 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 de la trabajadora como consecuencia de la ineficacia del retiro, sin perjuicio de las demás indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con la modalidad del contrato⁴⁵.

Reglas sobre la aplicación del derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo o en período de lactancia y de la madre adoptante

3.5.8. Ante la necesidad de precisar el alcance del *fuero de maternidad*, esta Corporación profirió la Sentencia SU-070 de 2013⁴⁶, en la que definió la línea jurisprudencial para la aplicación de la estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de embarazo o de lactancia, específicamente frente al alcance de la protección y las medidas a adoptar en relación con (i) el conocimiento por parte del empleador del estado de la trabajadora y (ii) la modalidad contractual de vinculación.

En cuanto al primer punto, se precisó que el conocimiento del empleador sobre el estado de embarazo de la trabajadora es indiferente para efectos de establecer si existe o no la protección que se consagra en la ley, sin perjuicio de su importancia para definir el alcance o grado de amparo que se otorga. Al respecto, la Corte sostuvo que:

“(...) el conocimiento del embarazo de la trabajadora no es requisito para establecer si existe o no protección, sino para determinar el grado de la protección. // Así, el conocimiento del embarazo por parte del empleador da lugar a 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. Por otra parte, la falta de conocimiento, dará 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.”

Con respecto al segundo punto, que relaciona el alcance del fuero de maternidad con la modalidad contractual de vinculación, en la mencionada sentencia de unificación se establecieron las reglas 7, 8 y 9, que definieron las

⁴⁵ Este precedente fue reiterado al año siguiente en la Sentencia T-373 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁶ M.P. Alexei Julio Estrada.

siguientes medidas de protección respecto de las empleadas públicas, a partir de las diferencias existentes entre el tipo de vinculación y el conocimiento o no del estado de embarazo por parte del empleador:

- **Regla 7. Cuando se trata de una trabajadora que ocupaba en provisionalidad un cargo de carrera y el cargo sale a concurso o es suprimido:** (i) Si el cargo es sometido a concurso, el último a proveer será para la mujer embarazada. Cuando deba ocuparse su cargo por quien ganó el concurso de méritos, se le deberán pagar las prestaciones que garanticen la licencia de maternidad. (ii) Si hubo supresión del cargo o liquidación de la entidad, se le debe garantizar la permanencia en el cargo hasta que se configure la licencia de maternidad o, de ser ello imposible, el pago de salarios y prestaciones hasta que adquiriera el derecho a gozar de la licencia.

- **Regla 8. Cuando se trata de cargos de libre nombramiento:** (i) Si 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. (ii) Si el empleador no tuvo conocimiento, se pagarán las cotizaciones requeridas para el reconocimiento de la licencia de maternidad.

- **Regla 9. Cuando se trata del cargo de una trabajadora de carrera administrativa que es suprimido por cuenta de la liquidación de una entidad pública o por necesidades del servicio:** (i) Si se crea con posterioridad otro cargo destinado a desarrollar los mismos fines que el anterior, o se establece una planta transitoria, debe reintegrarse a la persona a una ocupación igual o equivalente y se debe garantizar el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir. (ii) Si no ocurre lo anterior, o si el cargo se suprimió por necesidades del servicio, se deberá ordenar el pago de los salarios y prestaciones hasta que se configure el derecho a la licencia de maternidad.

Pero, por escapar al propósito de la unificación, la referida providencia no se pronunció sobre el alcance y los efectos de la protección laboral reforzada en los casos de funcionarias públicas (i) en período de prueba, (ii) en carrera administrativa que obtengan una evaluación de servicios no satisfactoria y (iii) a las cuales se les suprime el cargo de carrera que ocupan por razones de buen servicio, todas reguladas en el artículo 51 de la Ley 909 de 2004; y tampoco incluyó otras hipótesis como lo sería el caso de funcionarias (iv) con empleos de carácter temporal, según lo establecido en el artículo 21 de la misma ley, como el que se analiza en la presente decisión.

No obstante, dentro de los criterios jurisprudenciales fijados en la Sentencia SU-070 de 2013, se estableció la procedencia de la protección reforzada derivada de la maternidad cuando, sin alguna otra exigencia adicional, se demuestre: a) la existencia de una relación laboral o de prestación de servicios, esta última comprendida dentro del denominado contrato realidad⁴⁷; y b) que

⁴⁷ Sentencias T-148 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo, y T-092 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo, que reiteraron lo dispuesto en la Sentencia SU-070 de 2013. Conforme a la sentencia de unificación “en casos donde la mujer embarazada o lactante estuvo vinculada bajo un contrato de prestación de servicios, procede el amparo del derecho a la estabilidad laboral reforzada, siempre que el juez de tutela

la mujer se encontraba en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación.

Adicionalmente, el fallo hizo referencia a que el alcance de la protección se determinará, en cada caso, atendiendo a los supuestos que rodean el despido de la trabajadora con el propósito de determinar si subsisten las causas que dieron origen a la relación laboral. En este sentido, “deberá darse un trato diferenciado si se trata de cargos de temporada o de empresas pequeñas, respecto de cargos permanentes dentro de grandes compañías o cuando la vacante dejada por la trabajadora despedida, fue suplida con otro trabajador”.

La Corte también reiteró que las reglas derivadas de la protección constitucional reforzada a la mujer embarazada y lactante, se extienden por el término del período de gestación y la licencia de maternidad, es decir, los tres meses posteriores al parto. Y encontró procedente la orden de indemnizar a la empleada si se encuentra probado que el empleador o contratista conocía del embarazo antes de la cesación de la actividad laboral.

Por supuesto, todas estas reglas generales y uniformes respecto de la garantía de la protección reforzada a la maternidad, resultan aplicables –en igualdad de condiciones– en el caso de las madres adoptantes.

La licencia de maternidad de las trabajadoras en estado de embarazo o en período de lactancia y las madres adoptantes

3.5.9. Derivado del mandato de especial asistencia y protección del Estado a la mujer durante el embarazo y después del parto, previsto en el artículo 43 de la Constitución Política, y de la protección integral a la niñez que ordenan los artículos 42, 43, 44 y 45 Superiores, el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo introdujo la figura de la licencia de maternidad. Se trata de un período de descanso remunerado –con el salario que devengue la mujer al momento de entrar a disfrutarlo– que inicialmente se estableció por 8 semanas. Luego, con la modificación efectuada por la Ley 50 de 1990, se extendió a 12 semanas y, posteriormente, la Ley 1468 de 2011 la amplió a 14 semanas. En la actualidad, con la reforma señalada en el artículo 1 de la Ley 1822 de 2017, se determinó un período de 18 semanas de licencia de maternidad.

La jurisprudencia constitucional se ha referido a esta prestación, en un principio, como “un emolumento que se paga a la madre durante el período determinado por la ley con el fin de reemplazar los ingresos que ésta derivaba y cuya percepción se ve interrumpida con motivo del parto. Conforme a lo anterior, se concluye que el hecho generador de la licencia de maternidad no es el alumbramiento aisladamente considerado, sino este hecho aunado a la

constate que entre el empleador y la trabajadora no existió un contrato de prestación de servicios, sino un contrato realidad, para lo cual es necesario verificar los elementos que constituyen una verdadera relación laboral, estos son, salario, subordinación y prestación personal del servicio. En el caso de que el juez compruebe la existencia del contrato realidad, las medidas de protección serán las mismas que se aplican al contrato a término fijo”.

preexistencia de una fuente de ingresos propios, cuya percepción se ve interrumpida por tal acontecimiento”⁴⁸.

3.5.10. Ahora bien, la licencia de maternidad se concibe no solo desde su valor económico sino también como una figura de la cual se deriva una doble e integral protección: (i) doble, por cuanto se despliega respecto de las madres y de sus hijos o hijas; e (ii) integral, en la medida en que abarca un conjunto de prestaciones encaminadas a asegurar que las mujeres trabajadoras y sus descendientes dispongan de un espacio propicio para iniciar las relaciones familiares en condiciones de dignidad y calidad⁴⁹.

La Corte ha señalado que la licencia, además de garantizar los recursos económicos necesarios para la subsistencia de la madre y la del hijo, tiene como finalidad asegurar, por un lado, un tiempo de reposo para la madre durante la etapa de la maternidad para que pueda recuperarse del esfuerzo físico y psicológico que acarrea el proceso de gravidez y de parto; y por el otro, velar por la aplicación del mandato de protección superior de la niñez y al garantizarles a los niños, niñas y adolescentes “amor y cuidado”⁵⁰, pues este período asegura que la madre pueda velar por el bienestar físico, psíquico y emocional de su hijo, en pro de su desarrollo armónico y el fortalecimiento de su relación filial, lo cual también resulta predicable en el caso de la madre adoptante quien requiere contar con el tiempo y el dinero para iniciar el proceso de adaptación con el niño, niña o adolescente que le sea entregado en adopción.⁵¹

Sobre la relevancia de la licencia de maternidad en los procesos de adopción, esta Corporación manifestó en la Sentencia C-543 de 2010⁵², que el tiempo inicial de integración familiar es de suma importancia en el proceso de adaptación de la nueva familia, tanto en los casos en los que los adoptados son niñas o niños menores de siete años como cuando son mayores a esa edad. La Corte ha considerado que el descanso remunerado tiene –entre otros fines– que la madre biológica o la adoptante se pueda dedicar al cuidado del recién nacido y de sus necesidades propias, así como las del niño según la edad que sea entregado en adopción. Además, y especialmente busca que se creen las condiciones de desarrollo físico, social y afectivo en esa primera etapa para el niño recién nacido o entregado en adopción, sin que las preocupaciones laborales sean un obstáculo o carga. De allí que, desde el punto de vista legal, se haya señalado que las garantías de las madres gestantes se deben extender a las adoptantes, en los términos del numeral 4 del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo.

Al respecto, en la parte considerativa de esa providencia se citó el siguiente aparte de la intervención que presentó el ICBF en aquella ocasión: “*de conformidad con el concepto técnico de la Subdirección de Adopciones del*

⁴⁸ Sentencia T-998 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁴⁹ Sentencia C-543 de 2010, M.P. Mauricio González Cuervo.

⁵⁰ CP art. 44.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² M.P. Mauricio González Cuervo.

ICBF, es necesario que el niño, niña o adolescente adoptado cuente con la presencia física permanente del o de los padres adoptantes desde el momento en que se entrega a la familia y por un tiempo determinado, como lo es la licencia de maternidad y paternidad, etapa en la que debe garantizársele al niño la construcción de un vínculo afectivo fuerte, seguro y definitivo, que se logra exclusivamente con el contacto directo y la interrelación permanente durante los primeros meses de integración, ya que el niño o adolescente necesita asimilar y tener la seguridad de que éstos serán sus padres definitivos”.

Reglas sobre el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad de las trabajadoras dependientes en estado de embarazo o en período de lactancia y las madres adoptantes

3.5.11. De acuerdo con la legislación laboral, para el reconocimiento de la licencia de maternidad las trabajadoras dependientes –madres biológicas– deben presentar al empleador el certificado médico en el que conste el estado de embarazo de la trabajadora, así como la indicación del día probable del parto y del día desde el cual debe empezar la licencia, pudiendo tomar una o dos de estas semanas antes del parto.⁵³ En el caso de las trabajadoras dependientes que son madres adoptantes, el cumplimiento de estos requisitos se acredita con la comunicación al empleador de encontrarse tramitando un

⁵³ La norma vigente establece lo siguiente:

“Artículo 236. Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido. 1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia. // 2. Si se tratare de un salario que no sea fijo como en el caso del trabajo a destajo o por tarea, se tomará en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo si fuere menor. // 3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar: a) El estado de embarazo de la trabajadora; b) La indicación del día probable del parto, y c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto. // Los beneficios incluidos en este artículo, y el artículo 239 de la presente ley, no excluyen a los trabajadores del sector público. // 4. Todas las provisiones y garantías establecidas en la presente ley para la madre biológica, se hacen extensivas en los mismos términos y en cuanto fuere procedente a la madre adoptante, o al padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, sea por enfermedad o muerte, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se ha adoptado, o del que adquiere custodia justo después del nacimiento. En ese sentido, la licencia materna se extiende al padre en caso de fallecimiento o enfermedad de la madre, el empleador del padre del niño le concederá una licencia de duración equivalente al tiempo que falta para expirar el período de la licencia posterior al parto concedida a la madre. // 5. La licencia de maternidad para madres de niños prematuros, tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuales serán sumadas a las dieciocho (18) semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple, la licencia se ampliará en dos semanas más. // 6. La trabajadora que haga uso de la licencia en la época del parto tomará las dieciocho (18) semanas de licencia a las que tiene derecho, de la siguiente manera: a) Licencia de maternidad preparto. Esta será de una (1) semana con anterioridad a la fecha probable del parto debidamente acreditada. Si por alguna razón médica la futura madre requiere una semana adicional previa al parto podrá gozar de las dos (2) semanas, con dieciséis (16) posparto. Si en caso diferente, por razón médica no puede tomarla semana previa al parto, podrá disfrutar las dieciocho (18) semanas en el posparto inmediato. b) Licencia de maternidad posparto. Esta licencia tendrá una duración normal de diecisiete (17) semanas contadas desde la fecha del parto, o de dieciséis (16) o dieciocho (18) semanas por decisión médica, de acuerdo a lo previsto en el literal anterior. // **Parágrafo 1o.** De las dieciocho (18) semanas de licencia remunerada, la semana anterior al probable parto será de obligatorio goce en caso de que el médico tratante prescriba algo diferente. La licencia remunerada de la que habla este artículo, es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento de un hijo, estos días serán descontados de la misma. (...)”.

proceso de adopción “por lo menos con dos semanas de anticipación a la entrega oficial del niño, niña o adolescente”⁵⁴.

El artículo 127 de la Ley 1098 de 2006 también alude al derecho al disfrute y pago de la licencia de maternidad de la madre adoptante y establece el derecho de los menores de edad adoptivos a ser afiliados a la correspondiente EPS, desde el momento mismo de su entrega.⁵⁵

En cuanto al pago de la licencia de maternidad, el artículo 207 de la Ley 100 de 1993 estableció que “*para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157 [afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud], el régimen contributivo reconocerá y pagará a cada una de las Entidades Promotoras de Salud, la licencia por maternidad, de conformidad con las disposiciones legales vigentes*”, lo que implica que la entidad encargada de pagar a la afiliada su licencia de maternidad es la respectiva EPS. Por otro lado, en lo que respecta al trámite para reclamar dicho pago, el artículo 121 del Decreto 19 de 2012 establece que esta diligencia debe ser adelantada por el empleador y que –en ningún caso– se le podrá trasladar al afiliado.⁵⁶

Finalmente, según el artículo 78 del Decreto 2353 de 2015, la EPS asumirá el pago total de la licencia de maternidad: (i) siempre y cuando se hayan efectuado los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud durante todo el período de gestación de manera ininterrumpida y oportuna; y (ii) en forma proporcional, cuando por inicio de la vinculación laboral se hubiere cotizado por un período inferior al de la gestación. Adicional a ello, (iii) en caso de mora en el pago de aportes durante el período de gestación, el reconocimiento de la licencia tendrá lugar, siempre y cuando a la fecha del parto se hubieren cancelado la totalidad de los aportes y de los intereses moratorios correspondientes⁵⁷.

⁵⁴ ICBF, Concepto 8, enero 25 de 2016, este documento se encuentra disponible en el siguiente link: http://icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000008_2016.htm

⁵⁵ “**Artículo 127. Seguridad social de los adoptantes y adoptivos.** El padre y la madre adoptantes de un menor tendrán derecho al disfrute y pago de la licencia de maternidad establecida en el numeral 4 del artículo 34 la Ley 50 de 1990 y demás normas que rigen la materia, la cual incluirá también la licencia de paternidad consagrada en la Ley 755 de 2002, incluyendo el pago de la licencia a los padres adoptantes. Los menores adoptivos tendrán derecho a ser afiliados a la correspondiente EPS o ARS, desde el momento mismo de su entrega a los padres adoptantes por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”.

⁵⁶ El artículo 121 del Decreto 19 de 2012 establece: “**Artículo 121. Trámite de reconocimiento de incapacidades y licencias de maternidad y paternidad.** El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento. // Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia.”

⁵⁷ “**Artículo 78. licencia de maternidad.** <Artículo compilado en el artículo 2.1.13.1 del Decreto Único Reglamentario 780 de 2016> Para el reconocimiento y pago de la prestación de la licencia de maternidad conforme a las disposiciones laborales vigentes se requerirá que la afiliada cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación. // Cuando por inicio de la vinculación laboral en el caso de las trabajadoras dependientes y en el caso de las trabajadoras independientes se hubiere cotizado por un período inferior al de la gestación se reconocerá y pagará proporcionalmente como valor de la licencia de maternidad un monto equivalente al número de días cotizados frente al período real de gestación. // En los casos en que durante el período de gestación de la afiliada, el empleador o la cotizante independiente no haya realizado el pago oportuno de las cotizaciones, habrá lugar al reconocimiento de la licencia de maternidad siempre y cuando, a la fecha del parto se haya pagado la totalidad de las cotizaciones adeudadas con los respectivos intereses de mora por el período de gestación. // En el caso del trabajador independiente las variaciones en el Ingreso Base de Cotización que excedan de cuarenta por ciento (40%)

3.6. Referentes normativos y jurisprudenciales de los empleos temporales en el sector público

3.6.1. El artículo 123 de la Constitución Política establece que el ejercicio de la función pública se supedita a lo que contemplen sobre el particular la propia Constitución, la ley y los reglamentos⁵⁸, en donde se encuentran las pautas relativas a la manera en que los servidores públicos acceden a sus cargos y a las que determinan su retiro del servicio. El artículo 125 Superior consagra los criterios generales de acceso al servicio público, indicando que, por regla general, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, a menos que se trate de cargos de elección popular, libre nombramiento y remoción, de trabajadores oficiales o de los demás que la ley haya exceptuado⁵⁹.

3.6.2. La Ley 909 de 2004 “*Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones*” señala que “[*quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública, conforman la función pública*”, de la cual hacen parte los empleos públicos temporales⁶⁰. Según lo establecido en el artículo 21 de la citada ley, la creación de estos cargos solo puede darse bajo ciertas circunstancias específicas y debe justificarse con motivaciones técnicas en cada caso, así como contar con la apropiación y disponibilidad presupuestal requeridas para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales. Además, para el acceso a estos cargos se privilegia la escogencia de personas que se encuentren en las listas de elegibles para proveer cargos de carácter permanente, agotado lo cual si podrá surtirse el empleo con la evaluación de nuevos candidatos. La norma en comento dispone textualmente:

"Artículo 21. Empleos de carácter temporal.

respecto del promedio de los doce (12) meses inmediatamente anteriores, no serán tomadas en consideración, en la parte que excedan de dicho porcentaje, para efectos de liquidación de la licencia de maternidad o paternidad. // El empleador o trabajador independiente, deberá efectuar el cobro de esta prestación económica ante la EPS o EOC. // En el caso del trabajador dependiente, cuando la variación del IBC exceda el cuarenta por ciento (40%) respecto del promedio de los doce (12) meses inmediatamente anteriores se dará traslado a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y demás autoridades competentes para que adelanten las acciones administrativas o penales a que hubiere lugar."

⁵⁸ **Artículo 123.** “*Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento (...)*”.

⁵⁹ **Artículo 125:** “*Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley (...)*”.

⁶⁰ **Artículo 1º. Objeto de la ley.** *La presente ley tiene por objeto la regulación del sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos que deben regular el ejercicio de la gerencia pública. // Quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública, conforman la función pública. En desarrollo de sus funciones y en el cumplimiento de sus diferentes cometidos, la función pública asegurará la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad. // De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos: a) Empleos públicos de carrera; b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción; c) Empleos de período fijo; d) Empleos temporales.”*

1. De acuerdo con sus necesidades, los organismos y entidades a los cuales se les aplica la presente ley, podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio. Su creación deberá responder a una de las siguientes condiciones:

- a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración;
- b) Desarrollar programas o proyectos de duración determinada;
- c) Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales;
- d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.

2. La justificación para la creación de empleos de carácter temporal deberá contener la motivación técnica para cada caso, así como la apropiación y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales.

3. El ingreso a estos empleos se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente, sin que dichos nombramientos ocasionen el retiro de dichas listas. De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos”

De acuerdo con el Decreto 1227 de 2005, “[e]l régimen salarial, prestacional y demás beneficios salariales de los empleos temporales será el que corresponda a los empleos de carácter permanente que rige para la entidad que va a crear el cargo y se reconocerá de conformidad con lo establecido en la ley”⁶¹; su nombramiento “deberá efectuarse mediante acto administrativo en el que se indicará el término de su duración, al vencimiento del cual quien lo ocupe quedará retirado del servicio automáticamente”⁶².

Sobre el particular, esta Corporación se pronunció en la Sentencia C-288 de 2014⁶³, siguiendo para el efecto lo dispuesto con anterioridad por el Consejo de Estado⁶⁴. Al respecto, se señaló que:

“El empleo temporal constituye una nueva modalidad de vinculación a la función pública, diferente a las tradicionales de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa; tiene carácter transitorio y excepcional y, por ende, su creación sólo está permitida en los casos expresamente señalados por el legislador; ello exige un soporte técnico que justifique su implementación, el cual debe ser aprobado por el Departamento Administrativo de la Función Pública; además, se debe contar con la apropiación y disponibilidad presupuestal necesaria para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales.

⁶¹ Decreto 1227 de 2005, artículo 2.

⁶² Decreto 1227 de 2005, artículo 4.

⁶³ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁶⁴ Sentencia del dieciséis (16) de agosto de dos mil doce (2012).

Desde el punto de vista del cargo, la esencia del empleo temporal está en su transitoriedad, de lo cual se derivan otras diversas consecuencias, tales como: (i) no crea una vinculación definitiva con el Estado; (ii) no genera derechos de carrera administrativa; y (iii) está circunscrito exclusivamente a las labores para las cuales fue creado”.

El alcance de las medidas de protección a la maternidad en el caso de empleadas públicas vinculadas mediante empleos de carácter temporal

3.6.3. El alcance de la protección a la maternidad en este tipo de empleos no fue determinada en la Sentencia SU-070 de 2013, en la que sí se hizo alusión a la protección especial de quienes ocupan cargos de carrera, en provisionalidad o de libre nombramiento y remoción. Sin embargo, dicho fallo hizo énfasis en que las distintas medidas de protección señaladas para los casos estudiados de empleadas públicas “encuentran sustento en el establecimiento del sistema constitucional de provisión de cargos mediante concurso de méritos, que justifica que ‘los servidores públicos que se encuentren inscritos en la carrera administrativa ostenten unos derechos subjetivos especiales que refuerzan el principio de estabilidad en el empleo’. Lo anterior por cuanto la jurisprudencia de la Corte ha insistido en la importancia del mérito y de los concursos como ingredientes principales del Régimen de Carrera Administrativa: sistema de promoción de personal característico de un Estado Social de Derecho.”

Precisamente, al resolver la tensión existente entre la protección reforzada a la maternidad, por un lado, y el principio del mérito en el acceso a cargos públicos, por el otro, la Corte adoptó las siguientes medidas de protección a la maternidad en los casos de empleadas públicas:

En el caso de una mujer embarazada que se desempeñaba en un cargo de libre nombramiento y remoción y fue declarada insubsistente, debido a que la entidad empleadora no conocía el estado de embarazo de la actora, la Corte aplicó *regla 8.ii* señalada en dicha providencia y referida en el fundamento 3.5.9 del presente fallo, y ordenó a la entidad accionada el pago de la licencia de maternidad como medida sustituta al pago de las cotizaciones⁶⁵.

En el caso de una mujer que se desempeñaba en un cargo en provisionalidad y fue desvinculada cuando contaba aproximadamente con siete meses de gestación, debido a la supresión del cargo que ocupaba por razones de reestructuración de la planta de personal de la entidad, la Corte aplicó la regla correspondiente a los casos en los cuales se suprime el cargo de carrera que la trabajadora ocupaba en provisionalidad, *regla 7.ii* señalada en dicha providencia y referida en el fundamento 3.5.9 del presente fallo, y ordenó a la entidad el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde el momento de la supresión del cargo hasta el parto como medida sustituta al reintegro y el pago de la licencia de maternidad como medida sustituta al pago de cotizaciones⁶⁶.

⁶⁵ Expediente T-2.300.905.

⁶⁶ Expediente T-2.406.938.

Sin embargo, debido al tiempo transcurrido desde la fecha en la cual las mujeres trabajadoras incoaron las acciones de tutela para obtener la protección reforzada derivada de la maternidad y el momento en el cual se profirió la Sentencia SU-070 de 2013, la Sala decidió “(i) sustituir la medida de protección de reintegro, por la medida del pago de los salarios y demás prestaciones laborales dejadas de percibir durante el período de la gestación. (ii) En los casos en los cuales el empleador despidió a la trabajadora alegando el término del contrato (contrato a término fijo) o la culminación de la obra o labor contratada (contrato por obra o labor), se ordenará la renovación del contrato desde la fecha de la sentencia de primera instancia, así como en los demás casos en los que el despido no fue discriminatorio. Para efectos de la presente sentencia, la medida sustituta a la anterior regla consistirá en el pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir desde la fecha de la sentencia de primera instancia. Además, se decidió (iii) sustituir –para efectos de esta sentencia–, la medida protectora consistente en el pago de cotizaciones que den lugar a la licencia de maternidad, por el pago de la licencia de maternidad, teniendo en cuenta que el pago de las cotizaciones, en este momento, no surtiría los efectos que se pretenden con esta providencia”.

Asimismo, es necesario mencionar que, recientemente, en la Sentencia T-353 de 2016⁶⁷, la Corte analizó tres casos de mujeres que fueron desvinculadas de los cargos que desempeñaban en la Rama Judicial debido a la terminación de las medidas de descongestión, dos de los cuales se referían a trabajadoras que se encontraban en estado de embarazo. En dicha oportunidad, con fundamento en la Sentencia T-082 de 2012⁶⁸, que hizo referencia al alcance de las medidas de protección por fuero de maternidad cuando han operado causas objetivas, generales y legítimas que ponen fin a la relación laboral, este Tribunal sostuvo que, a pesar de que dentro de las medidas de protección del fuero de maternidad se encuentra el reintegro o renovación del contrato, la jurisprudencia ha establecido ciertos casos en los que la medida de reintegro no procede:

- “1) Cuando la empresa se ha liquidado o está en proceso de extinción la persona jurídica que la sustenta.
- 2) Cuando el origen de la desvinculación es que el cargo que la mujer embarazada ocupaba, ha sido provisto por concurso de méritos.
- 3) Cuando el origen de la desvinculación es que el cargo que la mujer embarazada ocupaba fue creado por la administración pública, para el desempeño puntual de funciones transitorias relativas a la eficacia, celeridad y mejoramiento de la función pública, como por ejemplo los cargos denominados de descongestión y,
- 4) Cuando la existencia de la relación laboral entre la mujer gestante y empleador, dependía íntimamente de la subsistencia de un contrato previo celebrado por el empleador.” (Subrayas fuera del texto).

Por lo que, en el evento en que la adopción de dicha medida se torne imposible desde el punto de vista fáctico, resulta procedente la medida de protección sustitutiva, es decir, “el reconocimiento de las prestaciones en

⁶⁷ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁶⁸ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

materia de seguridad social en salud, hasta el momento en que la mujer adquiriera el derecho al reclamo de la prestación económica de la licencia de maternidad”⁶⁹.

En este orden de ideas, la Corte decidió otorgar el amparo invocado por las accionantes frente a la protección a la maternidad, pero no ordenó su reintegro, porque consideró que este era fácticamente imposible debido a la modalidad transitoria de la vinculación laboral; tampoco concedió el pago de la indemnización establecida en el artículo 239 del Código Sustantivo de Trabajo, por cuanto la causa que motivó la terminación laboral fue objetiva, general y legítima.

3.7. Caso concreto.

3.7.1. En el asunto de la referencia, la señora Clara Inés Sierra Bedoya interpuso acción de tutela contra la Gobernación de Antioquia, por considerar vulnerados sus derechos a la igualdad y a la estabilidad laboral reforzada en su calidad de madre adoptante. La accionante asegura que la entidad demandada dio por terminado el vínculo laboral existente entre ellas, pese a encontrarse en proceso de adopción con fecha definida de entrega de una niña y, por ende, estar cobijada por el fuero de maternidad. En virtud de lo anterior, solicita que se ordene a la entidad accionada su reintegro y el reconocimiento de la licencia de maternidad correspondiente.

3.7.2. Frente a los hechos planteados por la tutelante, la entidad accionada alegó que la terminación de la relación laboral obedeció al vencimiento del término para el cual fue creado el empleo y fue comunicada a la accionante antes de que la entidad conociera que la trabajadora se encontraba en proceso de adopción y que, en todo caso, mientras existió el vínculo laboral la extensión de los beneficios solicitados no era aplicable, en la medida en que la niña no había sido entregada. Además, manifestó que el período de gestación no puede equipararse al del trámite de adopción, porque este último puede prolongarse por un término incierto que, generalmente, supera al de la gestación.

3.7.3. El Juzgado Décimo Civil del Circuito de Oralidad de Medellín decidió negar el amparo solicitado, porque consideró que, al no haber ocurrido la entrega de la niña en el momento de la vigencia del vínculo laboral, la accionante no obtuvo la calidad de madre adoptante y, por ende, no era dable extenderle la protección del fuero de maternidad. Añadió que la terminación del vínculo laboral no obedeció al proceso de adopción que inició la peticionaria, sino al carácter temporal de dicho vínculo.

3.7.4. Así las cosas, corresponde a la Sala resolver si se configura o no una violación de los derechos de la señora Clara Inés Sierra Bedoya a la estabilidad laboral reforzada, a la seguridad social y al mínimo vital, en condiciones de igualdad, como consecuencia de la decisión adoptada por la

⁶⁹ Sentencia T-082 de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Gobernación de Antioquia, consistente en no prorrogar su nombramiento, pese a encontrarse en proceso de adopción y a tener una fecha cierta de entrega de la niña que sería adoptada.

3.7.5. Para dar respuesta al problema jurídico planteado, es necesario reiterar que las mujeres en estado de embarazo gozan de estabilidad laboral reforzada durante la gestación y los tres meses siguientes al parto y tienen derecho al reconocimiento y pago de una licencia de maternidad remunerada, entre otras garantías establecidas en el Capítulo V, del Título VIII, del Código Sustantivo del Trabajo, las cuales fueron extendidas a las madres adoptantes asimilando la fecha del parto a la fecha de entrega del menor, en virtud del numeral 4 del artículo 236 de dicho Código. Esto, como ya se explicó, porque el legislador, al hacer dicha analogía, pretendía equiparar en derechos y garantías a las familias constituidas por vínculos civiles respecto de aquellas integradas por vínculos consanguíneos y, de esta manera, eliminar el déficit de protección que existía respecto de las primeras.

3.7.5.1. Con base en lo anterior, la Sala hará extensiva la aplicación de los requisitos generales para la garantía de la protección laboral reforzada a la maternidad fijados en la Sentencia SU-070 de 2013⁷⁰, previamente explicados en esta providencia, con el fin de determinar su viabilidad en el presente caso. En particular, como allí se mencionó, hay lugar a otorgar la salvaguarda derivada de dicho fuero, cuando se cumplen las siguientes condiciones:

(i) *La existencia de una relación laboral o de prestación de servicios en el ámbito del contrato realidad.* De acuerdo con las copias del acta de posesión suministrada por la accionante, los actos administrativos de nombramiento allegados por la entidad accionada y las afirmaciones de ambas partes en el proceso, se constata que entre ellas existió una relación laboral desde el 5 de noviembre de 2013 hasta el 18 de junio de 2016, la cual fue terminada por el vencimiento del término para el cual fue creado el empleo.

(ii) *Que la mujer se encontraba en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación.* En este caso, por tratarse de una madre adoptante, de la valoración conjunta de los actos administrativos de nombramiento y posesión que la vincularon laboralmente con la Gobernación de Antioquia desde el 5 de noviembre de 2013 hasta el 18 de junio de 2016; de las comunicaciones de la accionante a la Directora de Personal de la citada Gobernación, con fechas del 26 de abril y 16 de junio de 2016, en las que informa que se encuentra en trámites para adoptar, que el ICBF aprobó su solicitud y que programó el encuentro con la niña para el día 19 de julio de 2016; y de los oficios del ICBF a la accionante y a su esposo, con fechas del 25 de abril y 16 de junio de 2016, en los que les informa que han sido considerados aptos como madre y padre adoptantes, que se aprobó su adopción respecto de una niña y en donde se les extiende citación para encuentro familiar el día 19 de julio de 2016; se considera que, efectivamente, se tenía certeza sobre la condición de madre

⁷⁰ M.P. Alexei Julio Estrada.

adoptante de la señora Clara Inés Sierra Bedoya –así como cuando se conoce del embarazo de la madre biológica– en vigencia de la relación laboral con la Gobernación de Antioquia y que, además, estaba próxima a suceder la fecha de la entrega definitiva de la niña adoptada –fecha que ha de asimilarse al parto– cuando ocurrió su desvinculación del cargo.

Así las cosas, no cabe duda de que, en el presente caso, resulta procedente la aplicación de la protección reforzada derivada de la maternidad en favor de la accionante y de su hija adoptiva. En efecto, la señora Sierra Bedoya estuvo vinculada laboralmente con la Gobernación de Antioquia desde el 5 de noviembre de 2013 hasta el 18 de junio de 2016, mediante nombramiento que había sido prorrogado en múltiples ocasiones. Por su parte, el ICBF le comunicó a la actora la idoneidad para la adopción el 25 de abril de 2016 y la aprobación de su solicitud con la asignación de una niña, fijando como fecha de entrega el 19 de julio del mismo año. Estas situaciones fueron comunicadas por la accionante, de inmediato, a la entidad empleadora (el 26 de abril y el 16 de junio de 2016) que tuvo conocimiento del estado del proceso de adopción en vigencia del vínculo laboral.

Para esta Sala, asimilar la fecha del parto a la fecha de la entrega del niño, niña o adolescente en el proceso de adopción, para efectos de extender el fuero de maternidad a las madres adoptantes, implica que, así como la protección especial de la madre biológica incluye tanto el período de gestación como la época del parto y las semanas siguientes al nacimiento del hijo, lo propio debe ocurrir en el caso de la madre adoptante.

Esto se traduce en que no solo a partir del momento de la entrega oficial de los menores de edad, las madres adoptantes adquieren las prerrogativas derivadas del fuero de maternidad, sino que este empieza a operar desde antes, tal como ocurre durante el embarazo, pues resultaría lesivo del principio de igualdad, que las provisiones y garantías de protección de la maternidad solo operen desde la entrega del niño, cuando la Constitución Política y la legislación ha establecido de forma expresa que los beneficios se extenderán en los mismos términos a las familias con vínculos civiles a partir del agotamiento del proceso de adopción (CP art. 42).

Lo anterior, se reitera, encuentra justificación en el hecho de que, así como la madre biológica se prepara durante el embarazo para recibir al nuevo integrante de la familia, la madre adoptante debe hacer lo propio una vez se le ha confirmado la entrega del niño, niña o adolescente, con el propósito de garantizar que a su llegada cuente con los elementos –tanto materiales como emocionales– para su adaptación e integración al nuevo núcleo familiar. Esto conlleva a que no pueda desconocerse la importancia de ese período previo a la entrega en el proceso de adopción, ya que se estaría haciendo una distinción injustificada entre la madre biológica y la adoptante, en perjuicio de esta última y de sus hijos e hijas adoptados.

3.7.5.2. Sin embargo, al igual que ocurre con el embarazo, el período previo al parto que se asimila al de la entrega del niño, niña o adolescente en el proceso

de adopción no puede ser indefinido, pues esta indeterminación conduciría a una ventaja injustificada para un solo tipo de familia. Por tanto, para determinar cuándo comienza a operar la protección especial a la maternidad en el caso de las trabajadoras que son madres adoptantes, resulta indispensable examinar las distintas etapas del procedimiento administrativo de adopción vigente.

De acuerdo con la Resolución No. 2551 del 29 de marzo de 2016⁷¹, que adopta el lineamiento técnico del ICBF para adopciones en Colombia⁷², existe una ruta del programa de adopción cuyos primeros tres pasos hacen referencia a la solicitud de información y orientación legal sobre el trámite por parte de las personas interesadas en iniciar un proceso. A partir del paso cuatro de la ruta, los interesados radican la solicitud de adopción junto con los documentos requeridos y, si esta solicitud es aceptada, inician su postulación como adoptantes⁷³.

Los pasos cinco a 12 de la ruta del proceso de adopción hacen referencia a (i) el análisis de documentos (paso cinco), (ii) la participación en tres talleres de preparación (paso seis), (iii) la realización de entrevistas con trabajo social, psicología y con los hijos de los solicitantes cuando los tengan (pasos siete a 11) y (iv) la práctica de una visita domiciliaria con la familia extensa y personas cercanas a los solicitantes (paso 12). En el caso de adoptantes de nacionalidad colombiana y residentes en el país, los términos establecidos en el lineamiento podrían llevar a que, superados todos los pasos de la postulación, en un tiempo máximo de aproximadamente 131 días hábiles (cuatro meses, 11 días) puedan contar con una recomendación o certificación de idoneidad, emitida con base en la valoración realizada por los equipos psicosociales de los centros zonales o regionales del ICBF o de las Instituciones Autorizadas para desarrollar el Programa de Adopción -IAPA-, la cual es remitida para evaluación y aprobación por parte del Comité de Adopciones.

Una vez el informe de la historia de los solicitantes es remitido al Comité de Adopciones (paso 14), la instancia en donde se adelanta el proceso de adopción elabora el informe integral del niño, niña o adolescentes y lo remite al Comité, contando para esto con un tiempo máximo de un mes, a partir de que las resoluciones de declaratoria de adoptabilidad y de autorización para la adopción estén en firme (paso 15). La duración del estudio de las solicitudes para concepto de idoneidad por parte del Comité de Adopciones no está determinada, pues depende de diferentes factores tales como la revisión y el análisis de los documentos aportados, la verificación de trámites anteriores de

⁷¹ Modificada mediante la Resolución No. 13368 del 23 de diciembre de 2016.

⁷² El lineamiento técnico administrativo del programa de adopción se encuentra publicado en el link: <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/bienestar/proteccion/programa-adopciones/Interactivos/LM16.P%20Lineamiento%20Tecnico%20Administrativo%20del%20Programa%20de%20Adopciones%20%20v1.pdf> Una versión interactiva de este lineamiento está publicada en el link: <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/bienestar/proteccion/programa-adopciones/Interactivos>

⁷³ Los pasos cinco a 12 de la ruta de adopción hacen referencia a: i) el análisis de documentos (paso cinco), ii) la participación en tres talleres de preparación (paso seis), iii) la realización de entrevistas con trabajo social, psicología y con los hijos de los solicitantes cuando los tengan (pasos siete a 11) y iv) la práctica de visita domiciliaria con familia extensa y personas cercanas de los solicitantes (paso 12).

adopción por parte de los solicitantes, y la subsanación y aclaración de la información o evidencias recogidas en etapas previas del proceso (paso 16). Si el Comité de Adopciones determina otorgar la idoneidad, se entenderá que la solicitud de adopción ha sido aprobada e ingresará a la lista de espera en estricto orden cronológico, la cual se movilizará de acuerdo con las características y condiciones de los niños, niñas o adolescentes presentados al Comité, así como por la preselección de las familias aprobadas (paso 20).

Cuando el Comité de Adopciones decide la asignación de familia tiene cinco días para notificar a los solicitantes quienes tendrán diez días para comunicar su aceptación (pasos 22 a 25). En caso de respuesta afirmativa por parte de los solicitantes, se da comienzo a una etapa de preparación para el encuentro del niño, niña o adolescente y la familia asignada que debe tomar, por lo menos, 20 días antes del encuentro, incluyendo la familiarización con sus futuros padre y/o madre (por medio de fotografías, cartas, etc.) y reuniones previas entre los futuros padre y/o madre y el equipo psicosocial para planificar ese primer contacto (pasos 26 y 27).

Una vez realizado este primer encuentro se da inicio a la etapa de integración de la familia, que es el período de convivencia para la mutua adaptación, acomodación y vinculación afectiva entre el niño, niña o adolescente y la familia adoptante, el cual contará con el acompañamiento de los profesionales que han estado a cargo del proceso de adopción. Cumplidas todas las etapas anteriores, se hará entrega de la documentación exigida para adelantar el proceso judicial de adopción establecido en la Ley 1098 de 2006, por medio del cual la relación filial adquiere su carácter de irrevocable y con efectos definitivos (pasos 28 a 30). Posteriormente, se da inicio a la etapa de seguimiento post-adopción con una duración de dos años, a partir de la expedición de la sentencia judicial de adopción, la cual una vez finalizada conlleva el cierre del proceso (pasos 32 y 33).

De acuerdo con lo expuesto, dentro del proceso de adopción existe:

- a) Una etapa inicial de información y orientación legal sobre el trámite que puede llevar a la radicación de una solicitud de adopción.
- b) Una etapa de valoración de la idoneidad de los solicitantes aceptados que conlleva: (i) el análisis de documentos; (ii) la participación en tres talleres de preparación; (iii) la realización de entrevistas con trabajo social, psicología y con los hijos de los solicitantes, cuando los tengan; y (iv) la práctica de una visita domiciliaria con la familia extensa y personas cercanas a los solicitantes.
- c) Una etapa de evaluación y aprobación de la solicitud de adopción por parte del Comité de Adopciones que, en caso de resultar favorable, ubica a los solicitantes en una lista de espera para la asignación de un niño, niña o adolescente.

d) Una etapa de preparación para el primer encuentro de la familia, que incluye la familiarización del niño, niña o adolescente con sus futuros padre y/o madre, así como reuniones previas entre los futuros padre y/o madre y el equipo psicosocial para planificar ese primer contacto.

e) Una etapa de integración de la nueva familia que, de concluir con éxito, implicará la entrega de la documentación exigida para adelantar el proceso judicial de adopción, y

f) Una etapa de seguimiento post-adopción, que tiene una duración de dos años, a partir de la expedición de la sentencia judicial de adopción y, una vez finalizada, conlleva el cierre del proceso.

En este orden de ideas, la Sala observa que, es a partir del momento en el que termina la etapa de evaluación y aprobación de la solicitud de adopción, esto es, cuando el Comité de Adopciones la aprueba y decide y comunica a los solicitantes la asignación de un niño, niña o adolescente, cuando se tiene certeza sobre su entrega y se conoce, por ende, la fecha exacta del primer encuentro de la familia. Es a partir de ese momento del proceso de adopción, en donde surge no solo una expectativa razonable de la entrega próxima del niño, niña o adolescente, sino también de la terminación satisfactoria del proceso. En este sentido, la comunicación a los solicitantes de la aprobación de su solicitud y la asignación del niño, niña o adolescente por parte del Comité de Adopciones resulta asimilable a la noticia del embarazo y, por tanto, debe gozar de la debida protección constitucional a la maternidad.

Lo anterior para concluir que, en el caso concreto, en el momento en el que el ICBF le comunica oficialmente a la accionante sobre la asignación de la niña y la fecha de entrega, puede entenderse que hay una certeza sobre su condición de madre adoptante –así como cuando se conoce del embarazo de la madre biológica– y, en consecuencia, resulta aplicable el numeral 4 del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo que extiende a la madre adoptante, “*en los mismos términos y en cuanto fuere procedente*”, los beneficios otorgados a la madre biológica lo que, en principio, conlleva a que empiece a operar la prohibición de despido desde ese momento y hasta tres meses después de la entrega de la niña.

3.7.6. Ahora bien, para determinar el alcance de la protección en el caso concreto, se hace necesario efectuar las siguientes consideraciones. Según los actos administrativos a través de los cuales se designó y prorrogó el nombramiento de la accionante –en repetidas ocasiones– en el empleo temporal, que desempeñó desde el 5 de noviembre de 2013 hasta el 18 de junio de 2016, dichos nombramientos se realizaron en consideración y bajo la justificación del literal c) del artículo 21 de la Ley 909 de 2004, que hace referencia a la sobrecarga de trabajo del personal de planta. Adicionalmente, de acuerdo con el manual de funciones del cargo desempeñado por la actora, su función principal era la “*tramitar todos los asuntos jurídicos relacionados con el tema ambiental que le competen a la Secretaría, así como todos los demás actos administrativos, asegurando que se cumplan las normas, condiciones y*

procedimientos vigentes, que apunten al logro de las metas de la dependencia”.

Si bien el cargo desempeñado por la accionante tenía un carácter temporal, algunos elementos que presenta su vinculación, dan cuenta de que ejercía actividades que no tenían vocación de desaparecer, al menos no precisamente en el momento en el que la actora alegó su fuero de maternidad, teniendo en cuenta que: a) la función principal desempeñada por la accionante, según el manual de funciones, era la relacionada con el tratamiento jurídico de los asuntos ambientales, atribución que, por su propia naturaleza, no tiende a extinguirse, de manera que resulte indispensable prescindir de personas con prohibición de despido como la actora; b) las veces y el tiempo durante el cual fue prorrogado el nombramiento en cuestión, dan cuenta de un período ininterrumpido de más de dos años y siete meses, en el que sobrevino la necesidad del servicio; c) no resulta acreditado dentro del proceso, que la labor hubiese desaparecido en su totalidad, ni que la desvinculación de la actora haya ocurrido junto con la de otros trabajadores temporales, lo que implica reconocer que, si la entidad demandada debía dar por terminada la vinculación de algunas personas que se desempeñaban en cargos temporales, de las últimas de las cuales podía tomar tal determinación era de aquellas protegidas por la estabilidad laboral reforzada, entre ellas la accionante, por encontrarse cobijada por el fuero de maternidad, al menos hasta tanto se le garantizara el goce de su respectiva licencia.

No obstante lo anterior, debe reconocerse la relevancia constitucional del acceso a cargos públicos por mérito y, con esto, las características diferenciadas de los empleos temporales que, como quedó demostrado: (i) constituyen una modalidad de acceso a la función pública diferente a las tradicionales de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa, que no crea una vinculación definitiva con el Estado, ni genera los derechos propios de dicha carrera; (ii) tienen carácter transitorio y excepcional, por lo que solo están permitidos por el término de duración indicado en el acto administrativo que lo provee y en los casos expresamente señalados en la ley; (iii) para su creación exigen un soporte técnico que justifique su implementación y, además, (iv) deben contar con la apropiación y disponibilidad presupuestal necesarias para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales.

Así pues, esta Sala advierte que, a pesar de que la terminación de la vinculación laboral de la señora Clara Inés Sierra Bedoya se basó en una causal objetiva, general y legítima, como lo era el vencimiento del término de duración del empleo, lo cierto es que, antes de hacer efectiva dicha decisión, a la entidad demandada le asistía el deber de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar su vinculación durante el período previo a la entrega oficial de la niña (asimilable al período de gestación), al mismo tiempo que le correspondía seguir realizando los aportes a la seguridad social en salud hasta que adquiriera su derecho a reclamar la licencia de maternidad, pues antes del vencimiento del nombramiento de la accionante, tuvo conocimiento con plena certeza de su calidad de madre adoptante, tal y como la propia actora se lo

comunicó y, por lo tanto, debía garantizarle una protección integral y completa en los términos de la Sentencia SU-070 de 2013⁷⁴.

Resulta relevante señalar que, si la entidad accionada hubiese obrado conforme a la protección real y efectiva de la maternidad que ordena la Constitución, habría garantizado tanto los ingresos salariales como los aportes a la seguridad social en la salud –de forma completa, oportuna e ininterrumpida– de la madre adoptante durante la época previa a la entrega de la niña, con el fin de lograr que la Entidad Promotora de Salud (EPS) a la cual se encontraba afiliada la trabajadora, asumiera el pago de la licencia de maternidad y afiliara de inmediato a su hija adoptiva.

Por lo anterior, esta Sala de Revisión considera que el amparo solicitado está llamado a proceder, solo que las órdenes de protección se adoptaran a partir del tipo de vinculación que la accionante tenía. Así las cosas, en primer lugar, la Corte entiende que el reintegro invocado resulta fácticamente imposible, pues el empleo de carácter temporal no genera derechos de carrera, ni tampoco la estabilidad precaria de los cargos de provisionalidad. Por ello, y siguiendo la dispuesto en la Sentencia SU-070 de 2013⁷⁵, en el punto concerniente a las medida subsidiarias de protección cuando el reintegro no procede, esta Sala ordenará pagar a la señora Clara Inés Sierra Bedoya los salarios y prestaciones laborales dejados de percibir desde el momento de su desvinculación (18 de junio de 2016), hasta cuando hubiese entrado a disfrutar de la licencia de maternidad, esto es, a partir del momento de la entrega de la niña (19 de julio de 2016)⁷⁶.

En segundo lugar, en la medida en que la accionante tenía derecho a la licencia de maternidad por 14 semanas contadas a partir de la entrega de la niña, en virtud de la modificación introducida por el artículo 1 de la Ley 1468 de 2011 al artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, que era la regla aplicable al momento de la ocurrencia de los hechos, tiempo que no pudo disfrutar y que resultaba de gran importancia, como ya se explicó, para garantizar la adaptación e integración de la niña a su nueva familia; y considerando que, en la actualidad, el pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social no surtiría ningún efecto para dicha reconocimiento, esta Sala ordenará como medida sustituta el pago de la licencia a la señora Clara Inés Sierra Bedoya, siguiendo también las reglas establecidas en la citada Sentencia SU-070 de 2013⁷⁷.

Finalmente, considerando que la causa que motivó la terminación laboral fue objetiva, general y legítima y, en atención a lo dispuesto en las Sentencias SU-070 de 2013⁷⁸ y T-353 de 2016⁷⁹, la Sala no concederá el pago de la indemnización establecida en el artículo 239 del Código Sustantivo de Trabajo⁸⁰.

⁷⁴ M.P. Alexei Julio Estrada.

⁷⁵ M.P. Alexei Julio Estrada.

⁷⁶ Sobre este punto, cabe resaltar que en la citada Sentencia SU-070 de 2013, se ordenó sustituir la medida de protección de reintegro, por la del pago de los salarios y demás prestaciones laborales dejadas de percibir durante el *período de la gestación*.

⁷⁷ M.P. Alexei Julio Estrada.

⁷⁸ M.P. Alexei Julio Estrada.

3.7.7. A partir de lo expuesto, esta Sala concederá el amparo deprecado y ordenará el reconocimiento y pago a la señora Sierra Bedoya (i) de los salarios y prestaciones laborales dejados de percibir desde el momento de su desvinculación (18 de junio de 2016), hasta cuando hubiese entrado a disfrutar de la licencia de maternidad, esto es, a partir del momento de la entrega de la niña (19 de julio de 2016); así como (ii) de la licencia de maternidad, en los términos de la modificación introducida por el artículo 1 de la Ley 1468 de 2011 al artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, que era la regla aplicable al momento de la ocurrencia de los hechos. Como ya se explicó, no se ordenará el reintegro en este caso, en la medida en que la peticionaria había sido nombrada en un empleo de carácter temporal y una vez garantizada la licencia, con justificación en la temporalidad del mismo, la entidad demandada podía dar por terminado el vínculo laboral. Por lo demás, tampoco se otorgará la indemnización establecida en el artículo 239 del CST, pues la causa que motivó la terminación laboral fue objetiva, general y legítima.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- Por las razones expuestas en esta providencia, **REVOCAR** la sentencia del 8 de julio de 2016 proferida por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Oralidad de Medellín, a través de la cual se negó el amparo solicitado y, en su lugar, **CONCEDER** el amparo de los derechos a la estabilidad laboral reforzada, a la seguridad social y al mínimo vital, en condiciones de igualdad, de la señora Clara Inés Sierra Bedoya.

SEGUNDO.- En consecuencia, **ORDENAR** a la Gobernación de Antioquia que en el término de cinco (5) días siguientes a la notificación de la presente sentencia, inicie las gestiones para pagar a la señora Clara Inés Sierra Bedoya (i) los salarios y prestaciones laborales dejados de percibir desde el momento de su desvinculación, hasta cuando hubiese entrado a disfrutar de la licencia de maternidad; así como (ii) la licencia de maternidad de 14 semanas a la que tenía derecho, de conformidad con lo establecido en la parte motiva de esta providencia. En todo caso, el pago deberá hacerse efectivo en un término no mayor a treinta (30) días desde la notificación de esta sentencia.

TERCERO.- Por Secretaría General, **LÍBRENSE** las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

⁷⁹ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁸⁰ En la última de las sentencias en mención se afirmó que: “*advierde la Sala que el pago de la indemnización establecida en el artículo 239 del Código Sustantivo de Trabajo, no procede, ya que la causa que motivó la terminación laboral, como se dijo, fue objetiva, general y legítima.*”

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado Ponente

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado

ROCÍO LOAIZA MILIÁN
Secretaria General (E)