Sentencia T-104/22

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA-Vulneración por despido

(…) la terminación del contrato de la accionante fue arbitraria y tuvo fundamento en su condición de embarazo, de manera que es posible concluir que (la accionada) vulneró los derechos fundamentales, al mínimo vital, a la salud, al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada y a la igualdad de (la accionante) y así deberá declararse.

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA Y EN PERIODO DE LACTANCIA-Reiteración de jurisprudencia

(…) el fuero de maternidad se configura, de acuerdo con la jurisprudencia vigente de la Corte, siempre que exista una relación laboral o de prestación de servicios durante la cual la mujer se encuentre en estado de embarazo o en periodo de lactancia con conocimiento del empleador y su alcance se determina a partir del tipo de contrato mediante el cual se encontraba vinculada la mujer embarazada.

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA-Se extiende a mujeres vinculadas mediante contratos por término de la obra o labor contratada

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA EN CONTRATO DE OBRA O LABOR CONTRATADA/DESPIDO DE MUJER EMBARAZADA-Cuando se alega justa causa ésta debe ser concedida y probada por el inspector de trabajo

PRINCIPIO DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA EN CONTRATO A TERMINO FIJO O POR OBRA LABOR-Vencimiento del término no significa necesariamente una justa causa para su terminación sin que medie autorización del inspector de trabajo

PRESUNCION DE DESPIDO DISCRIMINATORIO Y PROTECCION A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

En el caso de los contratos de trabajo por obra o labor opera una presunción de discriminación, en virtud de la cual cuando se despide a una mujer gestante o lactante bajo el argumento de que han desaparecido las necesidades del servicio, se entiende que la falta

de renovación obedece al estado de embarazo. En estos eventos procede el reintegro, durante el periodo del embarazo y en las 18 semanas posteriores al parto.

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

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA VINCULADA POR CONTRATO DE OBRA O LABOR-Ordenar a empresa reinstalar a la accionante a un cargo de igual o similares condiciones al que venía desempeñando

Referencia: Expediente T-8.278.123

Acción de tutela instaurada por Diana Marcela Orjuela Orjuela contra Cleaner S.A y otros.1

Magistrada ponente:

DIANA FAJARDO RIVERA

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de marzo dos mil veintidós (2022)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Diana Fajardo Rivera, quien la preside, y los magistrados Jorge Enrique Ibáñez Najar y Alejandro Linares Cantillo, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En del proceso de revisión del fallo dictado en el asunto de la referencia por el Juzgado 35 Civil del Circuito de Bogotá D.C., el 12 de abril de 2021 que confirmó la decisión del Juzgado 36 Civil Municipal de Bogotá D.C., del 12 de febrero de 2021, que concedió parcialmente la acción de tutela.

El expediente de la referencia fue seleccionado para revisión por medio de Auto del 30 de agosto de 2021, proferido por la Sala de Selección Número Ocho.

I. ANTECEDENTES

1. Diana Marcela Orjuela Orjuela interpuso acción de tutela2 contra Cleaner S.A., Compensar EPS, Sura ARL y Cafam, invocando la protección de sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida, al trabajo, al mínimo vital, al debido proceso, a la estabilidad laboral reforzada y la prohibición de discriminación, así como los derechos a la salud en conexidad con la vida de su hijo que está por nacer y de su hijo de 12 años, los cuales considera vulnerados por Cleaner S.A, al decidir terminar su contrato de trabajo a pesar de encontrarse en estado de embarazo.

1. Hechos

2. Diana Marcela Orjuela Orjuela,3 celebró contrato de trabajo por obra o labor contratada con Cleaner S.A. el 17 de diciembre de 2019 para desempeñarse como operaria de aseo en la Fiscalía General de la Nación, como entidad usuaria, en la ciudad de Bogotá. Fue afiliada al Sistema General de Seguridad Social.

3. El 15 de noviembre de 2020, a solicitud de su jefe inmediata para ingresar a la empresa Seasin Ltda, la peticionaria firmó un documento en el que la empresa le informaba sobre la finalización del vínculo y la intención de no renovarlo. Añade que su jefa le explicó que esta actuación hacía parte de un trámite interno, y explica que el 17 del mismo mes, Cleaner S.A. la remitió para hacerse los exámenes de rutina de ingreso a la nueva empresa.

4. Manifiesta que luego de presentar algunos malestares, el 22 de noviembre del mismo año se practicó una prueba de embarazo con resultado positivo, lo cual informó verbalmente a la señora Sara Rodríguez, su jefe inmediata.

5. El 30 de noviembre de 2020, fecha en que finalizaba su contrato con Cleaner S.A., la señora Sara Rodríguez le notificó que no sería vinculada a la nueva empresa y la accionante solicitó que se reconsiderara la decisión, teniendo en cuenta su estado de embarazo. El 10 de diciembre de mismo año, la empresa rechazó su solicitud indicando que, cuando el empleador desconoce el estado de embarazo y termina el contrato, no es aplicable el fuero de maternidad, por cuanto no se trata de un acto discriminatorio. Diana Marcela indica

también que no se le practicó examen de retiro de la empresa.

6. Afirma la accionante que la empresa no le ha pagado la liquidación y que es madre cabeza de familia por lo que no recibe ningún tipo de ayuda.

1. Solicitud de tutela

7. Diana Marcela Orjuela Orjuela presentó acción de tutela contra Cleaner S.A. por considerar vulnerados sus derechos a la salud en conexidad con la vida, al trabajo, al mínimo vital, a la estabilidad laboral reforzada, al debido proceso y a la prohibición de discriminación contra la mujer, así como los derechos a la salud en conexidad con la vida de su hijo por nacer y de su hijo de 12 años.4 Solicitó ordenar a Cleaner S.A respetar a su estado de gravidez y reintegrarla inmediatamente a sus labores, continuar pagando sus salarios y aportes a la seguridad social, necesarios para garantizar su mínimo vital y el de sus hijos, toda vez que la terminación de su contrato se realizó a pesar de haber notificado a la empresa que se encontraba en estado de embarazo.5 Solicitó también, ordenar a E.P.S Compensar, Sura A.R.L y CAFAM abstenerse de excluirla a ella y sus hijos del sistema de salud y seguridad social.6

1. Respuesta de las entidades accionadas

8. El 1 de febrero de 2021, el Juzgado 36 Civil Municipal Bogotá D.C., admitió la acción de tutela contra Cleaner S.A., Compensar E.P.S, CAFAM, Sura A.R.L y vinculó a Seasin Ltda y a Colpensiones.7 Posteriormente, el juzgado vinculó a la Fiscalía General de la Nación y a la señora Sara Rodríguez, en su calidad de jefe inmediata de la accionante.

9. De acuerdo con el fallo de primera instancia, Cleaner S.A, sostuvo “que la accionante no tiene derecho a la protección derivada de la estabilidad laboral reforzada, en tanto, no informó al empleador su estado de embarazo, pues si bien adujo haber informado el 30 de noviembre, fecha de la terminación de su contrato, lo cierto es que, no allegó ninguna prueba de ello, adicionalmente, recalcó que la terminación del contrato fue informada desde el 15 de noviembre.”8

10. Compensar E.P.S. informó que la accionante y su hijo se encuentran afiliados como beneficiarios del señor Nelson Fernando Hortúa, que ha suministrado los servicios médicos requeridos y que no puede responder a las pretensiones de la actora, dado que no ha tenido con ella vínculo laboral alguno, por lo cual solicita su desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva.9 Por su parte, Cafam10 y Colpensiones11 informaron que la señora Diana Marcela Orjuela Orjuela se encuentra afiliada a dichas entidades, siendo Cleaner S.A. su último empleador, y también solicitaron ser desvinculadas por no haber vulnerado los derechos de la parte actora.

11. Seasin Ltda. manifestó que no ha tenido ninguna relación laboral con la demandante, por lo cual es claro que no ha vulnerado sus derechos fundamentales.12

12. La Fiscalía General de la Nación señaló que nunca fue informada por la accionante de su estado de embarazo y que no ha tenido relación laboral ni prestacional con ella, por lo cual solicita ser desvinculada del proceso.13

1. Decisiones judiciales objeto de revisión

13. Primera instancia.14 En sentencia del 12 de febrero de 2021, el Juzgado 36 Civil Municipal Bogotá D.C., concedió parcialmente el amparo a la estabilidad laboral reforzada y ordenó a Cleaner Bogotá S.A. reconocer a Diana Marcela Orjuela Orjuela las cotizaciones durante el periodo de gestación, que garanticen el pago de la licencia de maternidad. Negó el reconocimiento del pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, la liquidación correspondiente, así como el reintegro, luego de considerar que la actora cuenta con las acciones pertinentes ante los jueces laborales.

Para el juez de tutela de primera instancia se demostró que la empresa empleadora tuvo conocimiento del estado de embarazo de la accionante antes de la terminación del contrato de trabajo y no solicitó autorización del inspector de trabajo, previo al despido. Fundamentó su decisión en el testimonio de la señora Sara Rodríguez, jefe inmediata de la accionante, quien manifestó al juzgado que Diana Marcela Orjuela Orjuela sí le comunicó su estado de embarazo en los últimos días de noviembre, aunque no recordaba el día exacto y también aseguró haber informado a la empresa en ese mismo momento, tanto telefónicamente como

mediante correo electrónico.15 Sin embargo, el juez sostuvo que no fue posible determinar si las causas que dieron origen a la vinculación laboral subsisten, dado que en el contrato de trabajo se advierte que la obra tendría una duración igual a la que tuviese el contrato celebrado por la entidad empleadora con la Fiscalía General de la Nación el cual fue objeto de modificación y culminaba el 30 de noviembre de 2020.

14. Impugnación.16 Diana Marcela Orjuela Orjuela cuestionó el fallo de primera instancia por no haber respondido favorablemente a todas sus pretensiones, esto es, al pago de los salarios y prestaciones dejadas de percibir, así como a la petición de reintegro. Aseguró que dependía de su salario para sobrevivir en su condición de madre cabeza de familia.

15. Segunda instancia.17 El Juzgado 35 Civil del Circuito de Bogotá D.C., en providencia del 12 de abril de 2021, confirmó el fallo de primera instancia. Consideró que, siguiendo la jurisprudencia constitucional establecida en la Sentencia SU-075 de 2018, cuando la modalidad del contrato es por obra y se alega su culminación como justa causa para darlo por terminado, tiene lugar una “protección intermedia” que incluye, como mínimo, el pago de las cotizaciones durante el periodo de gestación y, si el embarazo ya culminó, el pago de toda la licencia de maternidad. En su criterio, el reintegro solo procede cuando se demuestre que las causas del contrato no desparecen, lo que, a su juicio, no sucedió en este caso debido a que “la accionante no probó en debida forma que aunque culminó la obra para la cual había sido contratada, la empresa continuó dicho vinculo laboral con la entidad contratante (Fiscalía General de la Nación) o con cualquier otra empresa” por lo que resulta improcedente acceder a esta pretensión.

16. Solicitud de selección para revisión.18 En escritos presentados el 16 de abril y el 18 de mayo del año en curso, durante el proceso interno de selección, Diana Marcela Orjuela Orjuela pidió a la Corte que su tutela fuera seleccionada para revisión y reiteró las pretensiones de la demanda. Solicitó que se ordene su reintegro y el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, pues ante la falta de los ingresos, se encuentra en riesgo de ser desalojada de su vivienda y como madre cabeza de familia necesita el empleo para su subsistencia y la de sus hijos.

1. Actuaciones surtidas en sede de revisión

17. Mediante Auto del 4 de octubre de 2021, la Magistrada sustanciadora decretó la práctica de pruebas a fin de esclarecer algunos aspectos fácticos relevantes de la tutela objeto de estudio.19

18. La accionante indicó a la Corte que su núcleo familiar está compuesto por su hijo David Santiago, nacido el 2 de junio de 2008, por su hija María Isabela y por ella, como madre cabeza de familia. Señaló que en la actualidad está desempleada, ha tenido que pedir ayuda a familiares y realizar rifas, dado que no tiene pareja; y añadió que ha dependido de la ayuda ordenada por la acción de tutela20 pues de lo contrario se encontraría "totalmente desamparada al igual que sus hijos."

19. Cleaner S.A informó a la Sala21 que se dedica a prestar servicios de outsourcing de aseo y cafetería en las instalaciones de las empresas que contratan la prestación de sus servicios. Indicó que no tiene vínculo jurídico alguno con la empresa Seasin Ltda. y que la única similitud entre ellas es que pertenecen al mismo gremio. Señaló que sus contratos con la Fiscalía General de la Nación terminaron, por cuanto esta entidad adjudicó el contrato del Grupo 2 y el del Bunker a otras empresas, entre ellas Seasin Ltda. También informó que su operación en Bogotá y Cundinamarca se ha reducido ya que en la actualidad solo tienen contratos con dos empresas.

En lo que respecta al contrato de trabajo "por obra o labor contratada" firmado por la accionante, Cleaner S.A. sostuvo "que la empleada en uso de la libertad contractual aceptó de manera clara e inequívoca que la vigencia de la relación laboral se encontraba supeditada a la existencia y necesidades del servicio del contrato principal suscrito con la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN GRUPO 2" por lo cual la terminación del mismo no se encontraba sometida a preaviso sino que podía terminar en cualquier momento después de verificar "que los motivos por los cuales fueron contratados desaparecen conforme al numeral D del artículo 61 del CST."

Sobre la falta de conocimiento de la empresa del estado de embarazo de Diana Marcela, la entidad insistió en que no existe prueba que certifique la notificación por parte de la accionante y citó la Sentencia SU-075 de 2018 para referirse al cambio de precedente constitucional sobre la exigencia del requisito de conocimiento del empleador del estado de embarazo de la trabajadora para la procedencia de la garantía de la estabilidad laboral

reforzada, con el fin de evitar imponer una “carga desproporcionada” al empleador que “desincentivaba la contratación de mujeres en edad reproductiva , lo cual implicaba para ellas una mayor discriminación en el ámbito laboral.”.

Finalmente, indicó que en cumplimiento a lo ordenado por el juez de instancia “procedió con la afiliación y pago del sistema de seguridad social integral (…).” para pagar a la accionante la licencia de maternidad.

20. Compensar S.A. informó a la Sala que Diana Marcela Orjuela Orjuela “registra autorización para atención de parto con fecha de ingreso del 19 de junio de 2021 y fecha de egreso de 21 de junio de 2021(…).” Detalló los servicios prestados a su hija de 3 meses y adjuntó la historia clínica en la que se evidencia que se encuentra en buen estado de salud. Por último, indicó que “Cleaner S.A. radic[ó] licencia de maternidad de la usuaria con fecha de inicio 20/06/2021 la cual fue autorizada de manera proporcional al tiempo cotizado y pagada directamente a la empresa por el valor de $3.391.830, (tres millones trescientos noventa unos mil ochocientos treinta pesos) fecha efectiva de la transferencia 17/08/2021.”

21. La Fiscalía General de la Nación indicó a la Corte22 que el objetivo de su relación contractual con Cleaner S.A fue tercerizar la prestación de los servicios de limpieza y mantenimiento de las sedes de la entidad, aclarando que los empleados de dicha empresa no son servidores públicos. Manifestó, que, tal como se comprobó en el trámite de la tutela, la entidad no tuvo conocimiento del estado de embarazo de la accionante y que la causa del despido se produjo de manera directa por la empresa Cleaner S.A.

22. Luego de analizar las pruebas recaudadas, la Magistrada sustanciadora, mediante Auto del 23 de noviembre de 2021, solicitó a Diana Marcela Orjuela Orjuela información sobre su examen de ingreso para su futura vinculación a Seasin Ltda. Así mismo, solicitó a Cleaner S.A. información sobre i) el examen de egreso que se debió ordenar y practicar a la accionante a la terminación del contrato, ii) los vínculos contractuales vigentes con la Fiscalía General de la Nación para la prestación de los servicios de aseo y cafetería, iii) la situación laboral actual de los trabajadores contratados para ejecutar dicho contrato y iv) los clientes de Cleaner S.A. a nivel nacional.

23. Vencido el plazo, no se obtuvo respuesta por parte de la accionante ni de la empresa demandada.23

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

24. La Sala Primera de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional es competente para conocer los fallos de instancia, de conformidad con la Constitución y las normas reglamentarias;24 y, en virtud del Auto del 30 de agosto de 2021, proferido por la Sala de Selección Número Ocho de 2021,25 que escogió el expediente de la referencia.

25. Antes de entrar a analizar de fondo el caso en cuestión, debe la Sala establecer si la presente acción de tutela procede a la luz de la Constitución y si, por tanto, puede entrar a resolver el asunto.

1. La acción de tutela es procedente

26. Para la Sala, la acción de tutela que se revisa es procedente por cuanto cumple los requisitos exigidos por el Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia constitucional. De manera preliminar, advierte que se satisfacen los presupuestos de legitimación por activa y pasiva, inmediatez y subsidiariedad. A continuación, se exponen los argumentos que sustentan dicha conclusión.

27. Se satisface el requisito de legitimación de las partes. Se cumple la legitimación por activa por cuanto la acción fue interpuesta por Diana Marcela Orjuela Orjuela quien actúa en nombre propio y en representación de su hijo menor de edad para solicitar la protección de sus derechos fundamentales.26 También se satisface el requisito de legitimación por pasiva por cuanto se presentó en contra de una empresa particular, como lo es Cleaner S.A., respecto de la cual la accionante se encontraba en situación de subordinación, derivada de su condición de trabajadora. 27

28. La demanda cumple con el requisito de inmediatez porque se interpuso en un término razonable, dado que, entre la actuación presuntamente vulneradora de los derechos, esto es, la terminación del contrato de trabajo de la accionante el 30 de noviembre de 2020 y la

fecha de admisión de la demanda el 1 de febrero de 2021, transcurrió un término de dos meses.28

29. Finalmente, la Sala advierte que la tutela supera el requisito de subsidiariedad,29 puesto que la parte actora solicita que se haga efectiva la protección especial a la maternidad, considerando su estado de embarazo, y la situación de vulnerabilidad en que se encuentra por su condición de mujer cabeza de familia que depende de su salario para su supervivencia, la de su hijo menor de edad y la del que está por nacer al momento de iniciarse el trámite de la acción. De acuerdo con lo anterior, la Sala encuentra que la pérdida del empleo pone en riesgo la capacidad de la accionante de satisfacer sus necesidades básicas, y, de garantizar su mínimo vital y el de sus hijos, pues su salario es fundamental para asegurar materialmente este derecho.

1. Problema jurídico y estructura de la decisión

30. Diana Marcela Orjuela Orjuela se vinculó inicialmente a Cleaner S.A., el 17 de diciembre de 2019, como operaria de aseo, mediante contrato de trabajo por obra o labor contratada, cuya duración dependería del contrato principal celebrado entre Cleaner S.A y la Fiscalía General de la Nación Grupo 2.30 Manifiesta la accionante que el 15 de noviembre de 2020, firmó un documento, por solicitud de su jefe inmediata, para ingresar a trabajar con un nuevo empleador, en el que Cleaner S.A. le notificaba la terminación del contrato de trabajo y su intención de no renovarlo. Cleaner S.A, afirma, por el contrario, que Diana Marcela fue notificada el 15 de noviembre del mismo año sobre la terminación del contrato a partir del 30 del mismo mes y año, por la modificación de las necesidades del servicio con la Fiscalía General de la Nación, entidad beneficiaria de la labor desempeñada. Diana Marcela indica que el 22 de noviembre, amaneció con malestares, se practicó una prueba de embarazo que resultó positiva e informó a su jefe inmediata sobre su estado. Además, presentó una comunicación en la que solicitó no considerar su firma en el documento de terminación anterior, la cual fue respondida negativamente por parte de Cleaner S.A.

31. Diana Marcela Orjuela Orjuela presentó acción de tutela contra Cleaner S.A., Compensar EPS, Sura ARL y Cafam con el objeto de lograr el amparo de sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida, el trabajo, el mínimo vital, la estabilidad laboral reforzada, el

debido proceso y la prohibición de discriminación contra la mujer, así como los derechos a la salud en conexidad con la vida de su hijo por nacer y de su otro hijo de 12 años de edad. La empresa empleadora argumentó que la accionante no informó sobre su estado de gravidez y que no existe prueba de que lo haya hecho, aunque su jefe inmediata reconoció durante el trámite de tutela haber sido informada por la señora Diana Marcela de su estado de embarazo antes de la terminación de la relación laboral. En efecto, esta persona señaló en el trámite de primera instancia que Diana Marcela le había informado durante los últimos días de noviembre sobre su estado.

32. Con base en lo anterior, le corresponde a la Sala determinar si ¿Una empresa de tercerización de servicios31 vulnera los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social, a la igualdad y al mínimo vital de una mujer cabeza de familia, en estado de embarazo, al dar por terminado su contrato por obra o labor contratada aduciendo la culminación de la obra con la entidad usuaria, pese a tener conocimiento de su estado y sin solicitar autorización del Ministerio de trabajo?

33. Para dar respuesta a este interrogante la Sala procederá a reiterar la jurisprudencia constitucional sobre: i) la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada y en periodo de lactancia, iii) el alcance del fuero de maternidad en contratos por obra o labor, cuando la vinculación se presenta con empresas de tercerización de servicios, y iii) el estudio del caso concreto para evaluar el alcance de la estabilidad laboral reforzada.

1. Protección a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo y en periodo de lactancia

34. El artículo 13 de la Constitución consagra el derecho a la igualdad y el deber del Estado de adoptar medidas en favor de grupos discriminados y de protección especial a personas en circunstancias de debilidad manifiesta. Así mismo, el artículo 43 de la Carta Política establece la prohibición de discriminación contra la mujer y la especial protección que debe recibir por parte del Estado durante el embarazo y después del parto, así como en su condición de ser jefe de familia. Esta protección especial a la maternidad también vincula a los particulares en virtud del principio de solidaridad social (Arts. 1, 48, 49 y 95 de la CP). De estas disposiciones se deduce la prohibición de cualquier forma de discriminación contra la mujer embarazada o

en periodo de lactancia en el ámbito laboral. Además, el artículo 53 de la Constitución, contempla expresamente la protección a la maternidad, como principio mínimo fundamental que debe atender el Legislador al cumplir el mandato de expedir el estatuto del trabajo.

35. A nivel internacional, diversos instrumentos de derechos humanos ratificados por Colombia reconocen la protección especial de la maternidad, como son: i) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al prohibir la discriminación por motivos de sexo (Arts. 4 y 26); ii) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al establecer los deberes de especial protección a las madres antes y después del parto, así como el reconocimiento de la licencia de maternidad a las mujeres trabajadoras (artículo 10.2); iii) la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que ordena a los Estados tomar medidas para evitar el despido por embarazo, implantar la licencia de maternidad y prestar protección especial a la mujer embarazada (artículo 11.2); iv) el Protocolo de San Salvador, Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que contempla el derecho a la seguridad social e incluye para las mujeres trabajadoras en estado de embarazo la licencia remunerada antes y después del parto (artículo 9.2).

Mas recientemente y en el ámbito laboral, la Organización Internacional del Trabajo adoptó el Convenio 183 de 2000 que revisa y actualiza convenios anteriores sobre la protección de la mujer gestante y lactante con mecanismos como la licencia de maternidad (artículo 4), y dispone medidas adicionales para la protección del empleo y contra la discriminación, como el llamado fuero de maternidad mediante el cual se prohíbe despedir a las mujeres por el hecho del embarazo o de la lactancia y el derecho a regresar a su trabajo (artículos 8 a 11).32

36. En desarrollo de las disposiciones constitucionales y de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado colombiano, antes mencionados, el legislador reguló en el Capítulo V del Código Sustantivo del Trabajo la protección de la mujer gestante trabajadora. El artículo 236 del Código citado33 contempla el derecho de las trabajadoras “a una licencia de 18 semanas en la época del parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia.” Por su parte el artículo 238, ibídem, regula el derecho al descanso

remunerado durante la lactancia.

37. Así mismo, el artículo 239, ibídem, consagra el fuero de la maternidad, al establecer la prohibición de despedir a una mujer por motivo de su embarazo o lactancia y contempla la presunción según la cual se asume que el despido se ha efectuado por tales motivos, cuando se realiza sin el previo permiso del Ministerio de Trabajo, evento en el cual se ordena el pago de una indemnización consistente en 60 días de salario. De acuerdo con lo anterior, el artículo 240 regula la exigencia al empleador de acudir al Ministerio de trabajo antes de proceder al despido de una mujer durante el periodo de embarazo o de lactancia, para que avale la justa causa del despido. Por último, el artículo 241 establece la nulidad del despido que se comunique a la trabajadora en período de licencia de maternidad o de lactancia.

38. En este contexto normativo, la Corte Constitucional ha venido construyendo la jurisprudencia relacionada con la protección de la maternidad en el espacio laboral, para proteger a la mujer en estado de embarazo como sujeto de especial protección constitucional y garantizar también los derechos del que está por nacer y del recién nacido.

39. Sin duda el primer referente relevante es la Sentencia C-470 de 199734 en la cual la Corte se pronuncia sobre una demanda contra el ordinal 3 del artículo 239 del CST.35 En dicho fallo, a partir de múltiples fundamentos constitucionales como son la dignidad, los derechos a la igualdad y a la autonomía de las mujeres y la protección misma de la maternidad (Arts. 1, 13, 43 de la CP), la Corte definió los parámetros especiales de protección frente a la discriminación que han sufrido las mujeres en el pasado, para “enaltecerlas” por esta condición natural y especial propia de ellas.

40. Siguiendo esta línea, las salas de revisión empezaron a desarrollar la jurisprudencia en torno a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada con diferentes alcances y enfoques según la modalidad contractual y especialmente en relación con la exigencia del conocimiento del empleador sobre el estado de embarazo de la trabajadora antes de la terminación del vínculo laboral. Así, se ha admitido la procedencia excepcional de la tutela para proteger a la mujer embarazada cuando se encuentre en riesgo su mínimo vital y se evidencie la discriminación en el acto del despido por razón del embarazo.36 En la mayoría de los casos se exigía una notificación previa y por escrito al empleador por parte de la

trabajadora;37 sin embargo, con el paso del tiempo, tras constatar la dificultad que suponía esta exigencia para las mujeres en el contexto de discriminación estructural en que se enmarca esta protección; y en el de subordinación, propio del derecho al trabajo, las distintas salas empezaron a efectuar un análisis probatorio distinto, adecuado al contexto mencionado, y en el que los indicios cobran especial relevancia. Así se empezó a aceptar que en ocasiones la gravidez constituye un hecho notorio,38 se admitieron las incapacidades médicas debido al embarazo,39 se tomó en consideración el conocimiento de los compañeros de trabajo sobre la situación y, finalmente, se analizaron las circunstancias que rodearon el despido y las conductas asumidas por el empleador, para así concluir que este tenía conocimiento del embarazo.40

Mediante la Sentencia T-095 de 200841 se amplió la protección a las diferentes modalidades de contratos laborales luego de considerar que la base fundamental del fuero de maternidad es el inicio del embarazo durante la vigencia de la relación laboral. Reconociendo las dificultades probatorias que se presentan en estos casos para las mujeres, se matizó la importancia del aviso al empleador antes de la notificación de la terminación del vínculo laboral, en el sentido de que la presunción opera incluso cuando la mujer se entera de su estado de gravidez luego de que el empleador le ha comunicado la terminación del contrato, pero antes de su vencimiento efectivo.42 Varias salas de revisión reiteraron esta sentencia, aunque otras continuaron exigiendo el aviso previo al empleador.

41. Frente a la falta de uniformidad entre las salas de revisión sobre la exigencia del conocimiento del empleador y respecto de las medidas de protección para cada modalidad contractual, la Corte decide unificar su jurisprudencia, mediante la Sentencia SU-070 de 2013,43 con fundamento en el principio de solidaridad social para garantizar el fuero de maternidad con independencia del conocimiento por parte del empleador sobre el hecho del embarazo, hecho que solo resultaría relevante para determinar el grado de protección. Sin embargo, a partir de la Sentencia SU-075 de 2018, 44 en que la Corte consideró que el precedente anterior estaba generando mayores situaciones de discriminación en el mundo laboral para las mujeres, se modificó el precedente a fin de evitar imponer cargas desproporcionadas a las empresas y se determinó que, si el empleador demuestra que no tuvo conocimiento del estado de embarazo de la trabajadora, no está obligado a sufragar las

cotizaciones que le permiten acceder a la licencia de maternidad.

42. Así pues, el fuero de maternidad se configura, de acuerdo con la jurisprudencia vigente de la Corte, siempre que exista una relación laboral o de prestación de servicios durante la cual la mujer se encuentre en estado de embarazo o en periodo de lactancia con conocimiento del empleador y su alcance se determina a partir del tipo de contrato mediante el cual se encontraba vinculada la mujer embarazada.

1. Del fuero de maternidad en los contratos por obra o labor contratada con empresas que prestan servicios de tercerización o de subcontratación laboral

43. Siguiendo la línea jurisprudencial general antes reseñada, en este acápite, la Sala señalará las posiciones adoptadas por la Corte Constitucional respecto de trabajadoras embarazadas vinculadas con empresas de intermediación laboral o de tercerización dedicadas a la subcontratación de servicios mediante contratos por obra o labor, cuando se vulnera la prohibición de discriminación por terminación del contrato, así como las medidas de protección otorgadas.

44. Desde sus inicios, esta Corporación ha decidido una considerable cantidad de acciones de tutela interpuestas por mujeres embarazadas vinculadas mediante contratos por obra o labor, que han sido despedidas. Sin embargo, inicialmente la jurisprudencia no fue uniforme ni sistemática y a partir de consideraciones y alcances diferentes, algunas salas de revisión analizaron las posibles medidas razonables como ordenar el reintegro y la continuidad del contrato respectivo, y/o el reconocimiento de las prestaciones de seguridad social, mientras que otras no reconocieron la garantía de la estabilidad laboral reforzada.

45. Especialmente, en los casos de empresas de servicios temporales, con la modalidad de contratos por obra o labor, en algunos casos se negó la protección si el despido coincidía con la expiración del plazo del contrato o el juez constitucional verificaba que la labor ya no era requerida por la empresa usuaria.45 Otros fallos se sustentaron en la comprobación por parte del juez de tutela de la subsistencia del objeto materia del contrato y se ordenó el reintegro a la empresa de servicios temporales y a la empresa usuaria.46 Finalmente se consideró que aun cuando, en principio, hubiera finalizado la labor contratada por la empresa

usuaria, la empresa de servicios temporales debía solicitar autorización al inspector de trabajo para realizar el despido, y en caso de omitirlo, debía reintegrar a la trabajadora y tratar de ubicarla en la misma o en otra empresa usuaria.47

46. En este contexto, la Corte decidió unificar su jurisprudencia mediante la Sentencia SU-070 de 201348 sobre la forma como opera la protección constitucional de la mujer embarazada a través de la estabilidad laboral reforzada en cada modalidad de vínculo laboral, precedente que fue ratificado en la Sentencia SU-075 de 2018.49

47. En el presente asunto, solo se hará alusión a las reglas establecidas para el contrato de obra o labor, dado que es el pertinente para el caso objeto de estudio. En los eventos de empresas de intermediación laboral, que son aplicables a los de tercerización laboral, para la Corte "se entiende que hubo conocimiento del estado de embarazo por parte del empleador cuando al menos conociera de éste (i) la cooperativa de trabajo asociado, (ii) la empresa de servicios temporales, o (iii) el tercero o empresa usuaria con el cual contrataron. Igualmente, deberá preverse que el reintegro procederá ante el tercero contratante o la empresa usuaria, y que en todo caso el lugar de reintegro podrá cambiar y ordenarse según el caso a la empresa usuaria o la cooperativa o EST, de resultar imposibilitada una u otra para garantizarlo."50

Una vez acreditado el conocimiento del empleador pueden presentarse dos situaciones: i) si la terminación del contrato se produce antes del vencimiento de la obra o labor contratada, sin la autorización del inspector de trabajo, se considera nulo el despido y procede el reintegro junto con el pago de los salarios dejados de percibir conforme a lo dispuesto por el artículo 239 del CST, que contempla la protección contra la discriminación; y ii) si la terminación del vínculo se produce una vez vencido el contrato y se alega como justa causa para dar por finalizada la relación laboral la terminación de la labor u obra contratada, el empleador debe acudir, antes de la terminación, al inspector de trabajo para que determine si subsisten las causas objetivas que dieron origen a la relación laboral. Cuando el empleador no acude al inspector, el juez de tutela debe ordenar las cotizaciones a la seguridad social y puede disponer el reintegro si se acredita que las causas del contrato se mantienen, así como el pago de la indemnización por despido discriminatorio.51

48. La Corte Constitucional ha establecido que cuando el empleador conoce el estado de

embarazo de la mujer trabajadora tiene prohibido desvincularla sin la respectiva autorización del Inspector del Trabajo, aun cuando medie una justa causa.52 Esta regla es aplicable a las empresas de servicios temporales, a las cooperativas de trabajo asociado y a las empresas comerciales dedicadas a la tercerización de servicios de aseo y mantenimiento para oficinas, hogares e industrias mediante contratos por obra o labor, sujetos a una fecha o condición específica de terminación. De acuerdo con la Corte, en estos casos "si el empleador alega que la necesidad del servicio o de la obra pendiente de realizar o del objeto del contrato ha desaparecido cuando la trabajadora ha quedado en estado de embarazo, es posible presumir que la falta de renovación del contrato se dio por razón del embarazo."53 De esta manera, la garantía de la estabilidad laboral reforzada tiene por objeto evitar que se excluya a las mujeres del mercado laboral debido a su estado de embarazo.

49. Para la Sala es importante considerar en el análisis de cada caso concreto que la discriminación contra la mujer embarazada no se evidencia siempre en acciones claras y específicas. Existen patrones institucionales y prácticas sociales complejas que hacen de la discriminación un fenómeno estructural difícil de visibilizar. En este contexto, el juez constitucional debe desarrollar la habilidad necesaria para identificar patrones culturales con el fin de ofrecer una efectiva protección a los derechos fundamentales vulnerados, develando tales patrones ocultos en hechos de difícil constatación probatoria.

50. En síntesis, de acuerdo con el precedente constitucional vigente, existe una protección especial de la maternidad a través del fuero de estabilidad laboral reforzada en favor de la mujer gestante o lactante siempre que se acrediten las siguientes condiciones: i) la existencia de una relación laboral o de prestación de servicios; ii) que la trabajadora se encuentre en estado de embarazo o en periodo de lactancia durante la vigencia del vínculo laboral; y iii) el conocimiento por parte del empleador del estado de embarazo. En el caso de los contratos de trabajo por obra o labor opera una presunción de discriminación, en virtud de la cual cuando se despide a una mujer gestante o lactante bajo el argumento de que han desaparecido las necesidades del servicio, se entiende que la falta de renovación obedece al estado de embarazo. En estos eventos procede el reintegro, durante el periodo del embarazo y en las 18 semanas posteriores al parto.

1. La empresa demandada vulneró los derechos a la estabilidad laboral reforzada, al mínimo vital, a la salud y a la seguridad social de la accionante

51. Como se explicó en los fundamentos normativos de esta providencia, la Constitución Política prevé una especial protección para la mujer en el ámbito laboral y esta se proyecta, entre otras medidas, en la estabilidad laboral reforzada para la mujer gestante, que tiene como principales fundamentos constitucionales el mandato de no discriminación, la solidaridad social y la especial protección a la mujer.

52. La Corte Constitucional ha establecido que, cuando una mujer está en embarazo, es necesario que el empleador acuda ante el Ministerio o el Inspector del trabajo para demostrar la existencia de una causa objetiva, si pretende dar por terminado el vínculo de trabajo. De no hacerlo, se presume que el despido es discriminatorio y por lo tanto inconstitucional, pues tuvo como fundamento precisamente la condición gestante de la mujer.

53.Ahora bien, durante muchos años la mayoría de la salas de revisión y, en especial, a partir de la Sentencia SU-073 de 2013, la Corte Constitucional sostuvo que la protección debía darse sin importar si el empleador tenía o no conocimiento del estado de embarazo de la mujer al momento de terminación del vínculo; sin embargo, en la Sentencia SU-075 de 2018,54 la Corporación modificó el precedente, pues consideró que esta subregla podría comportar cargas excesivas para los empleadores que, a la postre, derivarían en un estímulo negativo para la contratación de mujeres. Por esta razón precisó que el conocimiento del empleador sí es condición de procedencia del amparo o, en general, de la protección derivada de la estabilidad laboral reforzada.

54. Es importante indicar que esta modificación en ningún momento supone un cambio en el enfoque que debe adoptar el juez en la valoración de las pruebas, basado ante todo en el reconocimiento de la dimensión estructural de la discriminación, oculta en prácticas culturales aceptadas; o en la dimensión institucional de la discriminación, que se reproduce en los mecanismos de dominación propios de escenarios como la familia, la escuela o el trabajo. Estos mecanismos implican, ante todo, que los actos discriminatorios son de difícil prueba y que, por lo general, no quedan grabados en tinta, en documentos, reglamentos u otros documentos de fácil acceso, sino que palpitan entre conversaciones de pasillo, amenazas implícitas, estereotipos de género o, en el ámbito judicial, en la imposición de

cargas probatorias imposibles de cumplir.

55. En ese marco, si bien es necesario que el empleador conozca del estado de embarazo de la mujer al momento de la terminación del vínculo, la prueba de este hecho debe ser alcanzada a partir de un examen que involucre inferencias razonables con base en las pruebas y también en los indicios disponibles, que suelen caracterizar este tipo de escenarios.

56. El caso objeto de estudio, en efecto, ofrece un conjunto de indicios y pruebas a partir de los cuales la Sala deberá adoptar una decisión, pese a las contradicciones entre las versiones de la accionante y la empresa Cleaner S.A. Este análisis será desarrollado en los párrafos sucesivos.

57. De conformidad con los hechos narrados en la parte inicial de esta providencia, Diana Marcela Orjuela Orjuela mantuvo una vinculación laboral con Cleaner S.A desde el 17 de diciembre de 2019 hasta el 30 de noviembre de 2020, fecha en que la empresa dio por terminado su contrato por obra o labor, aduciendo la “terminación” o “modificación” del contrato con la entidad usuaria, la Fiscalía General de la Nación, Grupo 2.

58. La empresa avisó sobre su intención de terminar el contrato, o no renovar el vínculo, el 15 de noviembre de 2019, mediante una carta, que Diana Marcela firmó, a instancias de su jefa directa, Sara Rodríguez. Antes de finalizar la relación laboral, el 22 de noviembre Diana Marcela tuvo conocimiento de su estado de embarazo y así lo comunicó a su jefe inmediata, quien, en el trámite de tutela, reconoció haber sido informada durante los últimos días de noviembre y manifestó haberlo comunicado en ese mismo momento a la empresa.55

59. Este testimonio no fue desmentido por la empresa, ni en las instancias, ni en sede de revisión. La entidad señala que ignora lo ocurrido en las conversaciones entre Diana Marcela Orjuela Orjuela y Sara Rodríguez, y plantea que lo único que está acreditado en los documentos allegados al expediente es que la accionante informó a la empresa sobre su estado de embarazo el 1º de diciembre, es decir, un día después de la terminación del vínculo. Añade que, si ella no conocía sobre su estado, menos podía hacerlo la empresa.

60. En criterio de la Sala, el argumento de la entidad sería sólido, si el único medio de prueba válido en este escenario fuera el documento con la firma de recibido de la empresa, a la terminación del vínculo, en el que Diana Marcela informa sobre su embarazo. Y, en efecto, si ni siquiera la accionante conociera sobre su estado de gravidez antes de la terminación del vínculo, la empresa no podría saberlo. Pero esta afirmación desconoce que la terminación efectiva del vínculo se dio el 30 de noviembre, y que existieron momentos previos muy relevantes, como la entrega del aviso el 15 de noviembre por parte de Sara Rodríguez a la accionante y la información verbal que Diana Marcela transmitió a su jefa directa, comunicando su estado de embarazo.

61. En especial, la empresa pasa por alto que, Diana Marcela Orjuela Orjuela afirma haber transmitido esta información a su jefa inmediata, Sara Rodríguez, al enterarse de su estado de embarazo el 24 de noviembre (cuando el contrato no había terminado, más allá de la existencia de un aviso de no renovación); y que Sara Rodríguez manifestó, de manera expresa ante el juez de primera instancia que esta comunicación se presentó durante los últimos días de noviembre. Es cierto que Sara Rodríguez no señaló cuál de los últimos días de noviembre se dio la conversación, pero también es cierto que los últimos días de noviembre no son el último día, ni el primero de diciembre.

62. Por lo tanto, en un contexto de difícil prueba, como este, donde el dicho de Diana Marcela Orjuela Orjuela es confirmado, en términos literales, por el testimonio de su jefa inmediata, para la Sala es claro que el argumento de Cleaner SA no se sostiene: la empresa sí podía conocer y, en efecto lo hizo, del embarazo de Diana Marcela Orjuela Orjuela antes de la terminación del vínculo. La accionante lo supo el 24 de noviembre y la empresa, a través de la jefa directa, entre este día y el 30 de noviembre, día en que finalmente terminaba la relación laboral.

63. Llama la atención a la Sala, en este punto, que la empresa sostenga que le son indiferentes las conversaciones entre su empleada y su jefa directa, pues al hacerlo desconoce que la jefa directa es precisamente el primer conducto de comunicación que la empresa ha designado para el intercambio de información relevante con las personas a su cargo. Admitir este argumento implicaría hacer aún más pesada la carga de una mujer víctima de discriminación por razón del embarazo, pues para la empresa los mensajes que esta le transmite a su empleadora directa son algo así como conversaciones privadas sin

relevancia dentro de la relación laboral.

64. De acuerdo con lo expuesto, la Sala reitera que no puede avalar el argumento de Cleaner S.A según el cual Diana Marcela Orjuela Orjuela no le informó oportunamente a la empresa su estado de embarazo, por no existir prueba que así lo certifique, puesto que la empresa tuvo conocimiento a través de la jefe inmediata de la accionante, Sara Rodríguez, como consta en el trámite de instancia, antes de la finalización efectiva de la relación laboral, testimonio que en ningún momento fue controvertido por la empresa accionada. Para la Sala, se configura en consecuencia un despido discriminatorio tal y como lo concluyeron los jueces de tutela.56

65. Como se ha venido analizando con las pruebas que obran en el expediente, la accionante afirma que su jefe inmediata le solicitó firmar un documento de renuncia y le ordenó un examen de ingreso como parte del trámite interno para ingresar a una nueva empresa, aunque posteriormente le informó que no sería vinculada, sin ofrecer razón alguna, pero señala que no le ordenaron el examen de egreso de Cleaner S.A. Por su parte, la empresa afirma que notificó a la accionante de la terminación del contrato y que no tiene conocimiento sobre lo informado por la señora Sara Rodríguez, en relación con una nueva vinculación. Sin embargo, Cleaner S.A, inicialmente guarda silencio sobre el examen de egreso que ha debido ordenar a Diana Marcela Orjuela Orjuela, como parte de la terminación del contrato.57

66. En efecto, se trata de afirmaciones contradictorias sobre la forma como se terminó el contrato entre Cleaner S.A. y la accionante. Para ella, se trataba simplemente de un cambio de empresa, pero no de la desvinculación total, mientras que para Cleaner S.A, se estaba terminado el contrato. Sin embargo, lo que sí es claro y llama la atención es que no obra en el expediente la información solicitada sobre la práctica del examen de egreso de Diana Marcela, por lo cual la Sala asume que la empresa empleadora no lo ordenó, como era su deber. Esto permite reafirmar que la empresa ya tenía conocimiento del estado de embarazo de la accionante no solo por el testimonio de la señora Sara Rodríguez ante el juez de primera instancia, sino probablemente porque en el examen de egreso Diana Marcela Orjuela Orjuela, también habría podido confirmar su estado de embarazo.

67. Además, es importante observar que la accionante intentó suspender el trámite de

terminación del contrato, a través de una solicitud a Cleaner S.A. del 30 de diciembre de 2020 (y radicada un día después), cuando le informaron que no sería vinculada por su supuesto nuevo empleador, Seasin Ltda, pero a pesar de que Cleaner S.A. ya tenía conocimiento de su estado de embarazo, respondió de manera negativa. Esta solicitud de la accionante también evidencia que esperaba continuar en otro lugar de trabajo o con un nuevo empleador.

68. La Sala advierte que Cleaner SA manifestó, en su respuesta ante el juez de tutela, que Diana Marcela habría enviado su solicitud de no tomar en cuenta la firma que plasmó en la carta en que fue notificada sobre la no renovación del vínculo, solo como consecuencia de no haber sido aceptada por la otra empresa que prestaría el mismo servicio a la Fiscalía General de la Nación. Esta es una afirmación que, primero, muestra el irrespeto de la entidad por la situación de una mujer en estado de embarazo que solicita reconsiderar la decisión de despido o no renovación del vínculo; y, segundo, viene a confirmar las afirmaciones de la accionante según las cuales Cleaner S.A. la remitió a examen de ingreso a otra empresa, pues demuestra precisamente que Cleaner S.A. estaba al tanto, y hacía parte del engranaje dispuesto para el paso de algunos de sus trabajadores a la nueva entidad.

69. En todo este contexto además es evidente que tampoco obra en el expediente la autorización del Ministerio de Trabajo para dar por terminado su contrato debido al fuero de maternidad que ampara a la accionante, contraviniendo lo estipulado en el artículo 240 del CST y la jurisprudencia reiterada de esta Corporación.

70. Por otra parte, en lo referente a la posible continuidad de la relación contractual de Cleaner S.A con la Fiscalía General de la Nación, es interesante observar que ante los jueces de instancia y en la respuesta a la Corte, la empresa se refiere específicamente a la terminación del contrato con el Grupo 2 de la Fiscalía General de la Nación el 30 de noviembre de 2020 y advierte que dicho contrato fue adjudicado por licitación para el siguiente periodo (hasta el 2022) a la empresa Seasin Ltda, que supuestamente sería el nuevo empleador de Diana Marcela.58 Sin embargo, en la carta de notificación de terminación del contrato a la accionante, Cleaner S.A se refiere a “la modificación de las necesidades del servicio” con el Grupo 2 de la Fiscalía General de la Nación. Por lo anterior para la Sala no es claro si Cleaner S.A tiene o no en la actualidad, algún tipo de vínculo contractual, directo o mediante alguna relación con otra empresa o con alguna unidad de la

Fiscalía General de la Nación a nivel nacional.59 Y aunque solicitó a Cleaner S.A. información clara en este sentido, la empresa, no se pronunció dentro del término establecido.60

71. La Sala insiste en que es preocupante observar que se utilicen mecanismos de flexibilización laboral como son los contratos de tercerización de servicios, para intentar evadir obligaciones legales en relación con la protección de las trabajadoras en estado de embarazo que representan prácticas complejas de evidente discriminación institucional y estructural contra la mujer gestante. Y es debido a esta situación social y cultural que se hace indispensable seguir el precedente planteado en la Sentencia C-470 de 1997 cuya fuerza vinculante es indiscutible y debe ser principio orientador de las sentencias de tutela en cuanto se trata de una interpretación directa de nuestra Carta Política sobre un mandato al Legislador para garantizar la protección de la mujer embarazada en el marco de las relaciones laborales frente a la discriminación.

72. Pero además porque el pago de una sanción pecuniaria como resultado de una conducta discriminatoria, es solo una consecuencia legal, que no garantiza la lucha eficaz contra la práctica de la discriminación hacia la mujer en el ámbito laboral, la cual obedece a patrones enraizados profundamente en la cultura, que deben visibilizarse y ser objeto de medidas efectivas para asegurar los derechos fundamentales y la permanencia de las mujeres gestantes en el mercado laboral. Los argumentos de sobre costos o posibles incomodidades que se puedan causar a las empresas no son de recibo a nivel constitucional, cuando de lo que se trata es de promover la inclusión de las mujeres en el mundo laboral para lograr la igualdad entre los sexos en beneficio de toda la sociedad.

73. Por lo anterior, la Sala considera necesario aplicar la presunción legal de despido discriminatorio de la mujer embarazada, que en este proceso la empresa acusada no ha logrado desvirtuar, para hacer efectiva la garantía de la estabilidad laboral reforzada, como instrumento de protección a la maternidad.

74. En el presente caso, finalmente se pudo establecer que Cleaner S.A continuó prestando sus servicios a la Fiscalía General de la Nación regional Nororiente. Además, para la Sala es claro que Cleaner S.A. es una empresa calificada como “grande” de acuerdo con certificado de la Cámara de Comercio y que su objeto social es precisamente prestar el servicio de aseo y mantenimiento a entidades públicas y empresas, por lo cual las causas del contrato laboral

de Diana Marcela con Cleaner S.A. no desaparecen y la empresa puede reubicarla en cualquiera de las empresas o entidades usuarias que sean sus clientes.61 Esta solución ha sido adoptada ampliamente por la Corte en ocasiones anteriores en que los empleadores han sido empresas de servicios temporales o cooperativas de trabajo asociado que realizan labores de intermediación para entidades del Estado o de tercerización de servicios para empresas.62

75. De lo que ha quedado expuesto, se puede afirmar entonces, que la terminación del contrato de la accionante fue arbitraria y tuvo fundamento en su condición de embarazo, de manera que es posible concluir que Cleaner S.A. vulneró los derechos fundamentales, al mínimo vital, a la salud, al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada y a la igualdad de Diana Marcela Orjuela Orjuela y así deberá declararse.

76. En virtud de todo lo anterior, la Sala comparte parcialmente la decisión de los jueces de instancia. Acompaña la concesión del amparo a la estabilidad laboral reforzada de la accionante y en consecuencia la orden de reconocer a Diana Marcela Orjuela Orjuela, las cotizaciones durante el periodo de gestación, que garanticen el pago de la licencia de maternidad. No acompaña, la decisión de negar el reconocimiento del pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, así como la petición de reintegro, al inferir de la carta de terminación del contrato que la causa del despido se produjo por la terminación o modificación del convenio con la Fiscalía y en función de la cláusula que establecía un plazo definido, al contrato por obra o labor.

77. En efecto, al encontrar que la empresa acusada no cumplió con su obligación de acudir al inspector de trabajo para solicitar autorización fundamentada en la existencia de una justa causa, se presume que su actuación fue discriminatoria, como lo ha afirmado reiteradamente esta Corporación. Y no corresponde a Diana Marcela demostrar que las causas laborales de su contrato con Cleaner S.A. continúan, ya que prestar los servicios de aseo y cafetería es parte del objeto social de la empresa, que debe corregir su conducta discriminatoria manteniendo vinculada a la accionante y respetando sus derechos laborales. En estos eventos procede ordenar el reintegro, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional.63

78. En el presente caso, la orden de reintegro o reubicación es particularmente importante si

se tiene en cuenta que, durante el trámite en sede de revisión, la accionante informó a la Corte que se encuentra desempleada, pidiendo ayuda a familiares, y dependiendo exclusivamente de su licencia de maternidad y de su afiliación en salud a Compensar que ha cubierto la empresa accionada por orden de los jueces de tutela.

79. En efecto, el acto discriminatorio de dar por terminado el contrato por razón del embarazo, aduciendo la supuesta terminación de la labor contratada, no es una causal legal válida en términos jurisprudenciales para terminar el vínculo laboral de una persona que goza de especial protección constitucional en razón a su estado de embarazo conocido por el empleador.

En virtud de todo lo anterior, la Sala considera que Cleaner S.A. debe reubicar a Diana Marcela en primer lugar en alguna de las unidades de la Fiscalía General de la Nación, si continúa el vínculo contractual entre la empresa y esta entidad. De lo contrario, Cleaner S.A. deberá reubicarla en una nueva empresa usuaria de manera inmediata a la terminación de su licencia de maternidad.

80. En este orden de ideas, la Sala: (i) confirmará parcialmente la decisión de segunda instancia que confirmó la decisión de primera instancia en el sentido de conceder el amparo a la estabilidad laboral reforzada y ordenó a Cleaner S.A. realizar las cotizaciones ante la EPS respectiva, para garantizar el pago de la licencia de maternidad; ii) revocará la decisión en lo referente a negar el reconocimiento del pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, así como la petición de reintegro; (iii) declarará la ineficacia del despido y ordenará su reubicación en una empresa o entidad usuaria que ofrezca igual o mejor ocupación laboral a la que venía desempeñando antes de su desvinculación, incluyendo las garantías propias del periodo de lactancia; (iii) concederá el pago retroactivo de los salarios y prestaciones sociales dejados de pagar a Diana Marcela desde el momento de su despido hasta la fecha en que sea reubicada, y (iv) ordenará que se mantenga la afiliación al Sistema general de seguridad social en salud y pensiones de Diana Marcela Orjuela Orjuela.

81. Por último, esta Sala también considera necesario advertir a Cleaner S.A. que, en lo sucesivo, se abstenga de incurrir en la conducta de despedir a una trabajadora en condición de embarazo teniendo conocimiento de este; y que, en caso de existir una causa objetiva, debe solicitar previamente la autorización del Ministerio de Trabajo para proceder al

despido.

1. Síntesis de la decisión

82. Al analizar la acción de tutela instaurada por la señora Diana Marcela Orjuela Orjuela contra la empresa Cleaner S.A., la Sala Primera de Revisión constató que fue despedida sin justa causa, debido a su estado de embarazo. Dicha condición era conocida por el empleador que optó por terminar el contrato por obra o labor, sin contar con la previa autorización del Ministerio de Trabajo y sin practicar el examen de egreso a la accionante. En virtud de lo anterior, se declaró que la accionante era titular de la estabilidad laboral reforzada y, por consiguiente, en su beneficio deben aplicarse las consecuencias jurídicas previstas para estos asuntos.

83. Por estas razones se reitera que una empresa vulnera los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, a la igualdad, al mínimo vital, a la salud y a la seguridad social, al despedir a una mujer trabajadora vinculada mediante contrato por obra o labor, en estado de embarazo y conociendo previamente esta condición, cuando no cuenta con la debida autorización del Ministerio del Trabajo para el efecto y no ordena el examen de egreso, cuyo resultado positivo debe suspender la terminación del contrato.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia proferida el 12 de abril de 2021 por el Juzgado 35 Civil del Circuito de Bogotá, que confirmó el fallo expedido por el Juzgado 36 Civil Municipal de Bogotá del 12 de febrero de 2021, en el sentido de conceder el amparo del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada, a la igualdad, al mínimo vital, a la salud y a la seguridad social de Diana Marcela Orjuela Orjuela y ordenar a Cleaner S.A. realizar las cotizaciones ante la EPS, para garantizar el pago de la licencia de maternidad, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo.- DECLARAR la ineficacia del acto por virtud del cual se desvinculó a Diana Marcela Orjuela Orjuela y en consecuencia, ORDENAR a Cleaner S.A. que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia proceda a: i) reubicar a Diana Marcela Orjuela Orjuela en otra empresa o entidad usuaria en un cargo de igual o mejores condiciones al que venía desempeñando hasta el momento de su desvinculación, respetando el tiempo que falta para que finalice su licencia de maternidad e incluyendo las garantías propias del periodo de lactancia; ii) ordenar el pago de los salarios y las prestaciones sociales dejadas de percibir desde el momento de su desvinculación hasta el momento de su reubicación, descontando las sumas correspondientes a la licencia de maternidad que se le han pagado y, iii) pagar la indemnización prevista en el artículo 239.3 del CST.

Tercero.- ADVERTIR a Cleaner S.A. que, en lo sucesivo, se abstenga de incurrir en la conducta de despedir a sus trabajadoras en estado de embarazo o durante el periodo de licencia de maternidad previsto en la ley, sin solicitar la debida autorización del Ministerio de Trabajo demostrando la existencia de una justa causa.

Cuarto.- LIBRAR las comunicaciones -por Secretaría General de la Corte Constitucional-, y DISPONER las notificaciones a las partes -a través del Juez de tutela de instancia-, previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Quinto.- REMITIR al Juzgado de instancia el expediente digitalizado del proceso de tutela de la referencia.

Notifíquese, comuníquese publíquese y cúmplase.

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 La demanda también ser dirige contra Compensar EPS, Sura ARL y Caja de Compensación Familiar CAFAM.

2 La demanda fue admitida el 1 de febrero de 2021 por el Juzgado 36 Civil Municipal de Bogotá.

3 De 32 años de edad, a la fecha de la presentación de la acción de tutela.

5 Expediente digital, Ibídem., P. 3 Además pidió que se le ordenara el pago de los salarios dejados de percibir desde la terminación del contrato hasta su reintegro efectivo

6 Expediente digital, Ibídem., P. 3.

7Expediente digital, auto admisorio de la demanda.

8 Expediente digital, fallo de primera instancia, P. 2. Cleaner S.A Allegó copia del derecho de petición presentado por la accionante con fecha de radicación del 1 de diciembre de 2020.

9 Expediente digital, Contestación Compensar, Pp. 1-5.

10 Expediente digital, Contestación Cafam, Pp. 1-2.

11 Expediente digital, Contestación Colpensiones, Pp. 1-4.

12 Expediente digital, Contestación Seasin Ltda, Pp. 1-2.

13 Expediente digital, contestación Fiscalía, Pp. 1-5.

14 Expediente digital, fallo de primera instancia.

15 Expediente digital, ibídem.

16 Expediente digital, escrito de impugnación.

17 Expediente digital, Sentencia Tutela Segunda Instancia.

18 Expediente digital, Solicitud Revisión Tutela.

19 Solicitó: i) a la accionante informar sobre la composición de su núcleo familiar, la manera de satisfacer sus necesidades básicas, su situación laboral actual y de afiliación al Sistema General de Seguridad Social, y su estado de salud, así como el de su hijo recién nacido; ii) a Cleaner S.A. informar sobre la situación jurídica de la empresa en la actualidad, su relación jurídica y económica con la empresa Seasin Ltda, y su relación con la Fiscalía General de la Nación como entidad usuaria, al igual que con otras empresas usuarias del servicio de aseo; iii) a Compensar E.P.S. informar sobre los servicios de salud ordenados a la accionante con ocasión de su estado de embarazo y a su hijo recién nacido e indicar si la accionante recibió algún pago por incapacidad médica o licencia de maternidad fruto de su estado de embarazo; iv) a los juzgados de instancia la remisión del expediente completo de la acción de tutela de la referencia.

20 Se refiere al pago de los aportes de seguridad social por parte de la empresa accionada para la licencia de maternidad.

21 En escrito presentado mediante correo electrónico con fecha del 6 de octubre de 2021.

22 En escrito presentado mediante correo electrónico, con fecha del 21 de octubre de 2021.

23 El 13 de diciembre de 2021 se recibió respuesta extemporánea de Cleaner S.A, de acuerdo con el Auto del 6 de diciembre de 2021 de la Secretaría General de la Corte Constitucional, que no cambia el sentido de la decisión.

24 En particular los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

25 Conformada por la magistrada Cristina Pardo Schlesinger y el magistrado Antonio José

Lizarazo Ocampo.

26 La accionante reclama la protección de sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida, al trabajo, el mínimo vital, el debido proceso, la estabilidad laboral reforzada y la prohibición de discriminación, al igual que el derecho a la salud en conexidad con la vida de su hijo por nacer y de su otro hijo menor de edad. Sobre la legitimación por activa, de acuerdo con el artículo 86 de la Constitución y el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, toda persona puede presentar acción de tutela i) a nombre propio, ii) a través de representante legal, iii) por medio de apoderado judicial o iv) mediante agente oficioso, con el fin de reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos fundamentales. Ver, entre otras, las sentencias T-095 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y T-289 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

27 La Corte encuentra que este requisito se acredita cuando la tutela se interpone contra particulares que, según el Decreto 2591 de 1991, prestan servicios públicos, o cuando existe una relación de indefensión o subordinación. Al respecto, ver entre otras, la Sentencia T-430 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

28 La acción de tutela debe interponerse en un término oportuno y razonable, esto es, cumplir con el requisito de inmediatez para cumplir la pretensión de “protección inmediata” de los derechos fundamentales de este medio judicial, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional.

29 Según los artículos 86 de la Constitución y 6 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es procedente cuando no existen otros mecanismos de defensa judicial disponibles, cuando los mecanismos disponibles no resultan idóneos o eficaces según las circunstancias del caso concreto, o cuando se requiere evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

30 La cláusula segunda del contrato establece: El presente contrato se celebra como accesorio al contrato suscrito entre CLEANER S.A., FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN GRUPO 2, el cual tiene por objeto: “prestación de servicios de aseo y mantenimiento” como consecuencia el presente contrato estará sujeto a la necesidad del personal requerido FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN GRUPO 2. En consecuencia la duración del presente Contrato corresponde al tiempo que dure la realización de la obra o labor contratada, esto es desempeñarse como (OPERARIA DE ASEO) para el Contrato Principal suscrito entre el

Contrato Principal suscrito entre el Empleador FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN GRUPO 2, sin incluir las prórrogas o adiciones al término inicialmente pactado en el Contrato Principal: en tal sentido la duración del presente Contrato estará supeditada a la existencia del mencionado Contrato Principal (…).”

31 Los términos de tercerización y de intermediación laboral no han estado exentos de confusión en el ámbito jurídico colombiano. El Decreto 583 de 2016 que regulaba la tercerización laboral fue derogado por el Decreto 683 de 2018 luego de que el Consejo de Estado anulara parcialmente su definición jurídica en Sentencia 000485 del 6 de julio de 2017. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. La Resolución 2021 de 2018 expedida por el Ministerio de Trabajo señala las diferencias entre la intermediación laboral y la tercerización.

32 Mediante la Recomendación 191, la OIT dictó medidas complementarias a este convenio especialmente relacionadas con la licencia de maternidad y los permisos durante la lactancia.

33 Modificado por el artículo 1 de la Ley 1822 de 2017.

34 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

35 La Corte Constitucional declaró la exequibilidad del artículo 239 del CST en el entendido de que carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario de trabajo competente, quien debe verificar si existe justa causa probada para el despido.

36 Sentencias T-373 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y T.739 de 1998. Hernando Herrera Vergara.

37 Entre otras, ver las sentencias T-174 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra y T-550 de 2006. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

38 Ver, entre otras, las sentencias T-354 de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-305 de 2009. M.P. Mauricio González Cuervo.

39 Sentencias T-739 de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara y T-1177 de 2003. M.P. Jaime

Araujo Rentería.

40 Ver sentencias T-145 de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-715 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. SV. Mauricio González Cuervo; y T-583 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

41 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

42 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. En esta oportunidad sostuvo la Sala Octava de Revisión, refiriéndose a los contratos a término fijo y por obra, que "la protección debe otorgarse a las mujeres gestantes que hayan quedado embarazadas durante la vigencia del contrato, con independencia de si el empleador ha previsto o no una prórroga del mismo. La madre gestante debe comprobar que quedó embarazada antes del vencimiento del contrato a término fijo o por obra, pero no resulta indispensable que lo haga con antelación al preaviso. Esto último resulta de la mayor importancia porque muchos empleadores niegan la protección con el argumento de que desconocían el estado de la trabajadora al momento de comunicarles el preaviso."

43 M.P. (e) Alexei Julio Estrada. SV. Mauricio González Cuervo. SPV. María Victoria Calle Correa. SPV. Luis Ernesto Vargas Silva. AV. Luis Guillermo guerrero Pérez. AV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. AV. Nelson Pinilla Pinilla.

44 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. SPV. Diana Fajardo Rivera. SPV. Antonio José Lizarazo Ocampo. SPV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SPV. Alberto Rojas Ríos. SPV. Carlos Bernal Pulido. AV. Alejandro Linares Cantillo.

46 Ver, entre otras, las sentencias T-687 de 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño. T-649 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-667 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; y T-184 de 20102. M.P. María Victoria Calle Correa.

47 Ver, entre otras, las sentencias T-308 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-862 de 2003. M.P. Jaime Araujo Rentería; T-404 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-221 de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-071 y T-1063 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; y T-003 de 2008. M.P. Mauricio González Cuervo.

48 M.P. (e) Alexei Julio Estrada. SV. Mauricio González Cuervo. SPV. María Victoria Calle

Correa. SPV. Luis Ernesto Vargas Silva. AV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. AV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. AV. Nelson Pinilla Pinilla

49 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. SPV. Diana Fajardo Rivera. SPV. Antonio José Lizarazo Ocampo. SPV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SPV. Alberto Rojas Ríos. SPV. Carlos Bernal Pulido. AV. Alejandro Linares Cantillo.

50 Sentencia SU-070 de 2013. M.P. (e) Alexei Julio Estrada. Debido al tiempo transcurrido desde la presentación de las acciones de tutela hasta la fecha de este pronunciamiento, la Corte decidió, sustituir la medida de protección de reintegro por el pago de salarios y demás prestaciones dejadas de percibir durante el periodo de gestación desde la fecha de la sentencia de primera instancia.

51 En la Sentencia SU-075 de 2018 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) dijo la Corte: "Si el empleador acude ante el inspector del trabajo y este determina que subsisten las causas del contrato, deberá extenderlo por lo menos durante el periodo del embarazo y las 18 semanas posteriores. No obstante, si dicho funcionario establece que no subsisten las causas que originaron el vínculo, se podrá dar por terminado el contrato y deberán pagarse las cotizaciones que garanticen el pago de la licencia de maternidad. Si el empleador no acude ante el inspector del trabajo, el juez de tutela debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación y la renovación sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral no desaparecen, valoración que puede efectuarse en sede de tutela. Adicionalmente, para evitar que se desconozca la regla de acudir al inspector de trabajo, si no se cumple este requisito el empleador puede ser sancionado con el pago de los 60 días de salario previsto en el artículo 239 del C.S.T."

52 Sentencia T-284 de 2019. M.P. Diana Fajardo Rivera. AV. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

53 Ver entre otras, las sentencias T-583 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-614 de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo; SU-070 de 2013 M.P. (e) Alexei Julio Estrada. SV Mauricio González Cuervo. SPV. María Victoria Calle Correa, SPV. Luis Ernesto Vargas Silva. AV. Nilson Pinilla Pinilla. AV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; y T-1063 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

54 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. SPV. Diana Fajardo Rivera. SPV. Antonio José Lizarazo

Ocampo. SPV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SPV. Alberto Rojas Ríos. SPV. Carlos Bernal Pulido. AV. Alejandro Linares Cantillo.

55 Ver supra 13.

56 Así lo establece el Decreto 2591 de 1991 que en el inciso 2 del artículo 21 dispone que "En todo caso, el juez podrá fundar su decisión en cualquier medio probatorio para conceder o negar la tutela."

57 Extemporáneamente Cleaner S.A, afirmó que se había ordenado el examen de egreso a Diana Marcela Orjuela Orjuela, pero no respondió las preguntas concretas planteadas en el auto del 23 de noviembre de 2021: fecha de la orden, quien la expidió, entidad de servicios médicos donde debía practicarse el examen. Tampoco se adjuntó copia de la orden.

58 Cleaner S.A informa inicialmente a la Corte que el contrato con el "Bunker de la Fiscalía" que también le pertenecía fue adjudicado a otra empresa, pero no indica si tiene algún otro vínculo contractual vigente con esta entidad. En respuesta extemporánea, señala que tiene un vínculo contractual con la Fiscalía General de la Nación, regional Nororiente.

59 Ver supra 19.

60 Ver supra 22 y 23.

61 En su respuesta extemporánea se recibió información clara sobre el amplio listado de empresas y entidades con las cuales Cleaner S.A tiene vinculo contractual vigente.

62. Ver, entre otras, las sentencias T-308 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-862 de 2003. M.P. Jaime Araujo Rentería; T-404 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-221 de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-071 y T-1063 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-003 de 2008. M.P. Mauricio González Cuervo; y T-284 de 2019. M.P. Diana Fajardo Rivera, AV. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

63 Ver sentencias T-284 de 2019. M.P. Diana Fajardo Rivera. AV. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-092 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo. AV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; y T-1063 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.