

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA

FUERO DE MATERNIDAD DERIVADO DE LA ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL A LAS MUJERES DURANTE EL EMBARAZO Y LA LACTANCIA-Reiteración de jurisprudencia

MEDIDAS DE PROTECCION POR EL FUERO DE MATERNIDAD Y LA INDEMNIZACION DEL ARTICULO 239 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO

FUERO DE MATERNIDAD Y ALCANCE DE LAS MEDIDAS DE PROTECCION-Cuando las causas para la terminación de la relación laboral fueron objetivas, generales y legítimas

El juez constitucional deberá decidir, en cada caso que examina, cuál es el alcance de las medidas de protección — principales, como el reintegro o renovación del contrato, o sustitutas, como las prestaciones en materia de seguridad social en salud — cuando han operado causas objetivas, generales y legítimas que ponen fin a la relación laboral. Lo anterior obedece a dos razones primordialmente. La primera, que existe una imposibilidad de crear un estándar único de órdenes de reintegro o renovación, pues para esta Sala es claro que cada caso, cada labor o función, y cada empresa presenta posibilidades distintas para brindar la garantía de estabilidad de la alternativa laboral de la mujer gestante. La segunda responde a que, si bien en un determinado caso la orden de reintegro puede ser fácticamente imposible, no se justifica dejar sin ningún tipo de protección a la mujer embarazada siendo procedente reconocerle, conforme a las particularidades del caso y como medida sustituta, las cotizaciones respectivas a seguridad social, después de la cesación de la relación laboral y hasta el momento en que la mujer acceda a la prestación económica de la licencia de maternidad.

PROTECCION OBJETIVA A LA MUJER EMBARAZADA- Caso en que la terminación del contrato se efectuó dentro del periodo del embarazo y sin autorización del inspector de trabajo/FUERO DE MATERNIDAD Y ALCANCE DE LAS MEDIDAS DE PROTECCION-Caso en que ya no es posible la medida de reintegro o renovación por cuanto terminó la ejecución del contrato

En atención a los anteriores supuestos fácticos, esta Sala colige que en el presente caso debe operar la protección objetiva a la mujer embarazada dado que la terminación del

contrato de la accionante se efectuó dentro del periodo del embarazo y sin autorización alguna del inspector del trabajo. Lo que conduce esta Sala al reconocimiento de las medidas de protección derivadas del fuero de maternidad que se ajusten a las particularidades del caso y a las características específicas de la alternativa laboral mediante la cual se encontraba vinculada. Lo anterior por cuanto, como quedó expresado en las consideraciones (fundamento jurídico 20), una vez se verifica que es procedente la protección constitucional derivada del fuero de maternidad – la cual procede con independencia de la modalidad contractual adoptada – la aplicación de medidas de protección tanto principales como sustitutas no dependerá, en ningún caso, de la notificación que haga la trabajadora a su empleador sobre su estado de gravidez antes de la terminación del contrato. Ahora bien, una vez comprobada la procedencia de la protección objetiva en este caso, esta Sala se pregunta ¿Cuál sería entonces el alcance de las medidas de protección derivadas del fuero de maternidad en el presente caso? La jurisprudencia de este Tribunal Constitucional ha reiterado en varias oportunidades que la conservación de la relación laboral mediante ordenes de reintegro o renovación del contrato, es un desarrollo del principio constitucional a la estabilidad laboral del artículo 53, y por esta razón se trata de la medida de protección por excelencia en los casos de despido de mujeres gestantes. Sin embargo, como se precisó en los argumentos expuestos, también ha sostenido que en ciertas ocasiones cuando no es posible la medida de reintegro o renovación debido a las particularidades de la alternativa laboral y de los hechos que rodean el caso, la protección de la mujer gestante estará dada por medidas sustitutas como los aportes al sistema de seguridad social y el consecuente reconocimiento de la licencia de maternidad. Considera esta Sala que las mujeres trabajadoras en estado de embarazo, en atención a la especial protección constitucional que merecen, no tienen la obligación de soportar la carga que se deriva de la terminación por causas objetivas de la relación laboral que les provee el sustento. Por tal razón, en este caso, si bien no es posible el reintegro, debido a la misma naturaleza de la causa que dio lugar a la desvinculación, deberá reconocerse a favor de la accionante y a cargo del verdadero empleador de la misma, tal como se ha hecho en otros casos (sentencias T-375/00; T-534/09; T-245/07; T-633/07; T-069/07; T-1210/05), las prestaciones en materia de seguridad social en salud, hasta el momento que la mujer adquiera el derecho al reclamo de la prestación económica de la licencia de maternidad. Por otra parte, no procede en el presente caso el pago de la indemnización prevista en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo a cargo del empleador y a favor de la mujer embarazada, no solo porque, como se informó

anteriormente, el Sr. Terreros no tenía conocimiento del estado de gravidez de la actora al momento de la terminación del contrato, sino también porque como quedó debidamente probado, la causa que motivó la desvinculación en el presente caso es a todas luces objetiva, general y legítima.

PROTECCION OBJETIVA A LA MUJER EMBARAZADA- Caso en que la terminación del contrato se efectuó dentro del periodo del embarazo y sin autorización del inspector de trabajo/**FUERO DE MATERNIDAD Y ALCANCE DE LAS MEDIDAS DE PROTECCION-**Caso en que ya no es posible la medida de reintegro o renovación por cuanto se terminó la relación laboral por cuanto la empleadora fijó su domicilio en otra ciudad

Al igual que en el caso anterior, la protección objetiva a la mujer embarazada opera, dado que la terminación del contrato de la accionante se efectuó dentro del periodo del embarazo y sin autorización alguna del inspector del trabajo. Lo que conduce a esta Sala al reconocimiento de las medidas de protección derivadas del fuero de maternidad que se ajusten a las particularidades del caso y a las características específicas de la alternativa laboral mediante la cual se encontraba vinculada. Lo anterior por cuanto, como quedó expresado en las consideraciones (fundamento jurídico 20), una vez se verifica que es viable la protección constitucional derivada del fuero de maternidad la cual procede con independencia de la modalidad contractual adoptada la aplicación de medidas de protección tanto principales como sustitutas no dependerá, en ningún caso, de la notificación que haga la trabajadora a su empleador sobre su estado de gravidez antes de la terminación del contrato. Llegados a este punto de haber logrado confirmar la procedencia de la protección, surge de nuevo la pregunta sobre ¿Cuál sería entonces el alcance de las medidas de protección derivadas del fuero de maternidad en el presente caso? Esta Sala considera que la facultad de la empleadora para trasladarse a otra ciudad – traslado que se efectuó, según la misma, porque (i) la demandada contaba con un terreno propio en el municipio de Caucasia en el cual había iniciado la construcción de una casa, y porque (ii) la mayor parte de su familia tenía su domicilio en dicha localidad – se sustenta en el derecho a la definición del propio domicilio. Esta causa de terminación de la relación laboral, que si bien no es objetiva, ni general en el sentido que no se presenta como la consecuencia jurídica derivada de la dinámica contractual propia de las empresas o entidades, sí es legítima, en la medida en que la empleadora como ciudadana, tiene derecho a escoger y cambiar su domicilio cuando así lo quiera. Así mismo, puede inferirse que la medida de reintegro como opción principal de

protección es de imposible cumplimiento dado que, no puede obligar esta Sala a la empleadora a que traslade a la actora y al recién nacido a su nuevo domicilio y a que la reintegre a las labores domésticas en su nuevo hogar. Lo anterior por cuanto no se pueden presumir las condiciones de vida de la demandada en su nueva residencia y por lo tanto no se puede inferir que la misma requiere, también allí, del servicio doméstico.

Es preciso recordar a efectos de dar respuesta a la pregunta que se formula, que hoy por hoy es una realidad que las labores del servicio son aun socialmente subvaloradas – lo cual puede inferirse de la remuneración que se ofrece por la prestación de dichos servicios la cual no supera en muchos casos el salario mínimo legal mensual vigente y muchos otros sigue estando por debajo de este mínimo legal – y que la participación femenina en el servicio doméstico sigue prevaleciendo, pues son las mujeres quienes en su gran mayoría se encargan de éstas tareas. Además, se insiste en que en este tipo de contratos, como bien lo señaló la sentencia T-704 de 2009, “a menudo la jornada del personal del servicio doméstico es larga o incluso excesiva, sin días de descanso ni compensación por las horas extraordinarias (...) y tienen una cobertura insuficiente en lo que atañe al seguro médico, lo anterior dado que, en no pocas ocasiones, los empleadores prefieren mantener el vínculo laboral en la informalidad para así ahorrar costos.” Incluso, La Organización Internacional del Trabajo OIT ha considerado a través del Programa de Condiciones de Trabajo y Empleo la especial situación a la que se ven sometidas las personas (en nuestro país mujeres en su gran mayoría) que desempeñan este tipo de labores, pues ha entendido que los(las) trabajadores(as) domésticos(as) están en situación de vulnerabilidad y demandan, por tanto, la protección del Estado. Por consiguiente, si bien en un primer momento se podría llegar a pensar que el ordenar el pleno reconocimiento de la medida de protección sustituta – cotizaciones al sistema de seguridad social en salud destinadas al otorgamiento de la licencia de maternidad completa – resultaría excesivamente oneroso para la empleadora, teniendo en cuenta que la accionante solo trabajo como empleada del servicio domestico por un periodo dos (2) meses y veinte (20) días, esta Sala considera que, en este caso, no hay lugar a concluir tal cosa pues la actora devengaba un salario mensual de \$535.600 pesos. Por el contrario, la situación particular de la accionante como trabajadora en embarazo, y empleada del servicio doméstico, la colocan en una situación de doble vulnerabilidad que demanda una protección derivada del fuero de maternidad más especial, en el caso particular, un pleno reconocimiento de la medida de protección sustituta. Por último, basta agregar que no procede en el presente caso el pago de la indemnización prevista en el artículo 239 del

Código Sustantivo del Trabajo a cargo del empleador y a favor de la mujer embarazada, dado que la demandada puso fin a su relación laboral con la accionante, un día antes de que esta le informara su estado de embarazo

FUERO DE MATERNIDAD DE EMPLEADA DEL SERVICIO DOMESTICO-Caso en que se ordena a la empleadora que reconozca de forma plena a la demandante la medida sustituta de protección derivada de este fuero

Esta Sala ordenará a la demandada que reconozca de forma plena, a la peticionaria, la medida sustituta de protección derivada del fuero de maternidad, para lo cual deberá tomar las medidas necesarias para reconocer los aportes al Sistema de Salud correspondientes al periodo efectivamente laborado por ésta y al periodo de gestación posterior a la terminación de su contrato de trabajo, con el fin de garantizarle a futuro el reconocimiento de su licencia de maternidad.

Referencia: expedientes T-3.215.831 y T-3.230.993

Acciones de tutela instauradas por Zandra Karina Obando Campos contra CEDENAR S.A. E.S.P. y por Libis Yohana Berrio Julio contra Claudia Zaray Agustín Márquez.

Magistrado Ponente

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D. C., dieciséis (16) de febrero de dos mil doce (2012)

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, 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 siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Tumaco Nariño, el ocho (8) de agosto de dos mil once (2011), y por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de conocimiento de Medellín, el dieciséis (16) de agosto de dos mil

once (2011), en las acciones de tutela instauradas por Zandra Karina Obando Campos contra CEDENAR S.A. E.S.P. y por Libis Yohana Berrio Julio contra Claudia Zaray Agustín Márquez, respectivamente.

Mediante Auto del trece (13) de octubre de dos mil once (2011) proferido por la Sala de Selección Número Diez (10), los expedientes T-3.215.831 y T-3.230.993 fueron acumulados por presentar unidad de materia relacionada con la protección de la trabajadora embarazada con el fin de que fueran fallados en una misma providencia.

En consecuencia, la Sala procede a exponer los antecedentes fácticos y procesales de cada uno de los expedientes:

I. ANTECEDENTES

Hechos

1.- El día 15 de octubre de 2010, CEDENAR S.A. E.S.P. y el Ingeniero Eléctrico John Alexander Terreros Perea suscribieron contrato de interventoría No. 407-2010 de las obras de la normalización de redes de distribución eléctrica en ciertos sectores y barrios del municipio de Tumaco (Nariño).

2.- El 17 de enero de 2011, el Sr. Terreros Perea conviene de forma verbal con la Sra. Zandra Karina Obando Campos el desempeño de las funciones de asistente administrativa¹ de la Interventoría Técnica Centrales Eléctricas de Nariño – Proyecto PRONE 004-2010.

3.- El primero (1) de marzo del 2011, el Sr. Terreros Perea conviene por escrito con la Sra. Zandra Karina Obando Campos su vinculación mediante contrato por duración de la obra o labor² para desempeñarse como Asistente Administrativo Nivel 1 en la Interventoría Técnica Centrales Eléctricas de Nariño – Proyecto PRONE 004-2010.

4.- La Sra. Obando Campos manifiesta que durante el desarrollo de la relación laboral quedó en embarazo, el cual los médicos diagnosticaron como de alto riesgo, con ‘amenaza de aborto’ según historia clínica del 9 de marzo de 2011 y certificación médica especializada del 6 de abril de 2011.

5.- Como consecuencia de ciertas irregularidades presentadas, el contrato de interventoría

suscrito entre CEDENAR S.A. E.S.P. y el Sr. Alexander Terreros fue terminado y liquidado de mutuo acuerdo y de forma anticipada el día 29 de abril de 2011.

6.- El día 9 de junio del 2011, luego de que CEDENAR S.A. E.S.P. vinculara mediante contrato de interventoría al Ingeniero Jaime Gerardo Zuñiga para continuar con las obras, se convocó por este último a los señores José Luis Valencia, José Simón Martínez, Francisco Villa y Gabriel Cortes – quienes habían sido contratados igualmente por el Sr. Alexander Terreros – para que continuaran con sus labores, quedando excluida la demandante de esta selección.

7.- El día 13 de junio del mismo año, la actora envió un derecho de petición al Gerente Regional de CEDENAR informando que a la fecha contaba con cuatro meses de embarazo y solicitando se le explicaran los motivos por los cuales no fue llamada para continuar trabajando como Asistente Administrativo Nivel 1, del cual no ha recibido respuesta alguna.³

Fundamentos jurídicos de la solicitud de tutela

Afirma la accionante que de los anteriores hechos se desprende que le han sido vulnerados sus derechos al mínimo vital, seguridad social y a la estabilidad laboral reforzada de mujer embarazada. Solicita que se vincule al contratista saliente JHON ALEXANDER TERREROS PEREA, interventor del proyecto PRONE 004-2010 CEDENAR, o a quien haga sus veces y se ordene a la demandada que “cese la vulneración de mis derechos fundamentales ya mencionados y procedan a indemnizarme de manera inmediata; que se efectúen los aportes correspondientes a la seguridad social, toda vez que los estoy asumiendo como trabajadora independiente...”.

Respuesta de la demandada

La demandada dio contestación a la solicitud de tutela dentro del término legal. En el escrito de respuesta, CEDENAR Centrales Eléctricas de Nariño S.A. E.S.P. manifestó que “la señora ZANDRA KARINA OBANDO CAMPOS, no fue contratada por CEDENAR S.A. E.S.P., en las condiciones señaladas por la accionante [sic]. Lo que si es efectivo es que CEDENAR S.A. E.S.P. mediante contrato de interventoria No. 407 de 2010 celebrado el 15 de octubre de 2010, contrató con el ingeniero JHON ALEXANDER TERREROS PEREA el servicio de interventoría técnica de las obras de normalización de redes de distribución eléctrica (...)”

De otra parte, recordó que en la cláusula décima del contrato de interventoría sobre SALARIOS Y PRESTACIONES, celebrado con el Ingeniero Terreros Perea, se estableció que sería responsabilidad del contratista el reconocimiento de las prestaciones legales de los trabajadores que éste contratara para la ejecución del contrato, así como su afiliación a un fondo de cesantías, al régimen de seguridad social en salud, pensiones y riesgos profesionales. Adujo que el contrato en mención, el cual inició mediante acta del 29 de octubre de 2010, fue terminado y liquidado de forma anticipada y por mutuo acuerdo el día 29 de abril de 2011.

Finalmente, mencionó que el día 28 de julio de 2011, se hizo entrega a la accionante del oficio contentivo de la respuesta a lo solicitado en su derecho de petición, dándole a conocer las razones de la terminación del contrato entre CEDENAR S.A. E.S.P. y el Sr. Jhon Alexander y solicitándole dirigirse a éste último para el reconocimiento de sus pretensiones.

Actuaciones procesales

Única Instancia

Mediante sentencia fechada el ocho (8) de agosto de dos mil once (2011), el Juzgado Primero Civil del Circuito de Tumaco Nariño declaró improcedente la acción de tutela impetrada. Sostuvo que el contrato de interventoría entre John Alexander y CEDENAR S.A. E.S.P se terminó por determinación de esta última y que “entre la accionante y CEDENAR S.A. E.S.P., no existe ningún vínculo laboral por lo que mal podría este despacho ordenar a ésta última la contrate, como tampoco puede CEDENAR S.A. E.S.P. ordenar a su nuevo contratista qué personal debe o no contratar”.

En conclusión, sostuvo que la terminación del contrato de trabajo de obra o labor contratada realizado entre el Ingeniero Jhon Alexander Terreros Perea y Zandra Karina Obando Campos, se debió a la terminación y liquidación del contrato realizado por éste y CEDENAR S.A. E.S.P. y no por el embarazo de ésta última.

Pruebas que obran en el expediente

1.- Copia del formulario de novedades de afiliación a SALUDCOOP EPS donde consta que la Sra. Obando Campos fue contratada por el Sr. John Alexander Terreros como Asistente

Administrativo el diecisiete (17) de enero de 2011. (Folio 14 del cuaderno 1)

2.- Copia del contrato de trabajo por la duración de un obra o labor contratada con fecha de iniciación de labores el primero (1) de marzo de 2011, donde aparece el Sr. Alexander Terreros como empleador y la Sra. Karina Obando Campos como trabajadora para desempeñar el cargo de Asistente Administrativo Nivel 1. (Folios 15 al 18 del cuaderno 1)

3.- Copia de la historia médica de la Clínica Miramar con fecha del 9 de marzo de 2011 donde consta consulta de Ginecología particular en la que aparece como motivo de consulta la “detección de alteraciones del embarazo” y como diagnostico “AMENAZA DE ABORTO”. (Folios 19 al 20 del cuaderno 1).

4.- Copia de certificado médico particular donde consta que la paciente, al 6 de abril de 2011, “curso un embarazo de alto riesgo obstétrico por amenaza de aborto requiere control especializado quincenal”. (Folio 21 del cuaderno 1)

5.- Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Zandra Karina Obando Campos. (Folio 22 del cuaderno 1)

6.- Copia de la planilla de pago de afiliación a salud como trabajadora independiente Saludcoop E.P.S. del mes de mayo de 2011. (Folio 25 del cuaderno 1)

7.- Copia del derecho de petición dirigido a Centrales Eléctricas de Nariño S.A. CEDENAR, radicado el 14 de junio de 2011, en el cual manifiesta tener cuatro (4) meses de embarazo a la fecha. (Folios 27 y 28 del cuaderno 1)

8.- Copia de la respuesta al derecho de petición por parte del Gerente General de Centrales Eléctricas de Nariño CEDENAR S.A. E.S.P. (Folio 28 del cuaderno 1)

9.- Copia del contrato de Interventoría celebrado entre el Sr. Raúl Ortiz Muñoz – Representante legal de Centrales eléctricas de Nariño S.A. E.S.P. – y el ingeniero electricista JHON ALEZANDER TERREROS PEREA – Contratista – con fecha de inicio del 29 de octubre de 2011. (Folio 47 a 53 del cuaderno 1).

10.- Copia de la póliza de seguro de cumplimiento particular de SEGUROS DEL ESTADO S.A. por un valor asegurado total de \$387.102.270 y por concepto de cumplimiento; buen manejo

de anticipo; prestaciones sociales y calidad del servicio. (Folio 54 del cuaderno 1)

11.- Copia del acta de terminación anticipada y liquidación por mutuo acuerdo del contrato de prestación de servicios suscrito entre CEDENAR S.A. E.S.P. y Jhon Alexander Terreros Perea del 29 de Abril de 2011. (Folio 56 a 59 del cuaderno 1)

12.- Copia del oficio en el que CEDENAR S.A. E.S.P. informó los teléfonos y direcciones de los contratistas JAIME GERARDO ZUÑIGA Y ALEXANDER TERREROS. (Folio 88 del cuaderno 1)

- Expediente T-3.230.993

Hechos

1.- El día 22 de marzo del año 2011, la actora fue contratada de forma verbal por la señora Claudia Zaray Agustín Márquez para desempeñarse como empleada doméstica en su casa de habitación.

2.- La Sra. Berrio Julio adujo que durante la relación laboral asistía cada día a casa de la accionada a cumplir sus labores y regresaba en la noche a su hogar integrado por dos menores de edad.

3.- Manifestó la demandante que el día 13 de junio del 2011, mientras se desplazaba en el metro, sufrió un desmayo y luego de ser valorada en el Hospital Marco Fidel Suárez de Bello, se le informó que contaba con 6.4 semanas de embarazo.

4.- Adujo que informó inmediatamente por vía telefónica a su empleadora sobre su estado de gravidez y que el mismo día en las horas de la tarde recibió una llamada de la misma para comunicarle que estaba despedida. Sin embargo, en la contestación a la acción de tutela, la Sra. Agustín Márquez adjunta la liquidación laboral efectuada a su trabajadora con fecha del 12 de junio de 2011, constatando que los hechos relatados por la actora ocurrieron un día después de la terminación de la relación laboral.

5.- La Sra. Agustín Márquez aduce que el traslado de su domicilio al municipio de Cauca, del cual había informado a su trabajadora desde el mes de mayo de 2011, fue la única razón por la cual puso fin al contrato verbal por servicio doméstico.

Fundamentos jurídicos de la solicitud de tutela

Afirma la accionante que de los anteriores hechos se desprende que le han sido vulnerados sus derechos a la salud, seguridad social, igualdad y a la estabilidad laboral reforzada de mujer embarazada. Solicita que se ordene a la señora Claudia Zaray Agustín su reintegro al trabajo que venía desempeñando como empleada del servicio doméstico “con las condiciones y beneficios consagrados en la ley para este tipo de vinculación laboral como se me contrató inicialmente”.

La demandada dio contestación a la solicitud de tutela dentro del término legal. En el escrito de respuesta, la Sra. Agustín Márquez adujo que más o menos el día 9 de mayo de 2011 manifestó de forma verbal a su trabajadora que, por motivos de un posible traslado de su familia al municipio de Caucasia en el mes de julio del 2011, su contrato de trabajo terminaría una vez se confirmara el viaje. Lo anterior por cuanto no podía asumir los costos de su traslado a dicho municipio debiendo contratar para el ejercicio de estas labores a una persona de dicha localidad.

Manifestó que el día 6 de junio, un día después de habersele confirmado su traslado a dicho municipio, informó a su trabajadora que sus labores terminarían el 12 de junio del 2011, a lo que la misma “asintió sin problema alguno ya que con antelación suficiente se le había informado de dicho evento”.

Indicó que la relación laboral con su trabajadora terminó ese 12 de junio de 2011 y que habiendo sido liquidada legalmente quedó a paz y salvo con la Sra. Libis Johana por todo concepto laboral.

Concluyó la accionada que “la afirmación de que la relación laboral se culminó por parte de la señora ZARAY con ocasión del estado de gravidez de la señora BERRIO, es falsa” dado que, como bien quedó demostrado en el escrito de tutela, sólo hasta el 13 de junio, un día después de la terminación del contrato, pudo enterarse ésta del estado de gravidez de su trabajadora.

Actuaciones procesales

Primera instancia

Mediante sentencia fechada el treinta (30) de junio de dos mil once (2011), el Juzgado veinticinco (25) Penal Municipal de Medellín concedió la solicitud de tutela impetrada. Sostuvo que, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no es necesario que la mujer gestante comunique su estado de embarazo al empleador con anterioridad a la terminación del contrato o del despido y que por el contrario lo único relevante para efectos de que proceda la estabilidad laboral reforzada es que la desvinculación se produzca durante la gestación o dentro de los tres meses siguientes al parto.

Impugnación

La demandada, por medio de su apoderado, impugnó en término la sentencia de primera instancia. En un primer momento sostuvo que el fallo no se sustentó en las pruebas legalmente aportadas al proceso ya que el juez no mencionó cuál era el valor probatorio que había otorgado a las mismas o las razones por las cuales las había desestimado.

Expuso también que la interpretación que hace la jueza de la jurisprudencia de la Corte Constitucional es excesiva, pues la estabilidad laboral reforzada de la trabajadora embarazada no aplica “si la razón para culminar el vínculo laboral, es una justa causa establecida en la ley laboral” como lo es la imposibilidad económica de la demandada para asumir los gastos de traslado de la accionante y su familia al municipio de Caucasia. Así mismo indicó que el no permitírsele terminar dicha relación laboral y continuar su vida en otro municipio de forma libre, vulnera su derecho fundamental a la libre locomoción.

Por las anteriores razones solicitó que se revoque en su integridad el fallo de tutela del juez de primera instancia y se condene en costas y agencias en derecho a la petente.

Segunda instancia

Mediante sentencia fechada el dieciséis (16) de agosto de dos mil once (2011), el Juzgado Tercero Penal del Circuito de conocimiento de Medellín revocó la sentencia del a quo y en su lugar denegó la solicitud de tutela impetrada. Consideró que a pesar de que la Corte Constitucional ha determinado que lo único que se debe demostrar en estos casos para que proceda el reintegro es que el estado de gravidez se haya producido en el desarrollo del contrato de trabajo, en el caso que se estudia, “no puede esta agencia judicial obligar a la empleadora al traslado de la actora con su grupo familiar” al municipio de Caucasia dada la

imposibilidad de ésta para asumir los costos adicionales.

1.- Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Libis Yohana Berrio Julio (Folio 8 del cuaderno 1).

2.- Copia de los resultados de la prueba de embarazo con fecha del 13 de junio del 2011 (Folio 5 del cuaderno 1).

3.- Copia del registro de atención por urgencias en el Hospital Marco Fidel Suárez de Bello con fecha del 13 de junio de 2011 (Folio 6 del cuaderno 1).

4.- Copia del resultado de la ecografía con fecha del 13 de junio de 2011, donde se diagnostica un embarazo de 6.4 semanas (Folio 7 del cuaderno 1).

5.- Copia de la liquidación del contrato de servicio doméstico entre la señora Claudia Zaray y la señora Libis Berrio del 22 de marzo de 2011 al 12 de junio de la misma anualidad (Folio 21 del cuaderno 1).

6.- Declaración juramentada del señor Jhon Jaidlither Agustín Márquez, hermano de la accionada, donde confirma que el contrato finalizó el día 12 de junio de 2011 y asegura que su hermana le manifestó que “el motivo de la terminación del contrato de trabajo fue la construcción de una vivienda propia en un lote de su propiedad en el municipio de Caucasia.” (Folio 23 del cuaderno 1).

7.- Declaración juramentada de la señora Sandra Patricia Ruiz Vélez, amiga de la demandada, donde manifiesta que estaba enterada de su traslado a Caucasia y de la manifestación verbal que ésta hizo a su empleada al comenzar el mes de junio de 2011 (Folio 24 del cuaderno 1).

8.- Declaración juramentada de la señora ERICA MARIA ZULUAGA JARAMILLO, amiga de la accionada, donde expresa que estaba enterada de su traslado a Caucasia y de que había comunicado esto a su empleada para que fuera buscando trabajo (Folio 25 del cuaderno 1).

9.- Copia de contrato de arrendamiento de inmueble ubicado en Caucasia Antioquia, donde

registra la señora CLAUDIA ZARAY AGUSTÍN MÁRQUEZ como arrendataria, con fecha del 5 de junio de 2012 (Folio 26 del cuaderno 1)

10.- Copia de contrato de compraventa de inmueble ubicado en Cauca Antioquia, donde registra la señora CLAUDIA ZARAY AGUSTÍN MÁRQUEZ como compradora, con fecha del 4 de abril de 2008 (Folio 27 al 31 del cuaderno 1).

II. ACTUACIONES SURTIDAS EN SEDE DE REVISIÓN

Mediante Auto del veintiséis (26) de enero de dos mil doce (2012), con base en lo dispuesto en el artículo 57 del Acuerdo 05 de 1992 y los artículos 179 y 180 del CPC, el magistrado sustanciador ordenó la vinculación de Jaime Gerardo Zuñiga y Jhon Alexander Terreros Perea y la práctica de ciertas pruebas, así:

“Primero. Ordenar que por Secretaría General de esta Corporación se ponga en conocimiento de Jaime Gerardo Zuñiga y Jhon Alexander Terreros Perea el expediente T-3.215.831 de la acción de tutela instaurada por Zandra Karina Obando Campos en contra de CEDENAR S.A. E.S.P., para que dentro del término de los tres (3) días siguientes a la recepción de la respectiva comunicación: (i) ejerzan su derecho de defensa, (ii) se pronuncien sobre las pretensiones y el problema jurídico y (iii) aporten documentos referentes al caso concreto.

Segundo. ORDENAR que por Secretaría General de esta Corporación se oficie a la Sra. ZANDRA KARINA OBANDO CAMPOS para que, dentro del término de los tres (3) días siguientes a la recepción de la respectiva comunicación (Expediente T-3.215.831), remita a este Despacho copia de la prueba de embarazo, ecografía, registro civil de nacimiento u otro documento similar que acredite la época de la concepción.

Tercero. ADVERTIR a los sujetos oficiados que, de conformidad con la legislación colombiana, deberán prestar en forma eficaz e inmediata la colaboración solicitada por esta Corporación so pena de quedar sometidos a las sanciones por desacato al cumplimiento de decisiones judiciales previstas en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.”

De acuerdo con el oficio OPTB-037/2012 del veintiséis (26) de enero de dos mil doce (2012) emanado de la Secretaría de esta Corporación, se surtió la notificación del auto a Jaime Gerardo Zuñiga y Jhon Alexander Terreros Perea del expediente T-3.215.831.

El día treinta y uno (31) de enero de dos mil doce (2012), en respuesta al oficio OPTB-037/2012, se recibió en la Secretaría de esta Corporación un escrito de Jhon Alexander Terreros Perea donde se pronunció sobre las pretensiones y el problema jurídico del expediente T-3.215.831, en estos términos:

“... me permito informar que si bien la señora ZANDRA KARINA OBANDO CAMPOS entró a formar parte de la Interventoría Técnica de las obras de normalización de redes de distribución eléctrica... en el contrato de prestación de servicios número 407-2010 a mi nombre. Con funciones de asistente administrativo grado I; su desvinculación no se efectuó durante la ejecución del mismo. Para la fecha de su desvinculación 9 de julio de 2011, yo no me encontraba como contratista de CEDENAR S.A. E.S.P. debido a que el contrato me fue cancelado unilateralmente el día 29 de abril de 2011 por CEDENAR S.A. E.S.P. Por tal razón desconozco cualquier situación que se haya generado con respecto a la tutelante.”

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1.- Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar las decisiones proferidas dentro del trámite de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Presentación del caso y planteamiento del asunto objeto de revisión

2.- Las accionantes, Zandra Karina Obando Campos y Libis Yohana Berrio Julio, presentaron acción de tutela en contra de sus empleadores CEDENAR S.A. E.S.P. y Claudia Zaray Agustín Márquez, con el fin de que les fueran restablecidos sus derechos fundamentales a la salud, igualdad, mínimo vital, seguridad social y a la estabilidad laboral reforzada de mujer embarazada.

En las situaciones mencionadas, las mujeres gestantes solicitaron a los jueces de tutela la protección de sus derechos derivados del denominado fuero de maternidad (art. 43 C.N.) según los criterios desarrollados por la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional. Solicitaron, en términos generales, el reconocimiento de la indemnización por despido

injustificado, los aportes correspondientes a la seguridad social y el reintegro a los trabajos que venían desempeñando.

3.- Frente a estas pretensiones, los empleadores demandados alegaron la falta de procedencia de la protección derivada del fuero en cuestión. En el primer caso, porque la actora no fue contratada por la empresa contratante del interventor – CEDENAR S.A. E.S.P. – sino por el Sr. Terreros Perea – ingeniero contratista – quien sí se encontraba vinculado a la compañía mediante contrato de interventoría y era éste quien tenía la obligación de responder por los salarios y prestaciones sociales de sus vinculados. Y en el segundo caso, porque al no ser notificada la empleadora del estado de embarazo de la mujer cuya relación laboral se había dado por terminada, no era posible establecer una obligación de protección. Además, porque existía una justa causa para la terminación del contrato consistente en la imposibilidad económica de la empleadora de asumir los costos del traslado de la trabajadora a su nueva residencia.

4.- Por su parte, los jueces de instancia denegaron las solicitudes de las tutelas impetradas alegando, en términos generales, que no puede ordenarse a un empleador que reintegre a una trabajadora si a éste le resulta fácticamente imposible, ya sea porque entre la demandada y la trabajadora, no existía al momento ningún tipo de vínculo laboral o porque se configura una imposibilidad económica, por parte de la empleadora, de asumir los costos del traslado de la trabajadora a su nuevo domicilio.

5.- Con fundamento en los hechos expuestos y en las decisiones proferidas por los jueces de instancia, le corresponde a esta Sala de Revisión determinar si la decisión de los demandados de dar por terminados los contratos de trabajo de las señoras Zandra Karina Obando Campos y Libis Yohana Berrio Julio, a pesar de encontrarse éstas en estado de embarazo, vulnera los derechos fundamentales a la salud, igualdad, mínimo vital, seguridad social y a la estabilidad laboral reforzada de mujer embarazada.

6.- Para resolver el problema jurídico propuesto, la Sala hará referencia a (i) El fuero de maternidad derivado de la especial protección constitucional a las mujeres durante el embarazo y la lactancia, (ii) Las medidas de protección derivadas del fuero de maternidad y la indemnización del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, (iii) El alcance de las medidas de protección derivadas del fuero de maternidad cuando las causas para la

terminación de la relación laboral fueron objetivas, generales y legítimas, y finalmente estudiará (iv) el caso concreto.

El fuero de maternidad derivado de la especial protección constitucional a las mujeres durante el embarazo y la lactancia. Reiteración de jurisprudencia

Concepto

7.- La estabilidad en el empleo – artículo 53 C.P. – entendida como una garantía colectiva que se deriva de la fórmula de Estado Social de Derecho prevista en el Preámbulo de nuestra Carta Política, fue constitucionalizada como principio orientador de la actividad legislativa en esta materia desde 1991. Con fundamento en esta disposición y teniendo en cuenta la especial protección que confirió la Constitución a ciertos individuos por encontrarse en situaciones de debilidad manifiesta (mujeres embarazadas, personas en situación de discapacidad), la Corte Constitucional, atendiendo principalmente a la necesidad de superar las condiciones de desigualdad en el ámbito laboral, ha conferido a estos(as) trabajadores(as) el derecho a la estabilidad laboral reforzada.

En reiterada jurisprudencia, este Tribunal ha sostenido que la garantía del derecho en mención se materializa en los correlativos deberes de acción y de abstención que tienen los empleadores en el marco de una relación laboral. Así, la sentencia T-518 de 2008 estableció que el derecho a la estabilidad laboral reforzada se concreta en “el deber para los empleadores de ubicar[los] [a los trabajadores] en cargos en los que puedan desarrollar labores que no atenten contra su integridad y en la prohibición de desvincularlos de sus puestos de trabajo, salvo que medien causas justas y objetivas, previamente evaluadas por el Ministerio de la Protección Social.”

Es así como –con el fin de evitar la discriminación de la mujer en el contexto laboral, amparar la vida del recién nacido y las condiciones de vida digna de la mujer en gestación –este Tribunal ha establecido que esta protección reforzada para las mujeres en estado de embarazo o en periodo de lactancia se traduce en que durante el período de gestación y el de lactancia la trabajadora no pueda ser despedida en razón a su estado. A esto es lo que la jurisprudencia de esta Corporación ha denominado: fuero de maternidad.

8.- Así mismo, dentro de esas fronteras en las cuales habrá de moverse la capacidad de

configuración de la legislación laboral, esta norma incluye otro principio fundamental de vital importancia: “[la] protección especial a la mujer, a la maternidad”. También indica que los Convenios Internacionales del Trabajo debidamente ratificados por Colombia, forman parte de la Legislación y subraya que “la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”

9.- De otra parte, la igualdad de derechos y oportunidades entre la mujer y el hombre también ha sido desarrollada por el artículo 43 de la Constitución Nacional, proscribiendo cualquier suerte de discriminación en contra de las mujeres. Esta disposición también resalta que las mujeres gozan de una especial asistencia y protección estatal durante el embarazo y luego del parto. En aquellos casos en que se trate de mujeres desempleadas o desamparadas, esta protección implica también la posibilidad de recibir un subsidio alimentario por parte del Estado. Agrega la disposición que el Estado “apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.”

10.- En el mismo sentido, el artículo 13 superior prohíbe las discriminaciones por razones de sexo, ordena al Estado promover las condiciones para que la igualdad entre las personas sea real y efectiva, y exige la adopción de medidas a favor de grupos discriminados o marginados. Además, de acuerdo con lo establecido por el último inciso “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.”

Este trato preferente que se ha dado a las mujeres en ciertas circunstancias obedece a que tradicionalmente las mismas han sido sometidas a diversas formas de discriminación.⁴ Trato que ha sido motivado por un conjunto considerable de normas convencionales de carácter internacional (tratados, convenios, protocolos) relativos a la igualdad de género y materializado en la normatividad interna de los Estados y en las distintas decisiones de instancias nacionales e internacionales.

11.- Esta Corporación ha entendido en reiteradas oportunidades que el derecho internacional de los derechos humanos, por medio de la figura del bloque de constitucionalidad – inciso 2 del artículo 93 C.P. –, se incorpora al ordenamiento jurídico interno con el fin de completar y dinamizar el contenido de los derechos constitucionales fundamentales como el derecho a la

estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada consagrado en la Carta. Al respecto, la sentencia C-470 de 1997 indicó:

“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 de la OIT, que entró en vigor el 13 de junio de 1921 y fue aprobado por Colombia por la Ley 129 de 1931.”

12.- La legislación interna en materia laboral también contiene diversas previsiones de importancia en tratándose de mujeres en estado de gravidez o lactancia inmersas en una relación laboral. Es así como el Código Sustantivo del Trabajo ha regulado de forma detallada la prohibición de despedir a la mujer que se encuentre en estas condiciones. En el artículo 239 del Código Sustantivo de Trabajo modificado por el artículo 2 de la Ley 1468 de 2011 se lee:

1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.
2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del periodo del embarazo dentro de los tres meses posteriores al parto y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente.
3. Las trabajadoras de que trata el numeral uno (1) de este artículo que sean despedidas sin autorización de las autoridades competentes, tienen derecho al pago de una indemnización

equivalente a los salarios de sesenta días (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo.

4. En el caso de la mujer trabajadora además, tendrá derecho al pago de las catorce (14) semanas de descanso remunerado a que hace referencia la presente ley, si no ha disfrutado de su licencia por maternidad; 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.

13.- En concordancia con lo anterior, el artículo 240 del Código Sustantivo del Trabajo establece que 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”, permiso que solo podrá concederse con fundamento en alguna de las causas que tiene el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo contempladas en los artículos 62 y 63 del C.S.T. También establece que el funcionario, para resolver sobre la autorización, debe oír previamente a la trabajadora y practicar todas las pruebas conducentes y que en los casos en que sea el Alcalde 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.”

En definitiva, el fuero de maternidad corresponde a una categoría jurídica en presencia de la cual se activan en nuestro orden jurídico obligaciones y prohibiciones excepcionales para el empleador, que concretan el mandato constitucional según el cual debe otorgarse a la mujer embarazada una protección laboral reforzada, la cual exige para su aplicación solo dos requisitos: (i) que exista una alternativa laboral que respalde una relación laboral de la cual es parte la mujer gestante, y (ii) que la mujer se encuentre en estado de embarazo o en periodo de lactancia (3 meses siguientes) durante la relación laboral, de forma que si es despedida en estas condiciones, procede de inmediato el reconocimiento de las medidas de protección derivadas del fuero de maternidad.

14.- Con base en el marco constitucional y legal anteriormente expuesto, la jurisprudencia de este Tribunal anteriormente expuesto que durante muchos años las distintas Salas de Revisión de esta Corporación dispusieron que la acción de amparo constitucional fuera

procedente para reclamar la protección derivada del fuero de maternidad, siempre que concurrieran unos supuestos fácticos determinados. Lo anterior con el objeto de no vaciar de competencias a la jurisdicción ordinaria o contenciosa administrativa que son las competentes para asumir, de forma general, el conocimiento de estos asuntos. De este modo, la Corte consideraba que debía verificarse en cada caso:

“1. Que el despido se ocasione durante el período amparado por el “fuero de maternidad”, esto es, que se produzca en la época del embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto;

2. Que a la fecha del despido el empleador conociera o debiera conocer la existencia del estado de gravidez, pues la trabajadora notificó su estado oportunamente y en las condiciones que establece la ley;

3. Que el despido sea una consecuencia del embarazo, por ende que el despido no está directamente relacionado con una causal objetiva y relevante que lo justifique;

4. Que no medie autorización expresa del inspector del trabajo, si se trata de trabajadora oficial o privada, o resolución motivada del jefe del respectivo organismo si se trata de empleada pública; y que el despido amenace el mínimo vital de la actora o del niño que está por nacer.”⁵

15.- Posteriormente esta Corporación, recordando que el sentido de la legislación laboral es alcanzar el cabal desarrollo de las disposiciones constitucionales que configuran el fuero de maternidad, indicó en sentencia T-095 de 2008, que la aplicación del segundo requisito referido no debía efectuarse de manera rígida o restrictiva manifestando que:

“una interpretación rígida que marque el énfasis para otorgar la protección en que el empleador sabía del estado de gravidez de la trabajadora y no en que quedó embarazada durante la vigencia del contrato, trae como consecuencia que en los contratos a término fijo o por obra los empleadores tiendan a deshacerse muy fácilmente de las obligaciones en cabeza suya alegando que nunca supieron del estado de embarazo de la trabajadora o que tal circunstancia les fue comunicada cuando ya le habían dado aviso de la no prórroga del contrato.”

Y es que – como lo adujo la Corte en esa ocasión – los preceptos del Código Sustantivo de Trabajo en ninguna parte establecen que el estado de gravidez deba ser conocido por el empleador antes de la terminación del contrato de trabajo, pudiéndose únicamente inferir de ellos que la protección para la mujer debe operar siempre que la terminación del vínculo laboral se haya efectuado dentro del embarazo o de lactancia.

Fue precisamente de este modo como esta Corporación reveló, luego de efectuar una interpretación de los preceptos referidos conforme al derecho internacional de los derechos humanos, que estas configuran una presunción de despido por motivo de embarazo o de lactancia la cual tiene lugar durante el período del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al momento del parto en los casos en que no media autorización del inspector de trabajo o del alcalde ni se tienen en cuenta los procedimientos legalmente establecidos.

16.- Quiere esto decir – y así lo ha entendido esta Corte en sus últimas decisiones⁶ – que estamos frente a una protección objetiva de la mujer embarazada o lactante que la libera de la carga de notificar a su empleador sobre su estado de gravidez por tratarse de un asunto de difícil superación probatoria, siendo suficiente, para que haya lugar a la protección derivada del fuero de maternidad, el haber quedado embarazada durante la vigencia de la relación laboral mediante la cual se encontraba vinculada, cualquiera que fuera ésta.

En conclusión, la aplicación de las medidas protectoras derivadas del fuero de maternidad no se harán depender, en ningún caso, de la notificación que haga la trabajadora a su empleador sobre su estado de gravidez antes de la terminación del contrato. Esta notificación tendrá otros efectos de carácter indemnizatorio a los cuales nos referiremos más adelante.

17.- Bajo esta misma lógica es que esta Corte ha convenido, como manifestación de la protección objetiva, asegurar el amparo de los derechos de las mujeres en estado de gravidez sin distinguir si el contrato es a término indefinido, a término fijo o por obra o labor contratada, es decir sin importar la alternativa laboral que sustente la relación laboral de la mujer gestante.

18.- En el anterior sentido y con el fin de (i) evitar los abusos del empleador en la implementación de una u otra alternativa laboral y (ii) eximir a la mujer de situaciones complejas desde el punto de vista probatorio que terminan por dejarla sin protección, y en

vista de que la ciencia médica ha avanzado hasta el punto en que mediante una ecografía puede determinarse de modo bastante seguro el momento del embarazo, fue que esta Corporación entendió que resulta más garantista a la luz de la constitución entender la protección a la mujer en estado de gravidez como aquella que debe brindarse cuando quiera que la mujer se encontraba en periodo de embarazo o de lactancia durante la vigencia de la relación laboral, independientemente de la alternativa laboral que la sustente.

Así las cosas, encuentra la Sala que el empleador no puede escudarse en la modalidad del contrato – a término fijo o por obra – para deshacerse de sus obligaciones ni tampoco puede argüir que se enteró del estado de embarazo de la trabajadora luego de haberle comunicado que no le prorrogaría el contrato (preaviso). Si la trabajadora quedó embarazada durante la vigencia del contrato y prueba que ello fue así – cualquiera que sea la alternativa laboral que sustente la relación laboral que vinculaba a la mujer gestante –, el empleador debe reconocerle las prestaciones económicas y en salud que tal protección comprende o garantizarle el reintegro o renovación del contrato en consonancia con lo dispuesto por la Constitución, el Código Sustantivo del Trabajo y los instrumentos internacionales de derechos humanos sobre la materia.

Las medidas de protección derivadas del fuero de maternidad y la indemnización del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo

19.- Ahora bien, como acertadamente lo ha entendido esta Corporación en diversas ocasiones⁷, una es la protección objetiva que deviene del Texto Superior y otra cuestión muy distinta es el ámbito de protección iusfundamental del fuero de maternidad. El amparo que se obtiene de aplicar la fórmula de protección objetiva en un determinado caso, se concreta finalmente, según lo ha sostenido la jurisprudencia, en medidas de protección principales, como el reintegro o la renovación de la relación laboral, o en medidas de protección sustitutas, como el reconocimiento de las prestaciones en materia de seguridad social en salud necesarias para adquirir el derecho a la licencia de maternidad.

20.- En primer lugar, la medida del reintegro o renovación del contrato ha sido entendida como medida de protección principal pues le garantiza a la mujer gestante trabajadora su “derecho efectivo a trabajar”⁸ al permitirle conservar la relación laboral en la cual se desempeña y de esta forma conservar las condiciones económicas para enfrentar con

dignidad el evento del embarazo y nacimiento de su hijo. Esta medida tiene fundamento directo en el principio constitucional a la estabilidad laboral desarrollado por el artículo 53 de la Constitución Política.

21.- En segundo lugar, la Corte ha determinado que en los casos excepcionales en que, debido a una imposibilidad fáctica, no sea posible darle la orden al empleador de reintegrar a la trabajadora desvinculado o procurarle a éste la renovación de su contrato, el operador judicial deberá proceder – luego de analizar las particularidades que rodean el asunto que revisa – al reconocimiento de medidas sustitutas de protección como el otorgamiento de las prestaciones en materia de seguridad social en salud, hasta el momento que la mujer adquiera el derecho al reclamo de la prestación económica de la licencia de maternidad, que garanticen a la mujer embarazada la especial protección derivada del fuero de maternidad.

Esta alternativa sustituta de protección obedece, como se verá más adelante, a que las alternativas laborales presentan distintas características que deben ser asumidas de manera distinta al momento de definir la fórmula de protección en cada caso. Sin embargo, sin importar la forma como se valore la relación laboral, siempre deberá respetarse el contenido esencial del fuero de maternidad, es decir, en ningún caso se podrá hacer depender la garantía misma, de la alternativa laboral de la cual se vale el empleador.

22.- En consecuencia, para determinar cuáles son las medidas de protección idóneas y necesarias para restablecer los derechos de la mujer gestante, es necesario que el juez de tutela verifique, en cada caso, las particularidades de la relación laboral. En este sentido la Corte Constitucional ha considerado que las consecuencias de las particularidades de cada alternativa laboral se deberán trasladar, no a la viabilidad de la protección misma porque como hemos visto esta dependerá únicamente de que se verifique que durante la vigencia de una relación laboral, la mujer haya quedado en estado de embarazo sino a la determinación de su alcance. Es decir, se procura la protección siempre que se cumplan los requisitos necesarios para que opere el fuero de maternidad, pero dicha protección tendrá un alcance distinto según la modalidad de vinculación que presenta la relación laboral desarrollada por la mujer gestante.

23.- Pues bien, el alcance de las medidas de protección ha variado en los distintos pronunciamientos de la Corte, según la modalidad de relación o contratación que sustente la

alternativa laboral de la mujer embarazada. A la luz de lo explicado a lo largo de esta providencia, el presupuesto en este aspecto es que en nuestro orden jurídico (legal y constitucional), la categoría de relación laboral permite derivar cargas en cabeza de quien obra como empleador, en favor del empleado, y que las causales de terminación desprendidas de regulaciones específicas deben ser interpretadas a la luz de la Constitución y no pueden constituir razones válidas para eludir la aplicación del fuero de maternidad. Por ello, como se explicó en la primera parte de estas consideraciones jurídicas, el fundamento que sostiene la posibilidad de adoptar medidas de protección en toda alternativa de trabajo de las mujeres embarazadas, es la asimilación de estas alternativas a una relación laboral sin condiciones específicas de terminación; categoría esta que se ha concretado en las normas legales como punto de partida para la aplicación de la protección contenida en el denominado fuero de maternidad.

24.- Esta extensión de las garantías laborales previstas para las mujeres gestantes, a cualquier tipo de relación laboral, se debe a que la jurisprudencia ha entendido que, cuando en un contrato con fecha o condición específica de terminación (contratos a término fijo; por obra o labor y prestación de servicios) la necesidad del servicio; o de la obra pendiente de realizar; o el objeto del contrato, desaparece en momentos en que la empleada o contratista ha quedado en embarazo, es posible presumir que la falta de renovación del contrato se dio por razón del embarazo. Y es precisamente esto lo que ha permitido que la Corte Constitucional adopte medidas de protección de la alternativa laboral de la mujer embarazada, tanto principales, como sustitutas.

25.- De conformidad con lo explicado en el anterior fundamento, la Sala debe insistir finalmente en que las anteriores hipótesis descritas – que se refieren a los supuestos en que procede la aplicación de medidas de protección – son tangencialmente distintas a la hipótesis genérica según la cual no procede ninguna medida protectora, supuesto que se presenta cuando la cesación de la alternativa laboral de la mujer embarazada ha ocurrido con base en una justa causa o en aplicación de alguna cláusula del contrato de prestación y su configuración ha sido avalada por el Inspector de Trabajo.

26.- Adicionalmente, y no como medida de protección, la Corte ha ordenado, en algunos casos, el pago de una indemnización a la empleada (artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo) a cargo del empleador que ha incurrido en el despido sin adelantar previamente el

procedimiento ante el Inspector de Trabajo. Por lo tanto, si el empleador está enterado del embarazo de la trabajadora, debe entonces asumir las cargas que ello implica, lo cual significa que se presume como razón del despido, el embarazo, si es que no se adelanta el mencionado procedimiento ante el Inspector del Trabajo. Esto es, se presume que la desvinculación obedece a razones discriminatorias, lo cual está prohibido y es castigado por la legislación laboral.

Por ello, la interpretación de la exigencia del requisito de la notificación del embarazo al empleador antes de la cesación de la alternativa laboral, debe operar como exigencia para determinar la viabilidad del pago de una indemnización, más no como condición para ordenar alguna medida protectora.

En conclusión, junto con las medidas protectoras, es posible ordenar el pago de la indemnización prevista en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, la cual (i) “no confiere eficacia al despido efectuado sin la correspondiente autorización previa, sino que es una sanción suplementaria debido al incumplimiento patronal de la prohibición de despedir a una mujer por razones de maternidad.”⁹, y debido a su naturaleza (ii) sólo es procedente cuando se demuestre que el empleador fue notificado o debía tener conocimiento del estado de embarazo de su empleada. Por el contrario, si ello no está demostrado no procede disponer dicha orden.

El alcance de las medidas de protección derivadas del fuero de maternidad cuando las causas para la terminación de la relación laboral fueron objetivas, generales y legítimas

- 1) Cuando la empresa se ha liquidado o está en proceso de extinción la persona jurídica que la sustenta¹⁰,
- 2) Cuando el origen de la desvinculación es que el cargo que la mujer embarazada ocupaba, ha sido provisto por concurso de méritos¹¹,
- 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 descongestión¹² 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.¹³

28.- Sobre la última hipótesis genérica descrita, este Tribunal, en sentencia T-069 de 2007, estudió el caso de una mujer que había sido vinculada a una empresa privada mediante contrato de trabajo por duración de obra o labor, con el fin de prestar el servicio de aseo en una entidad oficial con la cual, previamente, la empresa había celebrado contrato de prestación de servicios para el desempeño de esta labor. En esta ocasión, la mujer, luego de quedar en estado de embarazo, fue informada de la terminación de su contrato dado que la entidad oficial había adjudicado el contrato de prestación de servicios a otra empresa privada mediante proceso licitatorio.

La Corte concluyó que la desvinculación laboral de la actora había sido causada por la finalización de la obra para la cual había sido contratada - la cual estaba condicionada a la realización de un contrato previo con la entidad oficial- y, en ese sentido, dado que (i) su contrato había quedado sin objeto material, (ii) su empleador ya no tenía en que labor ubicarla, y (iii) la nueva empresa adjudicataria de la licitación no tenía la obligación de contratarla porque no existía entre estas relación laboral alguna, existía una imposibilidad para dar una orden de reintegro a favor de la mujer gestante.

29.- Así mismo, en sentencia T—1210 de 2005, luego de que la demandada alegó que “la desvinculación de la accionante no fue por el vencimiento del término contractual, ni por su estado de gestación, sino por la no renovación de un contrato de manejo de cartera que tenía con otra empresa, que a su vez era el proyecto para el que había sido contratada y se hallaba asignada laboralmente la actora, como otras 10 personas, que por el mismo motivo también debió desvincular al vencimiento de sus contratos”, la Corte Constitucional reconoció como un hecho cierto que existía un íntima relación entre dos contratos, al punto de depender el contrato laboral de la permanencia y existencia del contrato comercial, y que por tal razón la empresa tenía una imposibilidad para garantizar una orden de reintegro de la trabajadora.

30.- Pues bien, del juicioso análisis de los supuestos fácticos dónde esta Corte ha concluido que no es procedente la medida de protección principal (reintegro o renovación) como derivada del fuero de maternidad: sentencias T-534/09; T-245/07; T633/07; T-069/07;

T-1210/05, esta Sala advierte que ‘la desvinculación de la peticionaria no ocurrió debido a una discriminación de orden subjetivo, en la medida en que la separación del cargo no tuvo relación alguna que haya sido probada en el expediente con su estado de embarazo’¹⁴ sino que por el contrario, se debió a una causa objetiva, general y legítima¹⁵ que no dependía de la liberalidad del empleador, pues en la gran mayoría de los casos obedecía a las consecuencias de aplicar una norma legal, convencional o constitucional que, en determinado momento, debió entrar a regular dicha relación laboral.

31.- Por ejemplo, el caso en el cual el cargo que ocupaba una mujer en estado de embarazo es provisto por concurso de méritos, responde a la aplicación del principio constitucional según el cual “Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera” (artículo 125 C.N.) y a lo dispuesto de forma particular por la ley 909 de 2004 que regula el régimen de carrera administrativa.

32.- Puede concluirse de las anteriores consideraciones que cuando pueda inferirse razonadamente que la conservación de la alternativa laboral de la mujer embarazada, mediante una orden de reintegro o renovación, es fácticamente imposible en un caso concreto debido a que han operado causas objetivas, generales y legítimas que ponen fin a la relación laboral: corresponde al juez de tutela aplicar la medida de protección sustituta correspondiente al reconocimiento de cotizaciones al sistema de seguridad social en salud y el correlativo reconocimiento de la licencia de maternidad.

33.- En últimas, es con base en los criterios anteriormente expuestos que el juez constitucional deberá decidir, en cada caso que examina, cuál es el alcance de las medidas de protección — principales, como el reintegro o renovación del contrato, o sustitutas, como las prestaciones en materia de seguridad social en salud — cuando han operado causas objetivas, generales y legítimas que ponen fin a la relación laboral. Lo anterior obedece a dos razones primordialmente. La primera, que existe una imposibilidad de crear un estándar único de órdenes de reintegro o renovación, pues para esta Sala es claro que cada caso, cada labor o función, y cada empresa presenta posibilidades distintas para brindar la garantía de estabilidad de la alternativa laboral de la mujer gestante. La segunda responde a que, si bien en un determinado caso la orden de reintegro puede ser fácticamente imposible, no se justifica dejar sin ningún tipo de protección a la mujer embarazada siendo procedente reconocerle, conforme a las particularidades del caso y como medida sustituta, las

cotizaciones respectivas a seguridad social, después de la cesación de la relación laboral y hasta el momento en que la mujer acceda a la prestación económica de la licencia de maternidad.

El examen del caso concreto

34.- En el primer caso que se revisa (Expediente T-3.215.831), la Sra. Zandra Karina Obando Campos, quien fue contratada para la realización de una obra o labor por el ingeniero John Alexander Terreros Perea, con el fin de apoyarlo en la ejecución del contrato de interventoría que a su vez éste había celebrado con CEDENAR S.A. E.S.P., impetra acción de tutela en contra de CEDENAR S.A. E.S.P. alegando que la terminación intempestiva de su contrato vulnera sus derechos al mínimo vital, a la seguridad social y a la estabilidad laboral reforzada de mujer embarazada, por encontrarse en este estado al momento de la terminación de la relación laboral.

35.-Por su parte, el jefe de la oficina jurídica CEDENAR S.A. E.S.P. aduce que la Sra. Obando Campo no ha sido contratada en ningún momento por ellos y que lo único cierto en los hechos que relata es que el Sr. John Alexander Terreros Perea celebró un contrato de Interventoría técnica con la empresa demandada para la normalización de redes de distribución eléctrica en ciertos sectores y barrios del municipio de Tumaco, al cual se le puso fin de mutuo acuerdo por irregularidades, acordándose la continuación de la labor de interventoría con otro ingeniero

36.- La sentencia de única instancia denegó el amparo por considerar que la terminación del contrato de trabajo por obra o labor contratada que se había celebrado entre Zandra Karina Obando Campos y el ingeniero Jhon Alexander Terreros Perea, se debió a la terminación y liquidación del contrato de interventoría que se había celebrado entre éste y CEDENAR S.A. E.S.P., y no precisamente al estado de gravidez de la accionante.

37.- En el segundo caso sub exámine (Expediente T-3.230.993), la Sra. Libis Johana Berrio Julio, quien se desempeñaba como empleada doméstica en la casa de habitación de la señora Claudia Zaray Agustín Márquez como consecuencia de un contrato verbal celebrado entre éstas, impetra acción de tutela en contra de su empleadora alegando que la terminación de su contrato de trabajo vulnera sus derechos al mínimo vital, a la seguridad social y a la estabilidad laboral reforzada de mujer embarazada por encontrarse en embarazo

al momento de la terminación de la relación laboral.

38.- Por su parte, la señora Agustín Márquez informó que desde el 9 de mayo de 2011 había puesto en conocimiento de su trabajadora su posible traslado al municipio de Caucacia y que apenas confirmó dicho traslado el 6 de junio, se lo comunicó. Que liquidó legalmente a la Sra. Libis Johana el 12 de junio del mismo año y que solo hasta el día siguiente de la terminación del contrato tuvo conocimiento de su estado de gravidez.

39.- En este caso, el juez de segunda instancia revocó la sentencia del a quo que había accedido a las pretensiones para denegar la solicitud de tutela impetrada pues consideró que en este caso “no puede esta agencia judicial obligar a la empleadora al traslado de la actora con su grupo familiar” al municipio de Caucasia dada la imposibilidad de ésta para asumir los costos adicionales.

40.- Esta Sala, con base en los antecedentes y las consideraciones expuestas de los expedientes T-3.215.831 y T-3.230.993, pretende determinar si la decisión de las demandadas de dar por terminados los contratos de trabajo de las señoras Zandra Karina Obando Campos y Libis Yohana Berrio Julio, a pesar de encontrarse éstas en estado de embarazo, vulnera los derechos fundamentales de éstas a la salud, igualdad, mínimo vital, seguridad social y a la estabilidad laboral reforzada de mujer embarazada.

41.- Esta Sala de Revisión verificó que en ambos casos (T-3.215.831 y T-3.230.993) existió un vínculo entre las demandantes y los(as) demandados(as) o vinculados(as) en sede de revisión que dio lugar a una relación laboral sustentada en diversas alternativas laborales – contrato laboral por duración de la obra o labor y contrato verbal, respectivamente – la cual fue terminada por los empleadores de forma unilateral. Por tal razón, en estos supuestos es dable alegar una situación de indefensión como requisito de procedibilidad de la tutela contra los particulares por cuanto las peticionarias al estar embarazadas y en situación de desempleo se encuentran en un estado de desprotección que no les permite responder de forma efectiva ante la violación o amenaza de sus derechos fundamentales, pues (i) no cuentan con un salario que les permita asumir los costos de su propia subsistencia y la de sus hijos, y (ii) no se benefician de una afiliación al sistema de seguridad social en salud que les garantice la atención médica, tanto a las mujeres embarazadas, como a los recién nacidos.

Pues bien, dado que el mecanismo de defensa previsto por el ordenamiento jurídico para ventilar este tipo de asuntos – acción ordinaria laboral – no es idóneo, ni eficaz para dar una respuesta pronta al caso, el recurso de amparo resulta procedente para el reconocimiento las prestaciones derivadas del fuero de maternidad, por encontrarse la afectada en estado de indefensión.

Análisis del problema jurídico

Expediente T-3.215.831

42.- Con base en las pruebas que obran en el expediente, esta Sala pudo constatar (i) que la señora Zandra Karina Obando Campos se desempeñó como Asistente Administrativo en virtud de contrato verbal celebrado con el señor Jhon Alexander Terreros, desde el 17 de enero de 2011. Que posteriormente celebró con el mismo, contrato de trabajo por duración de la obra o labor para desempeñarse como Asistente Administrativo grado I, desde el primero (1) de marzo de 2011 hasta el 29 de abril de la misma anualidad. Además, se verificó que no existía ninguna relación laboral entre la accionada CEDENAR S.A. E.S.P. y la demandante, y que la única relación entre éstas era que sus labores (derivadas del contrato por obra o labor) se ejecutaban en el marco de un contrato de interventoría que había sido celebrado con anterioridad entre su verdadero empleador y la demandada. Verificó a su vez (ii) que a la fecha del despido, según certificación médica de embarazo de alto riesgo con “amenaza de aborto” del 9 de marzo del 2011, la accionante se encontraba en estado de embarazo y según el dicho de la actora tenía aproximadamente 2 meses de embarazo, y que (iii) el Sr. Jhon Alexander Terreros no tenía conocimiento del estado de gravidez de la actora al momento de la terminación del contrato, siendo que ésta sólo comunicó a CEDENAR S.A. E.S.P. de su estado y no al Sr. Terreros, hasta el día 13 de junio de 2011, casi dos meses después de su desvinculación.¹⁶

43.- Pues bien, en atención a los anteriores supuestos fácticos, esta Sala colige que en el presente caso debe operar la protección objetiva a la mujer embarazada dado que la terminación del contrato de la Sra. Zandra Karina Obando Campos se efectuó dentro del periodo del embarazo y sin autorización alguna del inspector del trabajo. Lo que conduce esta Sala al reconocimiento de las medidas de protección derivadas del fuero de maternidad que se ajusten a las particularidades del caso y a las características específicas de la

alternativa laboral mediante la cual se encontraba vinculada.

Lo anterior por cuanto, como quedó expresado en las consideraciones (fundamento jurídico 20), una vez se verifica que es procedente la protección constitucional derivada del fuero de maternidad – la cual procede con independencia de la modalidad contractual adoptada – la aplicación de medidas de protección tanto principales como sustitutas no dependerá, en ningún caso, de la notificación que haga la trabajadora a su empleador sobre su estado de gravedad antes de la terminación del contrato.

44.- Ahora bien, una vez comprobada la procedencia de la protección objetiva en este caso, esta Sala se pregunta ¿Cuál sería entonces el alcance de las medidas de protección derivadas del fuero de maternidad en el presente caso?

La jurisprudencia de este Tribunal Constitucional ha reiterado en varias oportunidades que la conservación de la relación laboral mediante ordenes de reintegro o renovación del contrato, es un desarrollo del principio constitucional a la estabilidad laboral del artículo 53, y por esta razón se trata de la medida de protección por excelencia en los casos de despido de mujeres gestantes.

Sin embargo, como se precisó en los argumentos expuestos, también ha sostenido que en ciertas ocasiones cuando no es posible la medida de reintegro o renovación debido a las particularidades de la alternativa laboral y de los hechos que rodean el caso, la protección de la mujer gestante estará dada por medidas sustitutas como los aportes al sistema de seguridad social y el consecuente reconocimiento de la licencia de maternidad.

45.- En el caso sub judice, se constató la dificultad de brindar la protección a la mujer grávida mediante una orden de reintegro, pues la misma resulta imposible desde el punto de vista fáctico ya que, la causa que puso fin a la relación laboral fue objetiva, general y legítima ya que se trató de la decisión de CEDENAR S.A. E.S.P. y Jhon Alexander Terreros de dar por terminado el contrato de interventoría, del cual dependía la subsistencia misma del contrato por obra o labor contratada que vinculaba al ingeniero Terreros con la accionante. Esto último en razón a que la accionante había sido contratada por el Sr. Terreros para apoyar la ejecución de su contrato de interventoría celebrado con CEDENAR S.A. E.S.P y por lo tanto, era evidente que si se ponía fin al contrato previo, debería terminarse igualmente el posterior pues no existía objeto alguno a desarrollar.

46.- De otra parte, el ingeniero Jaime Gerardo Zuñiga (nuevo contratista vinculado a CEDENAR encargado de la continuación de la obra), no tenía la obligación de vincularla a la continuación de la obra en razón a que la relación laboral de la actora se había dado con el anterior contratista y no directamente con CEDENAR S.A. E.S.P. Así mismo, al igual que el anterior interventor, el nuevo contratista de la interventoría – en virtud del principio de libertad contractual – tenía la facultad de acordar la ejecución de este nuevo contrato con los trabajadores de su elección.

47.- Considera esta Sala que las mujeres trabajadoras en estado de embarazo, en atención a la especial protección constitucional que merecen, no tienen la obligación de soportar la carga que se deriva de la terminación por causas objetivas de la relación laboral que les provee el sustento. Por tal razón, en este caso, si bien no es posible el reintegro, debido a la misma naturaleza de la causa que dio lugar a la desvinculación, deberá reconocerse a favor de la accionante y a cargo del verdadero empleador de la misma, el Sr. Jhon Alexander Terreros¹⁷, tal como se ha hecho en otros casos (sentencias T-375/00; T-534/09; T-245/07; T-633/07; T-069/07; T-1210/05), las prestaciones en materia de seguridad social en salud, hasta el momento que la mujer adquiera el derecho al reclamo de la prestación económica de la licencia de maternidad.

48.- Por otra parte, no procede en el presente caso el pago de la indemnización prevista en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo a cargo del empleador y a favor de la mujer embarazada, no solo porque, como se informó anteriormente, el Sr. Jhon Alexander Terreros no tenía conocimiento del estado de gravidez de la actora al momento de la terminación del contrato, sino también porque como quedó debidamente probado, la causa que motivó la desvinculación en el presente caso es a todas luces objetiva, general y legítima.

49.- Por las razones anteriormente expuestas, y con el fin de garantizar la especial protección a las mujeres gestantes – consagrada en la Constitución Política y en los distintos instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos – esta Sala ordenará al Sr. Jhon Alexander Terreros que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, tome las medidas necesarias para reconocer a la ciudadana, Zandra Karina Obando Campos los aportes al Sistema de Salud correspondientes al periodo efectivamente laborado por ésta y al periodo de gestación posterior a la terminación de su contrato de trabajo por duración de obra o labor, con el fin de garantizarle

a futuro el reconocimiento de su licencia de maternidad.

Expediente T-3.230.993

51.- A partir de los anteriores supuestos verificados por esta Sala se infiere que, al igual que en el caso anterior, la protección objetiva a la mujer embarazada opera, dado que la terminación del contrato de la Sra. Libis Johana Berrio Julio se efectuó dentro del periodo del embarazo y sin autorización alguna del inspector del trabajo. Lo que conduce a esta Sala al reconocimiento de las medidas de protección derivadas del fuero de maternidad que se ajusten a las particularidades del caso y a las características específicas de la alternativa laboral mediante la cual se encontraba vinculada.

52.- Lo anterior por cuanto, como quedó expresado en las consideraciones (fundamento jurídico 20), una vez se verifica que es viable la protección constitucional derivada del fuero de maternidad la cual procede con independencia de la modalidad contractual adoptada la aplicación de medidas de protección tanto principales como sustitutas no dependerá, en ningún caso, de la notificación que haga la trabajadora a su empleador sobre su estado de gravedad antes de la terminación del contrato.

53.- Llegados a este punto de haber logrado confirmar la procedencia de la protección, surge de nuevo la pregunta sobre ¿Cuál sería entonces el alcance de las medidas de protección derivadas del fuero de maternidad en el presente caso?

54.- Esta Sala considera que la facultad de la empleadora para trasladarse a otra ciudad – traslado que se efectuó, según la misma, porque (i) la demandada contaba con un terreno propio en el municipio de Caucassia en el cual había iniciado la construcción de una casa, y porque (ii) la mayor parte de su familia tenía su domicilio en dicha localidad – se sustenta en el derecho a la definición del propio domicilio. Esta causa de terminación de la relación laboral, que si bien no es objetiva, ni general en el sentido que no se presenta como la consecuencia jurídica derivada de la dinámica contractual propia de las empresas o entidades, sí es legítima, en la medida en que la empleadora (Sra. Claudia Zaray) como ciudadana, tiene derecho a escoger y cambiar su domicilio cuando así lo quiera.

Así mismo, puede inferirse que la medida de reintegro como opción principal de protección es de imposible cumplimiento dado que, no puede obligar esta Sala a la empleadora a que

traslade a la actora y al recién nacido a su nuevo domicilio y a que la reintegre a las labores domésticas en su nuevo hogar. Lo anterior por cuanto no se pueden presumir las condiciones de vida de la demandada en su nueva residencia y por lo tanto no se puede inferir que la misma requiere, también allí, del servicio doméstico.

55.- Sin embargo, como quedó establecido para el primer caso: que la orden de reintegro sea fácticamente imposible no justifica dejar sin protección alguna a la mujer embarazada, y por el contrario hace procedentes las medidas de protección sustitutas a cargo de la empleadora de la peticionaria, la Sra. Claudia Zaray Agustín Márquez. En este asunto particular, dado que la Sra. Libis Johana sólo se desempeñó como empleada del servicio doméstico durante un poco más de dos meses, esta Sala considera que podrían tomarse como posibles, dos opciones de protección sustituta, una plena y una proporcional. La primera, estaría entonces dada por el reconocimiento de los aportes al Sistema de Salud correspondientes al periodo efectivamente laborado y al periodo de gestación posterior a la terminación de su contrato verbal de servicio doméstico, con el fin de garantizar a futuro el reconocimiento de la licencia de maternidad. La segunda, que consistiría en el reconocimiento de los aportes al Sistema de Salud correspondientes al periodo efectivamente laborado, con el fin de garantizar a futuro el reconocimiento proporcional de la licencia de maternidad.

Ahora, luego de haber definido la procedencia de la medida sustituta de protección en este caso, le surge a esta Sala de Revisión un segundo interrogante ¿Cuál de estas dos fórmulas de protección es la que corresponde aplicar en el asunto que se revisa?

56.- Pues bien, es preciso recordar a efectos de dar respuesta a la pregunta que se formula, que hoy por hoy es una realidad que las labores del servicio son aun socialmente subvaloradas – lo cual puede inferirse de la remuneración que se ofrece por la prestación de dichos servicios la cual no supera en muchos casos el salario mínimo legal mensual vigente y muchos otros sigue estando por debajo de este mínimo legal – y que la participación femenina en el servicio doméstico sigue prevaleciendo, pues son las mujeres quienes en su gran mayoría se encargan de éstas tareas.

Además, se insiste en que en este tipo de contratos, como bien lo señaló la sentencia T-704 de 2009, “a menudo la jornada del personal del servicio doméstico es larga o incluso

excesiva, sin días de descanso ni compensación por las horas extraordinarias (...) y tienen una cobertura insuficiente en lo que atañe al seguro médico, lo anterior dado que, en no pocas ocasiones, los empleadores prefieren mantener el vínculo laboral en la informalidad para así ahorrar costos.”

Incluso, La Organización Internacional del Trabajo OIT ha considerado a través del Programa de Condiciones de Trabajo y Empleo la especial situación a la que se ven sometidas las personas (en nuestro país mujeres en su gran mayoría) que desempeñan este tipo de labores, pues ha entendido que los(las) trabajadores(as) domésticos(as) están en situación de vulnerabilidad y demandan, por tanto, la protección del Estado.¹⁹

57.- Por consiguiente, si bien en un primer momento se podría llegar a pensar que el ordenar el pleno reconocimiento de la medida de protección sustituta – cotizaciones al sistema de seguridad social en salud destinadas al otorgamiento de la licencia de maternidad completa – resultaría excesivamente oneroso para la empleadora, teniendo en cuenta que la Sra. Libis Johana solo trabajo como empleada del servicio domestico por un periodo dos (2) meses y veinte (20) días, esta Sala considera que, en este caso, no hay lugar a concluir tal cosa pues la actora devengaba un salario mensual de \$535.600 pesos.

58.- Por el contrario, la situación particular de la accionante como trabajadora en embarazo, y empleada del servicio doméstico, la colocan en una situación de doble vulnerabilidad que demanda una protección derivada del fuero de maternidad más especial, en el caso particular, un pleno reconocimiento de la medida de protección sustituta.

59.- Por último, basta agregar que no procede en el presente caso el pago de la indemnización prevista en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo a cargo del empleador y a favor de la mujer embarazada, dado que la demandada puso fin a su relación laboral con la Sra. Libis Johana, un día antes de que esta le informara su estado de embarazo.

60.- De este modo, con base en los argumentos esgrimidos en los párrafos anteriores y en atención al principio de solidaridad consagrado en el Preámbulo de nuestra Constitución Política que debe inspirar la actuación de los particulares, esta Sala ordenará a la Sra. CLAUDIA ZARAY AGUSTÍN MARQUEZ que reconozca de forma plena, a la ciudadana LIBIS JOHANA BERRIO JULIO, la medida sustituta de protección derivada del fuero de maternidad,

para lo cual deberá tomar las medidas necesarias para reconocer los aportes al Sistema de Salud correspondientes al periodo efectivamente laborado por ésta y al periodo de gestación posterior a la terminación de su contrato de trabajo, con el fin de garantizarle a futuro el reconocimiento de su licencia de maternidad.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR las sentencias proferidas por el Juzgado primero civil del circuito de Tumaco Nariño, el ocho (8) de agosto de dos mil once (2011) y por el Juzgado tercero penal del circuito de conocimiento de Medellín, el dieciséis (16) de agosto de dos mil once (2011), las cuales denegaron el amparo solicitado.

SEGUNDO.- CONCEDER el amparo invocado y, en consecuencia, ORDENAR al Sr. Jhon Alexander Terreros que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, tome la medidas necesarias para reconocer a la ciudadana, Zandra Karina Obando Campos los aportes al Sistema de Salud correspondientes al periodo efectivamente laborado por ésta y al periodo de gestación posterior a la terminación de su contrato de trabajo por duración de obra o labor, con el fin de garantizarle a futuro el reconocimiento de su licencia de maternidad.

TERCERO.- CONCEDER el amparo invocado y, en consecuencia, ORDENAR a la Sra. CLAUDIA ZARAY AGUSTÍN MARQUEZ que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, tome la medidas necesarias para reconocer a la ciudadana, LIBIS JOHANA BERRIO JULIO los aportes al Sistema de Salud correspondientes al periodo efectivamente laborado por ésta y al periodo de gestación posterior a la terminación de su contrato de trabajo, con el fin de garantizarle a futuro el reconocimiento de su licencia de maternidad.

CUARTO.- Por Secretaria General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNERTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Ver folio 14 del cuaderno 1 donde consta afiliación a la EPS Saludcoop de la actora por parte de su empleador, el Sr. John Alexander Terreros Perea, desde el 17 de enero de 2011.

2 Ver folios 15 a 18 del cuaderno 1.

3 Ver folios 27 y 28 del cuaderno 1.

4 Ver, entre otras, las sentencias C-507 de 2004 y C-371 de 2000.

5 Ver, entre otras, las sentencias T-373 de 1998, T-426 de 1998, T-362 de 1999, T-879 de 1999, T-375 de 2000, T-778 de 2000, T-832 de 2000, T-352 de 2001, T-404 de 2001, T-206 de 2002, T-961 de 2002, T-862 de 2003, T-1138 de 2003, T-1177 de 2003, T-848 de 2004, T-900 de 2004, T-173 de 2005, T-176 de 2005, T-185 de 2005, T-291 de 2005, T-006 de 2006, T-021 de 2006, T-546 de 2006, T-589 de 2005, T-807 de 2006, T-1003 de 2006, T-1040 de 2006, T-354 de 2007, T-546 de 2007, T-095 de 2008, T-687 de 2008, T-371 de 2009.

6 Ver, entre otras, las sentencias T-095 de 2008; T-649 de 2009 y T-534 de 2009.

7 Ver, entre otras, las sentencias T—095 de 2008 y T—649 de 2009.

8 T-145 de 2007

9 Ver la sentencia T-494 de 2000

10 Ver la sentencia T-534 de 2009.

11 Ver la sentencia T-245 de 2007.

12 Ver la sentencia T- 633 de 2007.

13 Ver las sentencias T-069 de 2007 y T-1210 de 2005.

14 Ver la sentencia T-633 de 2007.

16 Ver los folios 27 y 28 del cuaderno 1.

17 Verificó esta Sala que, según la cláusula décima –Salarios y Prestaciones – del contrato de interventoría celebrado entre CEDENAR S.A. E.S.P. y Jhon Alexander Terreros, era obligación del contratista el reconocimiento de las prestaciones legales de los trabajadores vinculados a la ejecución del contrato (como la accionante) así como la acreditación de la afiliación de los mismos a fondo de cesantías, régimen de seguridad social en salud, pensiones y riesgos profesionales.

18 Ver el escrito de la acción de tutela (folio 1 del cuaderno 1) y la prueba de embarazo con fecha del 13 de junio de 2011 (folio 7 del cuaderno 1).

19 Tomado de “Ramírez-Machado, José. “Domestic work, conditions of work and employment: A legal perspective”, publicado en “Conditions of Work and Employment Series”, N° 7. www.ilo.org/public/english/protection/condtrav/publ/7cwe.htm.” referido en la sentencia T-704 de 2009: “La vulnerabilidad de esta categoría de trabajador proviene, primero que todo, de la relación de sumisión y de su aislamiento. Las tareas se realizan dentro de la esfera del hogar, en la residencia de los empleadores. Esta característica es la piedra angular del trabajo doméstico. Este factor y sus implicaciones son claves para entender el funcionamiento de esa relación.”