

Sentencia T-1240/01

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA DE MUJER EMBARAZADA-Orden de pagar licencia de maternidad con base en salario mínimo legal

En este caso se está en presencia de un perjuicio irremediable, por la situación económica por la que atraviesa la demandante, razón ésta que hace que se proteja de manera transitoria su maternidad y los derechos del niño recién nacido. En consecuencia, se tutelarán los derechos vulnerados ordenando al demandado que cancele a la actora la suma correspondiente a la licencia de maternidad, con base en el salario mínimo legal mensual vigente en la época del nacimiento de la criatura. Se estipula esta modalidad de liquidación, por cuanto no existe prueba que determine con exactitud el monto de la remuneración que la actora dijo recibir y el demandado cancelar.

Reiteración de jurisprudencia

Referencia: expediente T-488712

Acción de tutela incoada por Doreley Montoya Zapata contra Jhon William Jiménez Tamayo.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil uno (2001).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Bello Antioquia el 10 de julio de 2001, al resolver sobre la acción de tutela instaurada por Doreley Montoya Zapata contra Jhon William Jiménez Tamayo.

I. ANTECEDENTES

La accionante instauró acción de tutela contra Jhon William Jiménez Tamayo, propietario del establecimiento comercial “Brisas del Mar Show” por considerar vulnerados sus derechos constitucionales fundamentales al trabajo, a la igualdad, al mínimo vital y a la vida de su hijo que está por nacer, en razón a que el demandado dio por terminado su contrato de trabajo a pesar de tener conocimiento que se encontraba en estado de embarazo.

Para sustentar su solicitud puso de presente los siguientes hechos, los cuales fueron ampliados en la declaración rendida ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Bello, el 5 de julio de 2001:

Desde agosto de 2000 hasta el 28 de mayo de 2001 laboró al servicio de Jhon William Jiménez Tamayo en el establecimiento comercial aludido, de jueves a domingo, de cuatro de la tarde a dos de la mañana, antes de la “ley zanahoria” y, con posterioridad a esta medida, de dos de la tarde a doce o una de la mañana. Dicha relación laboral se efectuó en forma verbal y con un salario diario en principio de \$25.000 y luego de \$20.000.

En febrero de 2001 y a través del respectivo examen médico, dio a conocer a Jhon William Jiménez Tamayo su estado de embarazo de lo cual fueron testigos Diana Patricia Carmona Guzmán, administradora del establecimiento comercial, y Carlos Mario Agudelo, padre del nasciturus.

Al finalizar el mes de mayo de 2001, la señora Diana Carmona la despidió sin consideración a su estado de gravidez y sin permiso del inspector del trabajo.

Manifiesta que es mujer cabeza de familia, que tiene a cargo a su hijo Jailer Montoya Zapata de 5 años de edad y que depende exclusivamente de los recursos que percibe de su trabajo.

Fundamenta su solicitud en la prohibición de despedir a la mujer en estado de embarazo contenido en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo. Considera que a pesar de existir otro medio de defensa judicial, éste no es eficaz para garantizar sus derechos fundamentales.

Finalmente señala que nunca estuvo afiliada al sistema de seguridad social por parte del accionado.

Solicita que se ordene al demandado reintegrarla al cargo que desempeñaba, afiliarla al sistema de seguridad social y cancelarle los salarios dejados de devengar desde la fecha de desvinculación hasta su reintegro.

Avocado el conocimiento de la acción de tutela por el Juzgado 19 Penal Municipal de Medellín, ordenó notificar su iniciación al demandado, decretando la recepción de las declaraciones de Jhon William Jiménez Tamayo y Diana Patricia Carmona Guzmán.

Las declaraciones respectivas se resumen así:

1) Declaración del demandado Jhon William Jiménez Tamayo:

Manifiesta que no se tenía contrato de trabajo con la accionante debido a que se le pagaba por prestación de un servicio. Afirma que tuvo conocimiento del embarazo de la peticionaria a través de los controles médicos que se hacen en dicho establecimiento de comercio. Sostiene que le notificó a la actora como a todas las mujeres que desarrollan streptease que para este tipo de baile no se aceptaban en estado de embarazo.

Aduce que las mujeres que trabajan en dicho lugar como la petente, no tienen seguridad social por ser “un personal muy inestable” y que no es cierto que la accionante laborara como camarera por cuanto las niñas que allí trabajan una vez utilizados los cuartos con los clientes organizan directamente la habitación.

Otra de las razones para prescindir del servicio era que se ofrecía para recoger los recaudos de las habitaciones mientras la administradora no estaba, eventos en los cuales se detectaron faltantes de dinero.

Añade que desconoce las fechas de prestación del servicio por cuanto la peticionaria trabajaba un día y otro no y a la semana volvía. Ratifica que la jornada de trabajo era de jueves a domingo.

Al preguntarle sobre qué personal hacía o desempeñaba la labor de camarera afirmó que, “la de las mesas la desempeña los meseros o saloneros, con estos se tiene un acuerdo mas independiente, pues como nosotros no tenemos forma de liquidar prestaciones sociales, se llega a un acuerdo con ellos de darles un monto acordado por las partes”.

Aduce que “aunque por acuerdo de las dos partes no se tiene dicha seguridad social, se cubre por parte del empleador toda enfermedad, accidente o drogas pertinentes.”

2) Declaración de Diana Patricia Carmona Guzmán:

Afirma que la accionante trabajaba en el establecimiento de comercio “Brisas del Mar Show” como bailarina, mas no como camarera.

La declarante afirma ser la administradora del establecimiento y señala que cuando tenía que salir, la actora se ofrecía a reemplazarla, a lo cual ella accedía, pero al regresar se percataba que le hacía falta dinero, situación por la cual desconfiaba de ella.

Señala que en “Brisas del Mar Show” nunca ha habido camareras y que ella era la encargada de esa labor.

Añade que no recuerda la fecha en que la peticionaria empezó a prestar sus servicios en el establecimiento “Brisas del Mar Show” “porque ella iba, se desaparecía uno o dos meses y después volvía y así. Mas o menos ella empezó a frecuentar el establecimiento hace unos cinco o seis meses”.

Asegura que la razón para no permitirle trabajar más en el establecimiento fue que la demandante se apoderaba de los dineros que se percibían por la utilización de las habitaciones, y no por su estado de embarazo.

Afirma que se enteró del estado de embarazo de la accionante cuando el médico fue al establecimiento a hacerle los exámenes.

Una vez recibidas las declaraciones anteriores, el Juzgado 19 Penal Municipal de Medellín, advirtió que la ubicación del establecimiento “Brisas del Mar Show” era el municipio de Bello Antioquia, razón por la cual ordenó remitir por competencia al Juez Penal Municipal (Reparto) de dicha ciudad la solicitud de amparo.

## II. DECISION OBJETO DE REVISION

El Juzgado Segundo Penal Municipal de Bello Antioquia, mediante sentencia del 10 de julio de 2001, decidió negar por improcedente la tutela de los derechos al trabajo y a la igualdad de

Doreley Montoya Zapata y la vida de su hijo que está por nacer, con base en las siguientes consideraciones:

En primer lugar señala que no se demostró el peligro inminente que puede afectar la vida del futuro hijo de la accionante, por cuanto ella se encuentra afiliada al Sistema Subsidiado de Salud SISBEN lo que indica que una vez requieran de algún tratamiento especial, estaría disponible para ambos la cobertura que ofrece dicho sistema de salud.

En segundo lugar sostiene que en el presente caso no está demostrada la relación laboral de la parte actora con el presunto empleador.

Concluye que la demostración de la existencia de vínculo laboral entre las partes es requisito básico para establecer si se vulneraron los derechos invocados, y que al contar la actora con otro mecanismo judicial idóneo ante la jurisdicción laboral el amparo solicitado se hace improcedente.

### III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Una interpretación sistemática de la Carta Política de 1991 permite afirmar que la mujer embarazada ocupa un lugar preferencial en la sociedad que debe ser garantizado por el Estado, con el fin de otorgar no sólo protección a la mujer sino también al que está por nacer.

Sobre el particular la Corte Constitucional ha sostenido que:

“La Constitución Política que nos rige, encomienda al Estado la protección especial de grupos de individuos que por sus características particulares y posición dentro del contexto social, pudieran ser particularmente susceptibles de agresión o discriminación.

Como las mujeres que se encuentran en estado de embarazo hacen parte de ese grupo sometido a protección especial, la Corte Constitucional, en ejercicio de las funciones que le encomienda la Carta Política y, en particular, de aquella que le ordena la revisión eventual de los procesos de tutela, ha procedido a definir en reiteradas ocasiones, cuál es el contexto en que dicho amparo debe desplegarse y cuáles son los límites en que éste debe ser garantizado.

Partiendo del precepto básico contenido en el artículo 43 constitucional, según el cual, “durante el embarazo y después del parto [la mujer embarazada] gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”, la Corte Constitucional ha señalado que resulta ilegítima cualquier acción tendiente a estigmatizar, desmejorar y discriminar a la mujer que se encuentra en estado gestante, porque ello atenta directamente contra su derecho de autodeterminación, reflejado en el libre desarrollo de su personalidad (art. 16 Superior); contra sus derechos a la libertad personal (art. 28) y a la igualdad (art. 13), contra la familia misma, como núcleo esencial de la sociedad (art. 42), contra los derechos del menor que está por nacer o del que ha nacido, a quienes también la Constitución les da un tratamiento especial (art. 44) y contra sus derechos laborales (arts. 25 y 26), por mencionar los más relevantes.

Resulta patente, pues es de común ocurrencia, que el estado de gravidez suele entrar en conflicto directo con las exigencias implícitas del trabajo desempeñado por la mujer, con los niveles de rendimiento exigidos por la empresa, con la disponibilidad necesaria para la ejecución del cargo y, en general, con las expectativas de los empleadores, quienes no siempre están dispuestos a soportar la nueva condición de sus empleadas. Son estas controversias las que han llevado a la Corte a señalar que en virtud dicha estabilidad reforzada, la mujer en embarazo no puede ser despedida por razón de su estado de gravidez cuando se encuentra protegida por el fuero de maternidad y sólo puede ser desvinculada de su trabajo mediante autorización previa del inspector de trabajo. En conexión con dicha prohibición, la estabilidad de que se habla habilita la acción de tutela como mecanismo transitorio para obtener el reintegro inmediato, cuando quiera que el despido afecta el mínimo vital de la empleada y de su hijo, y al pago de los emolumentos dejados de percibir y las indemnizaciones pertinentes.”<sup>1</sup>

Esta Corporación, ha señalado además que esa protección constitucional de la mujer embarazada no sólo fluye del texto fundamental sino de los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, con fuerza vinculante conforme lo establece el artículo 93 Superior.

En efecto, la sentencia C-470 de 1997 señaló:

“Igualmente, tal y como esta Corporación lo ha destacado<sup>2</sup>, numerosos tratados y convenios internacionales que han sido ratificados por Colombia, los cuales tienen fuerza vinculante tanto para las autoridades como para los particulares (CP art 53), y constituyen criterios de interpretación de los derechos constitucionales (CP art. 93), estatuyen ese deber especial de protección a la mujer embarazada y a la madre en el campo laboral. 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.”

Esta protección constitucional especial de la mujer embarazada se proyecta aún después del parto, por cuanto se hace necesario que el recién nacido obtenga, en condiciones dignas, los cuidados y atenciones que sólo su progenitora puede brindarle.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha considerado viable la acción de tutela cuando este mecanismo de protección constitucional de derechos fundamentales se dirige a salvaguardar los intereses de “la mujer trabajadora embarazada que se encuentra en circunstancias de debilidad económica manifiesta, ordenando el pago del dinero adeudado, correspondiente a la licencia de maternidad, pues en determinadas circunstancias, la licencia se constituye en el salario de la mujer que dio a luz, y es el único medio de subsistencia en condiciones dignas tanto para ella como para el recién nacido.”<sup>3</sup>

En estos casos excepcionales, la tutela sólo es procedente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y garantizar el mínimo vital de la futura madre y del nasciturus.

Sobre el particular esta Corporación en sentencia T-373 de 1998 señaló:

“En primer lugar, la Corte ha entendido que la desvinculación de la mujer embarazada de su empleo puede ser impugnada mediante la acción de tutela si se trata de proteger el mínimo vital de la futura madre o del recién nacido. Esta regla se refiere, por ejemplo, a aquellas mujeres cabeza de familia ubicadas dentro de la franja de la población más pobre, discapacitadas o, en general, con serias dificultades para insertarse nuevamente en el mercado laboral, para quienes el salario, el subsidio alimentario o de maternidad o, en general, los beneficios económicos que pueden desprenderse del contrato de trabajo, son absolutamente imprescindibles para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia. En estos casos, la discriminación por parte del patrono, apareja una vulneración de las mínimas condiciones de dignidad de la mujer quien, al ser desvinculada de su empleo, no esta en capacidad de garantizar la adecuada gestación del nasciturus ni la satisfacción de los bienes más elementales para sí misma o para los restantes miembros de su familia. Si se presentan las anteriores condiciones, nada obsta para que pueda proceder la acción de tutela como mecanismo transitorio de protección, ya no sólo de la igualdad, sino del mínimo vital de la mujer afectada<sup>4</sup>.

En segundo lugar, procede la acción de tutela, pese a la existencia de otro mecanismo ordinario de defensa en aquellos casos en los cuales la cuestión debatida sea puramente constitucional<sup>5</sup> siempre que resulte flagrante la arbitraria transgresión de las normas que le otorgan a la mujer una especial protección (C.P. art. 13, 44, 43, 53) y que se produzca un daño considerable. En efecto, no existe en estos eventos una razón suficiente para postergar la protección transitoria del derecho fundamental que está siendo vulnerado, pues tal postergación, - atendiendo, entre otras cosas, al ciclo biológico de la mujer, las dificultades que tiene una persona embarazada para vincularse nuevamente en el mercado laboral y, en general, consideraciones sociológicas que demuestran la fuerte restricción de la autonomía de la mujer que carece de ingresos propios durante la gestación y los primeros meses después del parto -, no hace otra cosa que desestimular decididamente la opción de la maternidad y, en consecuencia, restringir dramáticamente el libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. En consecuencia, si la cuestión debatida es puramente constitucional, si la violación de las normas que confieren una especial protección a la mujer embarazada es clara y contundente - vgr. en la hipótesis -, de que se hubieren aportado, de oficio o a petición de las partes, pruebas claras e incontrovertibles de la discriminación - y si

salta a la vista la gravedad del daño producido por tan evidente arbitrariedad, nada obsta para que se conceda el amparo constitucional.”

A partir de las anteriores consideraciones, procede la Sala a analizar la procedencia de la tutela en el caso objeto de revisión.

#### IV. CASO CONCRETO

En el presente asunto, la demandante afirma haber laborado al servicio del señor Jhon William Jiménez Tamayo en el establecimiento de comercio “Brisas del Mar Show” ubicado en la ciudad de Bello Antioquia, y que en razón a su estado de embarazo no se le permitió seguir desarrollando las actividades por las cuales fue vinculada.

Por su parte, el accionado y su compañera Diana Patricia Carmona Guzmán en desarrollo de las declaraciones rendidas negaron la existencia de algún vínculo laboral y por ende la ausencia de toda responsabilidad frente a la suerte de la accionante. Admiten sí que tuvieron conocimiento del estado de embarazo en que se encontraba la accionante.

Para el juez de instancia, lo que se discute es un asunto meramente laboral que escapa de la competencia del juez constitucional.

Sin embargo, esta Sala de Revisión considera procedente proteger la maternidad de la señora Doreley Montoya Zapata, así como la salud y el mínimo vital del recién nacido.

Con base en la información que contiene el expediente, se puede presumir, en principio, la existencia de una relación jurídica laboral en virtud de la cual la accionante desempeñaba a favor del demandado labores de streaptase, de camarera, de limpieza y de control de ingreso de los clientes a las habitaciones del establecimiento de comercio “Brisas del Mar Show”, bajo la supervisión del señor Jhon William Jiménez y de la administradora Diana Patricia Carmona, puesto que la actora no sólo debía realizarlas en los horarios y días por ellos establecidos, sino que tenía que rendirles cuentas de su actuación, a cambio de una remuneración por la labor desempeñada.

Ahora bien, en ningún momento esta sentencia desconoce la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, ante la jurisdicción ordinaria laboral, en donde la actora como el demandado pueden debatir el pago de salarios y demás prestaciones que lleguen a deberse.

Por lo anterior, en desarrollo del principio constitucional de protección efectiva de los derechos<sup>6</sup> (art.2 C.P.), y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 y 50 de la Constitución Política y la Declaración de los Derechos del Niño, la Sala reiterará la jurisprudencia analizada en esta sentencia, puesto que los derechos fundamentales tienen la máxima importancia constitucional y por ello requieren protección inmediata, así sea temporal, sin perjuicio de la competencia del juez ordinario en la definición de fondo de la controversia relacionada con ellos.

En el presente caso la protección a la maternidad y a los derechos del niño, van más allá de cualquier asunto de naturaleza legal.<sup>7</sup>

El argumento del juez de instancia no es de recibo en el presente caso, puesto que la especial situación de indefensión en que se encuentra la accionante amerita un pronunciamiento favorable del juez constitucional.

En efecto, está probado en esta actuación que la accionante es mujer cabeza de familia, que no cuenta con una fuente de trabajo, y que adicionalmente, tiene que responder por sus dos menores hijos, uno de los cuales está recién nacido.

En estas condiciones el subsidio alimentario o de maternidad es absolutamente imprescindible para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia. Entonces, más allá de la discusión acerca de la relación laboral y de los derechos que puedan corresponder a la accionante, el asunto objeto de revisión gira en torno a la protección de la mujer que dio a luz en el trámite de esta acción y que se encuentra en un estado de indefensión frente al particular contra quien se interpuso esta tutela.

Situaciones como la relatada, según lo ha señalado esta Corporación, revisten el carácter de urgencia<sup>8</sup>, al estar en presencia de un perjuicio irremediable, pues tanto la actora como sus hijos menores carecen de recursos económicos para atender las necesidades básicas en condiciones dignas.

En resumen, en este caso se está en presencia de un perjuicio irremediable, por la situación económica por la que atraviesa la señora Doreley Montoya Zapata, razón ésta que hace que

se proteja de manera transitoria su maternidad y los derechos del niño recién nacido.

En consecuencia, se tutelarán los derechos vulnerados ordenando al demandado que cancele a la actora la suma correspondiente a la licencia de maternidad, con base en el salario mínimo legal mensual vigente en la época del nacimiento de la criatura. Se estipula esta modalidad de liquidación, por cuanto no existe prueba que determine con exactitud el monto de la remuneración que la actora dijo recibir y el demandado cancelar.

Se advertirá a la accionante que, en aplicación del artículo 8º del Decreto 2591 de 1991, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a esta sentencia instaure ante la jurisdicción ordinaria laboral el respectivo proceso, en orden a obtener el reconocimiento de los pretendidos derechos laborales.

#### DECISION

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

#### RESUELVE:

Primero: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal de Bello Antioquia el diez (10) de julio de dos mil uno (2001), y en su lugar, como mecanismo transitorio, CONCEDER el amparo solicitado, en los términos expresados en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: ORDENAR al señor Jhon William Jiménez Tamayo, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a pagar la licencia de maternidad de la actora, con base en el salario mínimo legal vigente en la época del nacimiento de la criatura.

Tercero: ADVERTIR a la peticionaria que, en aplicación del artículo 8º del Decreto 2591 de 1991, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a esta sentencia instaure ante la jurisdicción ordinaria laboral el respectivo proceso, en orden a obtener el reconocimiento de los pretendidos derechos laborales.

Cuarto: Dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Sentencia T-311 de 2001. Sobre el mismo tema ver también las sentencias T-352, T-572, T-765, T-987, T-1002, T-1008, T-1030, T-1045 y T-1101 de 2001 entre otras.

2 Sobre la fuerza jurídica de estos instrumentos, ver, entre otras, las sentencias T-694 de 1996 y T-270 de 1997.

3 Sentencia T-572 de 2001.

4 Cfr. Sentencia T-606/95 (M.P. Fabio Morón Díaz); T- 311/96 (M.P. José Gregorio Hernández); T-119/97 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-270/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-662/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

5 Sentencia T-100/94 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

6 Este principio como lo ha señalado la Corte Constitucional se concreta en la idea de que los derechos no se reducen a su proclamación formal sino que demandan eficacia real, por cuanto una garantía fundamental, carente de protección judicial efectiva, pierde su carácter y esencia y deja de tener el valor subjetivo que representa para la persona y el objetivo que tiene como base jurídico-axiológica de todo el ordenamiento. (Cfr. Sentencias C-531 de 1993

y T-050 de 1996).

7Ver sentencia T-572 de 2001.

8 Ibidem.