

Sentencia T-054/11

ACCION DE TUTELA POR MATERNIDAD-Procedencia/DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL
REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA-Reiteración de jurisprudencia

MUJER EMBARAZADA-No es imperativa la notificación formal del embarazo

La Corte precisa además, que si bien en una época fue exigible el requisito relacionado con la notificación formal del estado de embarazo al empleador, dicho requerimiento no es imperativo cuando por el avanzado estado de gestación de la mujer su estado de gravidez constituye un hecho notorio, o cuando la trabajadora por complicaciones en el proceso de gestación se ve obligada a ausentarse temporalmente de sus labores por motivo del embarazo y presentó a su empleador una certificación médica sobre incapacidad donde señala el estado de gravidez como la causa de la incapacidad. Así mismo, recientemente se ha avanzado en el sentido de excluir dicha verificación, al punto que este requerimiento, como quedó plasmado en la Sentencia T-095 de 2008, no puede interpretarse de forma restrictiva.

EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES Y PROTECCION REFORZADA A LA MUJER
TRABAJADORA EN ESTADO DE EMBARAZO

Referencia: expediente T-2800772

Acción de tutela interpuesta por la señora Marelvy Campuzano Maury contra la Empresa Operadora de Personal del Cesar "OPEC" y el Departamento del Cesar.

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil once (2011).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, quien la preside, Nilson Pinilla Pinilla y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, y en los artículos 33 y

concordantes del Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar (Cesar), Sala Civil-Familia- Laboral, que a su vez confirmó el del Juzgado Promiscuo del Circuito de Aguachica del mismo departamento, en la acción de tutela instaurada por la señora Marelvly Campuzano Maury contra la Empresa Operadora de Personal del Cesar “OPEC” y el Departamento del Cesar.

I. ANTECEDENTES.

La señora Marelvly Campuzano Maury interpone acción de tutela, el día 25 de marzo de 2010, en contra de la Empresa Operadora de Personal del Cesar “OPEC” Ltda. y el Departamento del Cesar, por considerar que le han vulnerados sus derechos fundamentales al trabajo, salud y protección a la maternidad.

1. Hechos.

Para fundamentar su solicitud de tutela la accionante relata los siguientes hechos:

1. Manifiesta que el 17 de junio de 2009 fue enviada en misión por la Operadora de Personal del Cesar “OPEC” Ltda., a la Institución Educativa Arcenio Gutiérrez de Tamalameque.

1. Menciona que fue contratada para desempeñarse como auxiliar administrativo durante un periodo de 4 meses, que finalizaba el 18 de octubre de 2009, devengando un salario mínimo.

1. Expresa que continuó laborando por orden verbal del contratista desde la terminación del vínculo laboral inicial hasta el día 11 de enero de 2010, en razón a que la empresa “OPEC” Ltda. le comunicó la terminación del contrato de trabajo sin ninguna razón aparente, a pesar

de encontrarse en estado de gestación.

1. Precisa que al momento de interponer la presente acción de tutela contaba con 28.5 semanas de embarazo.

Solicita que le sean protegidos sus derechos fundamentales a la salud y estabilidad laboral reforzada vulnerados por las entidades demandadas

2. Contestación de las entidades demandadas.

2.1 Gobernación del Cesar

Mediante oficio allegado el 15 de abril de 2010, el representante legal de la Gobernación del Cesar da contestación a la acción de tutela, resaltándose las siguientes apreciaciones:

(i). Expresa que la accionante debe probar varios aspectos, a saber:

1. Que fue despedida durante la época del embarazo;
2. Que dicho despido tuvo como fundamento su estado de gravidez;
3. Que su empleador no contaba con el permiso expreso del inspector del trabajo; y
4. Que su desvinculación laboral amenaza su mínimo vital y el del niño que está por nacer.

(ii). Aduce que el Departamento del Cesar no se encuentra legitimado por pasiva para responder a lo solicitado por la accionante. Lo anterior, fundamentado en que dicha entidad territorial se limitó a contratar a la empresa Operadora de Personal del Cesar "OPEC" Ltda. para que se encargara de la prestación de servicios de aseo y auxiliares administrativos requeridos para las instituciones educativas oficiales del Departamento del Cesar. Por tanto, corresponde a dicha empresa el cumplimiento de las obligaciones laborales de sus trabajadores y no al Departamento.

(iii). Explica que el personal contratado por “OPEC” Ltda., no tiene vinculación laboral con el Departamento del Cesar, tal y como se plasmó en la cláusula décimo sexta del contrato de prestación de servicios núm. 585 de 2009, así como en los contratos adicionales.

(iv). Finalmente, expresa que la acción de tutela es improcedente para reclamar el reintegro de una mujer embarazada.

2.2 Empresa Operadora de Personal del Cesar “OPEC” Ltda.

Mediante contestación allegada el 15 de abril de 2010 el representante legal de dicha entidad, respecto a los hechos narrados por la accionante, expresó lo siguiente:

(ii). Que a través de comunicación emitida el 18 de septiembre de 2009 se le informó a la señora Marelvy que el día 18 de octubre finalizaría su contrato.

(iii). Que posteriormente, en el mes de noviembre, se suscribió un nuevo contrato laboral en el cual se acordó un término de 45 días.

(iv). Que el 24 de noviembre del mismo año se le notificó a la peticionaria que el día 31 de diciembre finalizaría su contrato.

Seguidamente, frente a la solicitud expuesta por la ex trabajadora puntualizó varios aspectos. En primer lugar, que el despido no se debió a su embarazo sino simplemente al vencimiento del término del contrato. Y en segundo lugar, que la señora Marelvy Campuzano jamás informó sobre su estado de gestación. Adicionalmente, adujo:

“Sobre este mismo punto también vale anotar, que la accionante manifiesta tener 28 semanas de gestación aprox. Para la época de la presentación de la tutela (abril de 2010), de lo que se colige, que para la época de la prestación del servicio ([n]oviembre-[d]iciembre de 2009) debía tener entre 10 y 14 semanas de gestación, es decir entre dos (02) y tres (03) meses de embarazo, estado que sin ser informado, no era posible conocer, pues es bien sabido que en ese lapso de tiempo los cambios físicos propios de una situación como esa aún no se ha producido, es decir, el abultamiento del abdomen y demás características aún no suelen ser percibidas a través de los sentidos, por lo cual resultaría extremadamente difícil que el entonces empleador tuviera conocimiento de su estado.¹”

Al respecto también resaltó en su escrito que la única forma de haber enterado al empleador (en este caso la Empresa "OPEC" Ltda.) era mediante su propia comunicación, en la medida en que la accionante estaba prestando sus servicios en una vereda de Tamalameque, Cesar y la empresa contratante tiene su domicilio en la ciudad de Valledupar.

Posteriormente citó jurisprudencia emitida por esta Corporación en la que se destacan como requisitos para la procedencia de la acción de tutela: (i) el previo aviso al empleador cuando no es un hecho notorio y (ii) la terminación en razón al estado de gestación. Situaciones dentro de las cuales no se encuadra según él, el presente asunto. Para concluir manifestó:

“

- Que existe causa justa para que la accionante no siguiera prestando sus servicios (cual fue la expiración del término pactado en el mismo). Esto se prueba fácilmente con las copias de los contratos celebrados.
- Que la accionante jamás informó al empleador su estado de embarazo.
- Que para la fecha de la prestación del servicio no era un hecho notorio el estado de gestación de la accionante.
- Si en gracia de discusión el estado de embarazo de la señora Campuzano fuese un hecho notorio para la época de la prestación de los servicios, era completamente imposible para el empleador conocerlo, puesto que ambos se encontraban en lugares geográficos diferentes (tal y como se prueba con los contratos aludidos y con el certificado de existencia y representación que dan cuenta del domicilio de la empresa que represento).”

3.1. Primera Instancia

El Juzgado Cuarto Promiscuo del Circuito de Aguachica (Cesar), en proveído del 20 de abril de 2010, niega el amparo considerando que no se evidencia un perjuicio irremediable por “la carencia total de pruebas”². Adicionalmente, precisa que el Departamento del Cesar debe ser desvinculado del fallo por no ser responsable dentro de esta acción.

3.2. Impugnación

La accionante allegó escrito de impugnación manifestando su condición de madre cabeza de familia y su estado de indefensión frente a la decisión tomada por el a quo.

Expresó que se encuentra desempleada y que no corresponde a ella demostrar su condición y afectación al mínimo vital, sino que debió ser el juez de instancia quien solicite a las accionadas dicha carga probatoria.

Adujo que actualmente no cuenta con afiliación a seguridad social ni a salud y que su hijo que está por nacer se halla totalmente desprotegido. Adicionalmente solicitó las siguientes pruebas:

1. Que se oficie a la empresa "OPEC" Ltda.- OPERADORA DE PERSONAL DEL CESAR, para que certifique si se le pagó la licencia por maternidad a la accionante con ocasión al despido en estado de gravidez.

1. Que se oficie a la empresa Salud vida EPS, para que certifique si en la actualidad se le está prestando el servicio obligatorio de salud y, de no ser así, indique en que fecha fue desafiliada.

Finalmente solicitó la protección de sus derechos y los del niño que está por nacer.

3.3. Segunda instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, Sala Civil-Familia-Laboral, en sentencia del 23 de junio de 2010 confirma el fallo del a quo argumentando que la acción de tutela no es procedente, debido a que no se evidencia un perjuicio irremediable. En consecuencia, no se cumplen los presupuestos fácticos necesarios para brindar protección a la accionante.

4. Pruebas relevantes que obran dentro del expediente

Con el expediente se allegaron las siguientes pruebas:

1. Contrato individual de trabajo a término fijo inferior a un año (4 meses), suscrito entre "OPEC" Ltda. y la señora Marelvy Campuzano Maury, a partir del 19 de junio de 2009, con fecha de terminación del 18 de octubre de la misma anualidad, desempeñando el cargo de "auxiliar administrativo" de la Institución Educativa Arcenio Gutiérrez en Tamalameque.

1. Contrato individual de Trabajo a término fijo inferior a un año (45 días), suscrito entre "OPEC" Ltda. y la señora Marelvy Campuzano Maury, a partir del 16 de noviembre de 2009 con fecha de terminación del 31 de diciembre de la misma anualidad, desempeñando el cargo de "auxiliar administrativo" de la Institución Educativa Arcenio Gutiérrez en Tamalameque.

1. Informe ecográfico realizado el 9 de marzo de 2010 a la señora Marelvy Campuzano, por el médico especialista en salud familiar y ecográfica Dr. Elber Dumith Devia Reyes, quien avala a dicha fecha una edad gestacional de 28.6+/- 2 semanas.

1. Fotocopia de carné para ingresar a la institución educativa y cédula de ciudadanía de la señora Marelvy Campuzano Maury.

1. Oficio remitido por "OPEC" Ltda. informando al Instituto Educativo "Arcenio Gutiérrez" de Tamalameque, que la señora Marelvy Campuzano fue vinculada como auxiliar administrativo a partir del 19 de junio de 2009.

1. Contrato de prestación de servicios suscrito entre el Departamento del Cesar y la Empresa "OPEC" Ltda.

1. Contrato adicional de servicios número 1 de fecha 2 de octubre de 2009, por un mes, suscrito entre el Departamento del Cesar y la Empresa "OPEC" Ltda.

1. Contrato adicional de servicios número 2, por cuarenta y cinco (45) días de fecha 13 de noviembre de 2009, suscrito entre el Departamento del Cesar y la Empresa "OPEC" Ltda.

1. Contrato adicional número 3 de fecha 8 de febrero de 2010 en el cual se amplía el plazo de ejecución entre "OPEC" LTDA., y el Departamento del Cesar, por 42 días más.

1. Seguro de cumplimiento de contrato celebrado entre el Departamento del Cesar y la Empresa "OPEC" Ltda., póliza número AA 032396.

1. Oficio emitido el 18 de septiembre de 2009 por "OPEC" Ltda., informando a la accionante que el 18 de octubre de esa anualidad finaliza su contrato.

1. Oficio emitido el 24 de noviembre de 2009 por "OPEC" Ltda., informando a la accionante que el 31 de diciembre de esa anualidad finaliza su contrato.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico.

De acuerdo con los antecedentes planteados, corresponde a la Sala determinar si se vulneran los derechos al trabajo, estabilidad laboral reforzada por estado de gravidez e igualdad, de una mujer desvinculada de una Empresa de Servicios Temporales, según su empleador cuando ha vencido el término del contrato de trabajo y cuando precisamente no se dio aviso del estado de gravidez durante la vigencia del mismo.

Para resolver el anterior problema jurídico, y teniendo en cuenta que este asunto ha sido ampliamente reiterado por esta Corporación, la Sala considera pertinente desarrollar los siguientes aspectos: (i) procedencia excepcional de la acción de tutela contra particulares cuando se invoca la estabilidad laboral reforzada de mujer embarazada, enseguida se estudiará lo relativo a (ii) las empresas de servicios temporales y la protección reforzada a las mujeres trabajadoras en estado de embarazo; y por último, (iii) se entrará al análisis del caso concreto para determinar si se debe conceder o no la protección invocada.

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra particulares para solicitar el reintegro cuando se invoca la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada 3. Reiteración de jurisprudencia.

3.1. Esta Corporación ha establecido que es necesario para que opere la procedibilidad de la acción de amparo:

(i) La ausencia de otros mecanismos judiciales idóneos para la protección de los derechos. 4

(ii) La presencia de un perjuicio irremediable y

(iii) La vulneración de un derecho fundamental a un sujeto de especial protección constitucional.

3.2. El artículo 53 de la Carta comprende múltiples principios relativos a la orientación de las

relaciones laborales. Dentro de dichos principios se encuentra la estabilidad en el empleo, que se materializa en el ordenamiento como una garantía del Estado Social de Derecho.

Dicha estabilidad laboral tiene además un carácter reforzado en las mujeres trabajadoras que se encuentran en estado de gravidez o lactancia, en la medida en que deben gozar de una protección especial que garantice su permanencia en el empleo, para así poder obtener los correspondientes beneficios tales como salarios y prestaciones, de manera que se proteja a la madre trabajadora y al niño que está por nacer.

Lo anterior, sin importar si se está o no en contra de la voluntad del empleador, ya que el mero hecho de estar embarazada o en fuero de maternidad no se convierte en una justa causa de despido; y la simple terminación del contrato no constituye excusa pertinente para no renovar o retirar de la actividad laboral a la trabajadora en dicha situación⁵.

3.3. La protección reforzada a las mujeres trabajadoras en embarazo o lactancia también se ha desarrollado en innumerables instrumentos internacionales cuya fuerza vinculante dentro de nuestro ordenamiento jurídico se constituye en criterio auxiliar de interpretación de los derechos constitucionales. Sobre ello, en la Sentencia C-470 de 1997, esta Corporación enfatizó en el desarrollo dado por los instrumentos internacionales de la siguiente manera:

“Por no citar sino algunos ejemplos, la Corte destaca que la Declaración Universal de derechos Humanos, en el artículo 25, señala que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”. Por su parte, el artículo 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, aprobado por Colombia por la Ley 74 de 1968, establece que “se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto.” Igualmente, el artículo 11 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, expedida en Nueva York, el 18 de diciembre de 1979, por la Asamblea General de la ONU, y aprobada por la ley 51 de 1981, establece que es obligación de los Estados adoptar “todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo” a fin de asegurarle, en condiciones de igualdad con los hombres, “el derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano”. Por su parte, el Convenio 111 de la OIT prohíbe la discriminación en materia de empleo y ocupación, entre otros motivos por el de sexo. Pero es más; desde principios de siglo, la OIT promulgó regulaciones específicas para amparar a la mujer

embarazada. Así, el Convenio No 3, que entró en vigor el 13 de junio de 1921 y fue aprobado por Colombia por la Ley 129 de 1931”.

3.5. Ahora bien, entrando al marco legal colombiano, se observa que tanto el código sustantivo del trabajo como la jurisprudencia desarrollan la estabilidad laboral reforzada por estado de gravidez o lactancia en la mujer trabajadora, junto con los beneficios de ser padres en el desarrollo de un contrato laboral, aplicando las siguientes reglas6:

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho al pago de una licencia por maternidad, de 12 semanas equivalentes a 84 días, remuneradas con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso durante la época del parto.

1. Sin importar el tipo de vinculación laboral, y siempre que no haya otra circunstancia que justificadamente autorice el despido, se proporcionará la protección a las mujeres trabajadoras durante el embarazo y el periodo de lactancia de los 3 meses posteriores al parto.

1. Para efectos de la licencia por maternidad de la trabajadora que sea madre biológica, esta se hará extensiva en los mismos términos y en cuanto fuere procedente, para la madre adoptante del menor de 7 años, asimilando la fecha del parto con la fecha de entrega oficial del menor que se adopta. En igual sentido, la licencia se extenderá al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente. Estos beneficios no excluyen a la trabajadora pública.

1. Los padres (hombres), tendrán derecho al pago de 8 días hábiles de licencia remunerada: (i) la cual es incompatible con la licencia otorgada por calamidad doméstica, (ii) se podrá solicitar en los 30 días posteriores al parto, (iii) el pago estará a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá al hombre simplemente el pago de las cotizaciones de las semanas correspondientes al periodo de gestación y en los términos que se reconoce la licencia de

maternidad.

1. En caso de aborto o parto prematuro no viable, la trabajadora tendrá derecho al pago de descanso remunerado, siempre y cuando allegue al empleador los soportes pertinentes.

1. Durante los seis meses posteriores al parto, el empleador estará en la obligación de conceder dos descansos de 30 minutos cada uno, dentro de la jornada laboral, para amamantar a su hijo, sin que por ello se efectúe descuento alguno, y por último,

La prohibición de despedir a la trabajadora comprende el periodo de lactancia (es decir los tres meses).

3.6. En consecuencia, debido a la urgencia de protección derivada de la naturaleza misma del embarazo, el problema pasa del plano legal a convertirse en un asunto de relevancia constitucional, donde será por la afectación o no de derechos esenciales de la madre gestante y su hijo por nacer, que el amparo a los mismos deba ser denegado o concedido en acción de tutela, siempre y cuando se encuentren acreditados los siguientes presupuestos:

i. Que la no renovación del contrato haya tenido lugar durante la época en que está vigente el “fuero de maternidad”, esto es, durante el embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto;

ii. Que la no renovación del contrato sea una consecuencia del embarazo, por ende que el despido no esté directamente relacionado con una causal objetiva y relevante que lo justifique (justa causa);

iii. Que no medie autorización del inspector respectivo, si se trata de trabajadora oficial o privada, o que no se presente resolución motivada por parte del jefe del respectivo organismo, si se trata de empleada pública; y

3.7. La Corte precisa además, que si bien en una época fue exigible el requisito relacionado

con la notificación formal del estado de embarazo al empleador, dicho requerimiento no es imperativo cuando por el avanzado estado de gestación de la mujer su estado de gravidez constituye un hecho notorio, o cuando la trabajadora por complicaciones en el proceso de gestación se ve obligada a ausentarse temporalmente de sus labores por motivo del embarazo y presentó a su empleador una certificación médica sobre incapacidad donde señala el estado de gravidez como la causa de la incapacidad.⁷ Así mismo, recientemente se ha avanzado en el sentido de excluir dicha verificación, al punto que este requerimiento, como quedó plasmado en la Sentencia T-095 de 2008, no puede interpretarse de forma restrictiva. Dijo entonces la Corte:

“esta exigencia deriva en que el amparo que la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos ordenan conferir a la mujer trabajadora en estado de gravidez con frecuencia únicamente se otorga cuando se ha constatado que la mujer ha sido despedida por causa o con ocasión del embarazo.

“Lo anterior ha llevado a situaciones de desprotección pues se convierte en un asunto probatorio de difícil superación determinar si el embarazo fue o no conocido por el empleador antes de la terminación del contrato, lo que se presta a abusos y termina por colocar a las mujeres en una situación grave de indefensión.⁸” Negrilla por fuera del texto original

Igualmente se ha establecido el modo en que deben proceder los empleadores sin importar el tipo de contrato:

(i). Prohibición de despedir trabajadoras por motivo de embarazo o lactancia (Art. 239 CST). Subrogado por el artículo 35 de la ley 50 de 1990. Este artículo establece que ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia. En tal razón, se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del periodo de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, sin mediar autorización de la autoridad competente en materia laboral.⁹

(ii). Se debe solicitar permiso previamente para despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o los tres meses posteriores al parto¹⁰ y los despidos que se comuniquen durante tales periodos de protección carecen totalmente de efectos y se entiende nulo (Art. 240) 11. :

Otro de los requisitos que la Corte había sostenido como necesario para proteger a la trabajadora gestante, consistía en que el empleador debía conocer su estado de embarazo, situación que debía ser notificada de manera oportuna. Sin embargo, dicho requisito no es exigido cuando el estado de embarazo es evidente o notorio o bien cuando “la trabajadora se vio obligada a ausentarse temporalmente de sus labores por motivo del embarazo y presentó a su empleador una certificación médica sobre incapacidad donde claramente se señala el estado de gravidez como la causa de la incapacidad.” 12

Sin embargo, como se mencionó, en la Sentencia T-095 de 2008¹³, resulta desproporcionado negar la protección cuando no se había dado aviso al empleador. Ello en razón a que tanto el empleador como la trabajadora caen en un debate probatorio de difícil solución y en consecuencia se hace necesario “determinar si el embarazo fue o no conocido por el empleador antes de la terminación del contrato, lo que se presta a abusos y termina por colocar a las mujeres en una situación grave de indefensión.”

Lo anterior conlleva a establecer (i) que en materia probatoria lo que se debe valorar no es la notificación al empleador sino la existencia de una causa objetiva para la terminación del vínculo laboral (situación que debe ser avalada por la autoridad de trabajo competente¹⁴) y (ii) que durante el contrato de trabajo la mujer haya quedado en estado de embarazo (situación que activa el fuero de maternidad).

Adicionalmente, esta Sala considera necesario señalar que a partir del momento en que se da el fenómeno natural de la concepción durante cualquier contrato laboral, sin importar la vinculación, nace el fuero por maternidad. En esa medida, dicha protección se debe desarrollar en pro del amparo de la madre trabajadora y del niño que está por nacer, tal y como lo señala la Constitución.

3.7. En conclusión, esta Sala precisa:

* Que la protección a la maternidad, al que está por nacer y a la mujer trabajadora, se materializan en el principio de la estabilidad laboral reforzada tanto durante el embarazo como en el periodo posterior al parto de los tres meses¹⁵.

* Que sin importar la clase de contrato que se tenga, dicha protección se activa con el solo hecho de quedar embarazada durante el desarrollo del contrato laboral.¹⁶

* Que el objeto de esta protección consiste en proporcionar tranquilidad y plena confianza a estos sujetos de especial protección que se encuentran en estado de indefensión frente al empleador que de manera arbitraria toma la decisión de efectuar la desvinculación sin una justa causa probada.

4. Las empresas de servicios temporales y la protección reforzada a las mujeres trabajadoras en estado de embarazo.

4.1. Las empresas de servicios temporales (EST) surgieron hacia mediados de la década de los años sesenta en ejercicio de la libertad de empresa, como una modalidad de trabajo por medio de la cual un empresario suministra en forma independiente trabajadores a una empresa usuaria, para que, sin perder la condición de verdadero empleador de dichos trabajadores, presten servicios subordinados al usuario¹⁷.

La primera reglamentación, establecida en el Decreto 1433 de 1983, señaló la condición de verdadero empleador o patrono de los trabajadores a la empresa suministradora de mano de obra, la cual se obligaba a constituirse como persona jurídica y garante de los salarios, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores enviados al usuario para la prestación de un servicio. De igual manera, se obligaban a no prestar dicho servicio a empresas en huelga de trabajadores, ni llevar a cabo actividades de intermediación de oferta y demanda de mano de obra¹⁸.

4.2. De conformidad con lo definido por la Ley 50 de 1990 (artículos 71 a 94), las Empresas de Servicios Temporales (EST), son personas jurídicas conformadas como sociedades comerciales, cuya actividad se centra en enganchar y remitir el personal que requieran otras personas naturales o jurídicas para los siguientes efectos¹⁹:

a. Desempeñar labores ocasionales, accidentales o transitorias, esto es, aquellas cuya duración no exceda de un mes y se requieran para cubrir necesidades ajenas a la actividad normal del solicitante de los servicios.

b. Reemplazar personal en vacaciones, en incapacidad, en licencia ordinaria y en licencia de maternidad.

c. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los periodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis meses, prorrogable hasta por seis meses más²⁰.

EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES

VINCULO LABORAL

REMISIÓN DE PERSONAL VINCULO

.....COMERCIAL..

TRABAJADORES

EMPRESA USUARIA

PRESTACIÓN DE SERVICIOS PERSONALES SIN QUE LA EMPRESA USUARIA

SEA FORMALMENTE SU EMPLEADOR

En virtud de este contrato las E.S.T. a cambio de determinada remuneración, se comprometen a remitir el personal requerido por el usuario²¹, para lo cual han de enganchar los pertinentes trabajadores mediante la modalidad contractual laboral que se acomode a la respectiva necesidad de servicio²².

1. Tanto la Ley 50 de 1990 como el Decreto Reglamentario 4369 del 4 de diciembre de 2006, se adaptaron con el fin de “regular las llamadas empresas de servicios temporales con el objeto de que esta actividad tenga un marco legal adecuado y se protejan debidamente los derechos de los trabajadores”²³, en razón a los hechos y reclamos presentados por los trabajadores y organizaciones sobre los posibles abusos en la utilización de esta figura jurídica.

Dicha normatividad enfatiza en la naturaleza, requisitos, límites, funciones y demás características fundamentales para evitar las relaciones laborales disfrazadas, simuladas o aparentes, entre usuarias y prestadoras de servicios temporales.

Adicionalmente, la Ley 50 de 1990 advierte que si cumplido el plazo de los 6 meses (prorrogables hasta por 6 meses más), subsiste la causa originaria del servicio específico, ésta (la empresa usuaria) no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma empresa de servicios temporales o con diferente empresa para la prestación de dicho servicio. Al respecto, la Sentencia C-330 de 1995 expone que lo que en realidad se busca con el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 es trazar un margen general de temporalidad a la vinculación de los trabajadores en misión, preservando la estabilidad de los trabajadores permanentes, de manera que se evite que la extrema flexibilización laboral pensada únicamente para momentos específicos del manejo del mercado y no para la generalidad.

No obstante, dicho parámetro no debe entenderse de manera absoluta toda vez que cuando se trata de mujeres en estado de gestación, las prerrogativas o beneficios propios del fuero de maternidad las cobija. Por tal razón, se hace necesario para el empleador el agotamiento de las condiciones establecidas en la legislación laboral para poder dar por terminado el vínculo contractual. De lo contrario, además de vulnerarse el debido proceso, da lugar a la aplicación de la presunción de despido por discriminación en razón del embarazo y ocasiona la posibilidad de obtener el reintegro ya sea a través de este mecanismo constitucional²⁴, o en su defecto ante el juez ordinario²⁵

5. Análisis del caso concreto

5.1. Como se expuso con anterioridad, la Sala debe establecer si a la señora Marelvly Campuzano Maury, quien se desempeñaba como auxiliar administrativa para la empresa "OPEC" Ltda., se le vulneraron los derechos fundamentales a la salud, al trabajo y la estabilidad laboral reforzada, en razón a que se encontraba en estado de embarazo cuando fue desvinculada.

Para desarrollar este acápite, en primer lugar se determinará la procedencia de la acción de tutela para el caso concreto, luego se analizará si se cumplieron los requisitos jurisprudenciales y legales del denominado fuero de maternidad, y finalmente se dictarán las órdenes correspondientes para resolver el problema jurídico objeto de estudio.

5.2. En este caso se observa, como primera medida, que la acción de tutela es procedente contra el particular "OPEC" Ltda., en razón (i) al contrato de trabajo existente entre éste y la accionante y (ii) a que se trata de amparar a sujetos de especial protección constitucional. En

cuanto al Departamento del Cesar, se determinó que de acuerdo con lo expresado en el acápite 4 de esta providencia, no hay claridad de una responsabilidad directa para con la accionante y por tanto corresponde al juez laboral ordinario establecer si se llegó a incurrir en alguna de las prohibiciones respecto a la contratación de personal con Empresas de Servicios Temporales.

5.3. Tal y como fue descrito por la accionante y reconocido por la empresa, entre ella y la EST "OPEC" Ltda. existieron al menos dos contratos de trabajo, a saber: (i) desde el 19 de junio de 2009 hasta el 18 de octubre del mismo año (ver folios 6, 26 y 73 del cuaderno de primera instancia); (ii) un segundo contrato desde el 16 de noviembre hasta el 31 de diciembre de 2009. Así mismo, la accionante sostiene que hubo una nueva vinculación laboral convenida de manera verbal hasta el mes de enero, lo cual nunca fue controvertido por la demandada ("OPEC" Ltda.)²⁶.

Según la ecografía²⁷ y la fotocopia de la historia clínica de la señora Marelvy Campuzano Maury²⁸, se puede afirmar que incluso desde la vigencia del primer contrato de trabajo, la accionante ya se encontraba en estado de embarazo en razón a que al finalizar el segundo contrato la petente contaba con aproximadamente entre 2.5 a 3 meses de gestación²⁹. Por tanto, desde entonces se activó la protección por fuero de maternidad.

5.4. Ahora bien, la Sala deberá estudiar si la desvinculación del trabajo realizada a la petente se efectuó en debida forma y acorde con los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional en materia de fuero por maternidad³⁰:

(i). Con relación a si el despido se ocasionó durante el periodo amparado por el "fuero de maternidad", esto es, que se produjo en la época del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, se tiene que: tal y como se preceptuó en el punto 5.3., cuando el despido se llevó a cabo la petente efectivamente se encontraba en estado de embarazo³¹. Del mismo modo, como se expuso en la parte general, a partir del momento en que inicia el fenómeno natural de la concepción y durante el desarrollo de cualquier contrato laboral, sin importar el tipo de vinculación, se debe ejercer la protección a la estabilidad laboral reforzada a la madre trabajadora y al niño que está por nacer, aún en contra de la voluntad del empleador, o cuando se vence el término inicialmente pactado en la vinculación laboral, o cuando no se ha dado el aviso respectivo³².

(ii). Del mismo modo, se encuentra cumplido el requisito que establece que “el despido se produjo como consecuencia del embarazo”. En esta ocasión la Sala se apoya en primer lugar, en la presunción legal que establece el numeral segundo del artículo 239 del CST, según la cual: “Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente”³³. En segundo término, la Sala refuerza su motivación en el hecho de que la señora Marelvy Campuzano Maury contaba con aproximadamente de 2 a 3 meses de embarazo cuando se le da por terminado su vínculo laboral y sin embargo, el contrato de suministro de personal celebrado entre el Departamento del Cesar y “OPEC” Ltda., sí se prorrogó en el 2010 tal y como se puede verificar en las adiciones de los contratos obrantes dentro de las pruebas aportadas³⁴.

Así las cosas, al margen de la controversia probatoria en torno a si el empleador tuvo notificación o no del embarazo, lo que se debe valorar no es la notificación sino la existencia de una causa objetiva para la terminación del vínculo laboral³⁵. Causa objetiva que evidentemente no se presentó en este caso por cuanto se celebró una prórroga contractual entre la Empresa de Servicios Temporales “OPEC” Ltda. y el departamento del Cesar; subsistiendo la necesidad del servicio³⁶, sin que se prorrogara en la misma forma el contrato de trabajo con la accionante.

(iii). La Sala observa que en ningún momento se solicitó permiso ante el Ministerio del Trabajo para autorizar el despido de la actora. Por tanto, dicha desvinculación carece de todo efecto. Esto significa que para que el despido sea eficaz el patrono debe obtener la previa autorización del funcionario del trabajo, para entonces poder entregar la correspondiente carta de terminación del contrato.

(iv). En cuanto a la existencia de un perjuicio irremediable, contrario a lo afirmado por los jueces de instancia, en el presente caso se observa que como consecuencia de la desvinculación de la señora Marelvy Campuzano Maury se ha producido una afectación de su derecho al mínimo vital y el del niño que está por nacer, toda vez que³⁷:

1. El salario devengado por la petente corresponde a un salario mínimo de manera que su no pago hace presumir la afectación al mínimo vital³⁸.

2. Como lo afirmó la accionante, carece de medios para sostenerse y es madre soltera³⁹.

3. En razón a que la accionada nunca manifestó lo contrario, se puede inferir que la falta de dicho pago ocasiona una merma significativa para los ingresos de la accionante y su hijo. Situación que no solo le genera dificultades para atender sus necesidades propias, sino que además puede repercutir de manera tal que afecte el bienestar del niño que está por nacer.

Al respecto la Corte en la Sentencia T-373 de 1998 expresó:

“En primer lugar, la Corte ha entendido que la desvinculación de la mujer embarazada de su empleo puede ser impugnada mediante la acción de tutela si se trata de proteger el mínimo vital de la futura madre o del recién nacido. Esta regla se refiere, por ejemplo, a aquellas mujeres cabeza de familia ubicadas dentro de la franja de la población más pobre, discapacitadas o, en general, con serias dificultades para insertarse nuevamente en el mercado laboral, para quienes el salario, el subsidio alimentario o de maternidad o, en general, los beneficios económicos que pueden desprenderse del contrato de trabajo, son absolutamente imprescindibles para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia. En estos casos, la discriminación por parte del patrono, apareja una vulneración de las mínimas condiciones de dignidad de la mujer quien, al ser desvinculada de su empleo, no esta en capacidad de garantizar la adecuada gestación del nasciturus ni la satisfacción de los bienes más elementales para sí misma o para los restantes miembros de su familia. Si se presentan las anteriores condiciones, nada obsta para que pueda proceder la acción de tutela como mecanismo transitorio de protección, ya no sólo de la igualdad, sino del mínimo vital de la mujer afectada⁴⁰”.

5.5. Por lo expuesto, se revocará el fallo de segunda instancia dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, Sala Civil- Familia- Laboral, del 23 de junio de 2010, debido a que la providencia en mención desconoció los mandatos constitucionales sobre la especial protección constitucional de la cual gozan las mujeres en estado de embarazo. En su lugar se concederá el amparo impetrado, ordenando a la Empresa Operadora de Personal del Cesar “OPEC” Ltda., que reintegre a la señora Marelvy Campuzano Maury al cargo que desempeñaba o a otro en condiciones similares, cancele la indemnización de que trata el artículo 239 del C.S.T. y las indemnizaciones por retiro sin justa causa según la modalidad del contrato, los salarios y las prestaciones correspondientes,

como quiera que el despido careció de todo efecto.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR, la sentencia proferida por Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, Sala Civil- Familia- Laboral, que a su vez confirmó la emitida por el Juzgado Cuarto Promiscuo del Circuito de Aguachica (Cesar) dentro de la acción de tutela iniciada por Marelvy Campuzano Maury contra la empresa Operadora de Personal del Cesar "OPEC" Ltda. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, al mínimo vital y a la seguridad social de la accionante.

SEGUNDO. ORDENAR a la empresa Operadora de Personal del Cesar OPEC LTDA que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si aún no lo hubiere hecho, restablezca a la accionante la situación contractual que estaba desarrollando en una equivalente o superior, en las mismas o mejores condiciones que se venía ejecutando el contrato.

TERCERO. ORDENAR a la empresa Operadora de Personal del Cesar OPEC Ltda. que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si aún no lo hubiere hecho, cancele a la actora todo lo adeudado por concepto de salarios y prestaciones sociales e indemnizaciones dejadas de percibir desde el momento de la desvinculación en atención a que la desvinculación careció de todo efecto.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado Ponente

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

1 Ver folio 39 del cuaderno de primera instancia.

2 Véase cuaderno de primera instancia folio 90.

3 Se retoman las consideraciones expuestas por esta Sala en la Sentencia T-471 de 2009.

4 Sobre la salvedad a que se ha hecho referencia, la Corte en las Sentencias T-1316 de 2001 y T-046 de 2009 sostuvo lo siguiente: “En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable. En consecuencia, no todo perjuicio puede ser considerado como irremediable, sino solo aquel que por sus características de inminencia y gravedad, requiera de medidas de protección urgentes e impostergables. Con todo, esta previsión del artículo 86 de la Carta debe ser analizada en forma sistemática, pues no puede olvidarse que existen ciertas personas que por sus condiciones particulares, físicas, mentales o económicas, requieren especial protección del Estado, como ocurre, por ejemplo, en el caso de los niños, las mujeres embarazadas, los menesterosos o las personas de la tercera edad”.

5 Corte Constitucional, Sentencia T-1202 de 2005.

6 Confróntese la Sentencia T-649 de 2009

7 Ver Sentencias T-589 de 2006, T-487 de 2006, T-1008 de 2007, T-1043 de 2008, entre otras.

8 Este criterio ha sido reiterado por la Corte en las Sentencias: T-352 de 2008, T-440 de 2008, T-513 de 2008, T-528 de 2008, T-687 de 2008, T-1069 de 2008. En la Sentencia T-687 de 2008, se trabajó el asunto de la necesidad y la forma de dicha comunicación, en el sentido de especificar que ya no es obligatoria puesto que: “el énfasis probatorio ya no radica en la comunicación del estado de embarazo al empleador sino en la existencia de una justa causa para la terminación del vínculo, la cual debe avalar, previamente, la autoridad de trabajo competente. Esto, no significa la inamovilidad laboral de la mujer embarazada sino la garantía de que la terminación de su vínculo laboral será producto de una justa causa”.

9 Adicionalmente, se refiere que carece de todo efecto igualmente el despido de la servidora pública durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, en el caso de las trabajadoras oficiales, 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

10 Siempre que la mujer trabajadora se encuentre en estado de embarazo, deberá ser previamente valorada la situación por el inspector del trabajo quien concederá o improbará el permiso respectivo.

El patrono está obligado a conservar el puesto a la trabajadora que esté disfrutando de los descansos remunerados o licencia por enfermedad motivada por el embarazo o parto.

No producirá efecto alguno el despido que el patrono comunique a la trabajadora en tales periodos o en tal forma que, al hacer uso del preaviso, éste expire durante los descansos o licencias mencionadas.

11 Corte Constitucional, Sentencia T-095 de 2008: “sin la protección especial que confiere el Estado a la mujer embarazada, muchas mujeres no podrán optar libremente por la maternidad, dadas las circunstancias adversas que tal decisión podría tener sobre la situación social, económica y laboral que deben afrontar muchas de ellas”

12 Ver Sentencia T-181 de 2009.

13 En esta Sentencia, la Corte realiza una interpretación más garantista del fuero de maternidad, al decidir no exigir a las mujeres en estado de embarazo la obligación de informar esa condición al empleador, con anterioridad a efectuarse el preaviso de finalización del contrato de trabajo. En efecto, el empleador bajo ninguna circunstancia podrá despedir o no renovar el contrato laboral, sin importar su modalidad, a una mujer que esté embarazada o que quede en esa condición después del preaviso, pues ello constituye una práctica abiertamente desconocedora del derecho fundamental a la estabilidad laboral de la mujer embarazada.

“la legislación laboral ha proscrito la posibilidad de despedir a cualquier mujer trabajadora por razón o por causa del embarazo y ha elevado a la categoría de presunción de despido por motivo de embarazo o de lactancia aquel que tiene lugar durante el período del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al momento del parto cuando no media autorización del inspector de trabajo o del alcalde ni se tienen en cuenta los procedimientos legalmente establecidos. Ha dispuesto, además, que la mujer que ha sido despedida en estas circunstancias debe ser indemnizada y el empleador es obligado a conservar el puesto de la trabajadora durante el término que ésta disfruta de sus descansos remunerados o de licencia por motivo de embarazo o parto. Ha preceptuado por consiguiente que en los casos en que eventualmente podría proceder el despido con base en alguno de los motivos que exigen dar por terminado el contrato de trabajo enumerados en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo, debe escucharse a la trabajadora y practicarse todas las pruebas conducentes solicitadas por las partes. Si quien conoce de la solicitud de permiso es la Alcaldía municipal, la providencia que se emite tiene únicamente carácter provisional y ha de ser revisada por la Inspección de Trabajo”.

14 Ver Sentencia T-687 de 2008.

15 Respecto de la fundamentalidad de este derecho, la Corte en sentencia T-373 de 1998 sostuvo: “En suma, una interpretación del artículo 13 de la Carta, a la luz de los artículos 43 y 53 del mismo texto, permite afirmar que la mujer embarazada tiene el derecho constitucional fundamental a no ser discriminada en el campo laboral por razón de su estado de gravidez, lo que apareja, necesariamente, el derecho fundamental a no ser despedida por causa del embarazo, es decir, a una estabilidad laboral reforzada o a lo que se ha denominado el “fuero de maternidad.”

17 Instituto de Investigaciones Jurídicas -UNAM. Las Empresas de Servicios Temporales en Colombia. Oscar Andrés Blanco Rivera.

18 Instituto de Investigaciones Jurídicas -UNAM. Las Empresas de Servicios Temporales en Colombia. Oscar Andrés Blanco Rivera.

19 Confróntese con la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral MP. Francisco Escobar Henríquez Radicado 9435 del 24 de abril de 1997.

20 Investigaciones Jurídicas -UNAM. Las Empresas de Servicios Temporales en Colombia. Oscar Andrés Blanco Rivera.

21 Se denominan usuarios las personas naturales o jurídicas que contraten con las empresas de servicios temporales, y no podrán serlo quienes tengan con estas nexos económicos que impliquen subordinación o control. Deben hacerlo mediante la suscripción de un contrato mercantil escrito, cuyas estipulaciones cuando menos han de referirse a los temas establecidos por el artículo 81 de la Ley 50 de 1990.

22 Confróntese con la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral 9435 del 24 de abril de 1997.

23 Ver Compilación de la Reforma laboral / Ministerio de Trabajo y seguridad social. Bogotá Abril de 1991 Capítulo de la exposición de motivos pag. 69.

24 Siempre y cuando esté demostrada la afectación del mínimo vital.

25 Confróntese Sentencia -T-649 de 2009.

26 Según manifestación de la accionante, la relación de trabajo culminó el 11 de enero de 2010.

27 Informe ecográfico realizado el 9 de marzo de 2010 a la señora Marelvy Campuzano, por el médico especialista en salud familiar y ecográfica Dr. Elber Dumith Devia Reyes, quien avala a dicha fecha una edad gestacional de 28.6+/- 2 semanas.

28 Copia de la historia clínica de la accionante con un informe de fecha 15 de enero de 2010, en la que se le comunica que está embarazada.

29 Se llega a esta conclusión de acuerdo a lo consignado en el examen ecográfico citado al inicio con el pie de página número 30.

30 Los requisitos mínimos de procedencia de la tutela de la estabilidad reforzada de la mujer embarazada a saber (ver Sentencia T-373 de 1998) : (1) que el despido o la desvinculación se ocasionó durante el embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto; (2) que la desvinculación se produjo sin los requisitos legales pertinentes para cada caso; (3) que el empleador conocía o debía conocer el estado de embarazo de la empleada o trabajadora; (4) que el despido amenaza el mínimo vital de la actora o que la arbitrariedad resulta evidente y el daño que aparece es devastador.”

31 A folio 11 del cuaderno de primera instancia se observa copia de la historia clínica de la petente de fecha 15 de enero de 2010 en el que se constata que la accionante se encuentra embarazada.

32 En relación a la notificación del estado de la mujer embarazada, la Corte en sentencia T-900 de 2004, estimó que “no se exige como requisito para protección constitucional del derecho a la maternidad, que la notificación del estado de embarazo que se realiza al empleador, deba ejecutarse atendiendo ciertas formalidades”.

33 Inspector del trabajo o alcalde municipal. artículo 240 ibídem.

34 Contrato adicional de servicios número 1 de fecha 2 de octubre de 2009, por un mes, suscrito entre el Departamento del Cesar y la Empresa “OPEC” Ltda. ver folios 55 y 56. Contrato adicional de servicios número 2, por cuarenta y cinco (45) días de fecha 13 de noviembre de 2009, suscrito entre el Departamento del Cesar y la Empresa “OPEC” Ltda. ver folios 57, 58, y 59; Contrato adicional número 3 de fecha 8 de febrero de 2010 en el cual se amplía el plazo de ejecución entre “OPEC” LTDA., y el Departamento del Cesar, por 42 días más ver folios 62, 63 y 64 del cuaderno de primera instancia.

35 Ver T 635 de 2009

36 El vínculo comercial.

37 En la sentencia T-148 de 2002, se identificaron una serie de hipótesis mínimas que permiten establecer la vulneración de esta garantía. Tales condiciones han sido

desarrolladas por la jurisprudencia en varias oportunidades; las mismas constituyen herramientas fundamentales con las que cuenta el juez de tutela para constatar la afectación del mínimo vital. Estas son: (i.) existencia de un incumplimiento salarial; (ii.) el incumplimiento afecta el mínimo vital del trabajador; (iii.) se presume la afectación al mínimo vital, si el incumplimiento es prolongado o indefinido; (iv) Se entiende por incumplimiento prolongado o indefinido, aquel que se extiende por más de dos meses, con excepción de aquella remuneración equivalente a un salario mínimo; y (v) los argumentos fundamentados en problemas de índole económico, presupuestal o financieros no justifican el incumplimiento salarial.

38 Al respecto la Sentencia T450 de 2008 señaló: “Ahora bien, en aras de garantizar la protección del trabajador, la Corte ha establecido un conjunto de presunciones de afectación del derecho al mínimo vital de los trabajadores. Efectivamente, se presume que existe una vulneración del derecho al mínimo vital (i) cuando se produzca un incumplimiento prolongado o indefinido de las prestaciones laborales –que generalmente ha sido el que excede dos meses- o (ii) un incumplimiento, inferior a dos meses, si la prestación es menor a dos salarios mínimos.

39 Dicha situación nunca fue controvertida por la accionada ni aparecen registros o cotizaciones al sistema en donde se verifique una unión marital de hecho de la accionante o la existencia de una ayuda económica del padre del menor que está por nacer. Adicionalmente, en este sentido la Corte, en sentencia T-818 de 2000 precisó lo siguiente:

“La Corte Constitucional ha aceptado que debe demostrarse, al menos sumariamente, que el cese en el pago de los salarios está afectando el mínimo vital. Sin embargo, el juez de tutela no puede abstenerse de conceder el amparo, argumentando simplemente que no se demostró la lesión al mínimo vital, pues su deber es, como garante de los derechos fundamentales, y en uso de la facultad oficiosa que le es reconocida, agotar los medios que tenga a su alcance para determinar la alteración de este mínimo.”

40 Cfr. Sentencia T-606 de 1995; T- 311 de 1996; T-119 de 1997; T-270 de 1997; T-662 de 1997.