

Sentencia T-181-09

Referencia: expediente T-2087932

Acción de tutela interpuesta por Rosa Irene Ramírez Canchón contra el Ejército Nacional de Colombia - Comando Ejército - Batallón de Infantería Aerotransportado num.28

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil nueve (2009).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, Juan Carlos Henao Pérez y Clara Elena Reales Gutiérrez, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá y por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el trámite de la acción de tutela iniciada por la señora Rosa Irene Ramírez contra el Ejército Nacional de Colombia - Comando Ejército - Batallón de Infantería Aerotransportado num. 28.

I. ANTECEDENTES.

La señora Ramírez interpuso acción de tutela contra la entidad referenciada, por considerar que vulnera sus derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital, a la vida, a la salud, a la igualdad, a la dignidad y a la protección de las mujeres en estado de embarazo. Para fundamentar su solicitud relató los siguientes:

1. Hechos.

1. Manifiesta que ingresó a laborar al Batallón de Infantería Aerotransportado Num. 28 Colombia, con sede en Tolemaida, por medio de un contrato verbal, desde el 7 de

julio de 2006 hasta el 3 de junio de 2008, desempeñando el cargo de Auxiliar de Cocina.

2. Sostiene que percibía una asignación mensual de \$1.500.000.00 pesos, cumpliendo un horario de trabajo de (3:00 A.m.) a (8:00 P.m.), de domingo a domingo, con posibilidad de permisos en lapsos de dos a tres meses por quince días.

3. Asegura que el 23 de mayo de 2008 recibió una llamada telefónica del Sargento Zambrano, administrador del casino del batallón quien le manifestó que el Coronel Mantilla había dado la orden de cancelación de su contrato de trabajo. Comenta que en ese momento le recordó que se encontraba en estado de gravidez, “circunstancia ésta que le había informado desde los primeros días de mayo de 2008, pero él, lo único que me respondió fue: eso no es problema mío.”

4. Señala que las directivas de la institución accionada para la cual prestaba sus servicios laborales no tuvieron en cuenta su estado de embarazo, de modo que no existe una justa causa para su despido en estado de gravidez.

5. Del mismo modo, puntualiza que siempre desempeñó sus funciones a cabalidad, con idoneidad y amor por su trabajo, de lo cual da fe la condecoración que recibió al “honor del deber cumplido” y la recomendación expedida por el ejército.

6. Considera que por motivo de la terminación de la relación laboral se ha visto afectada por la inminente desvinculación suya y de su hija por nacer (en ese momento) del Sistema de Seguridad Social Integral, desconociéndose su estado de gravidez, el cual cuenta con una especial protección constitucional y legal.

7. Por lo anteriormente expuesto, solicita que se tutelen sus derechos fundamentales y en consecuencia se disponga: (i) ordenar a la entidad reintegrarla al cargo que venía desempeñando al momento de producirse el despido o a otro similar; (ii) ordenar a quien corresponda el pago de los salarios, prestaciones y demás dejados de pagar con ocasión de su despido; y (iii) de no prosperar las dos primeras pretensiones, solicita que se tutelen de manera transitoria sus derechos fundamentales para evitar un perjuicio irremediable, hasta tanto se resuelva de fondo el conflicto suscitado ante la respectiva autoridad competente.

2. Contestación de la entidad demandada.

El T.C Mario Martín Mantilla, en calidad de Comandante del Batallón de Infantería Aerotransportado Num.28 del Ejército Nacional de Colombia, se opone a las pretensiones de la accionante y solicita que no se tutelen los derechos fundamentales alegados. La negativa la sustenta en que principalmente por medio de la acción de tutela se está buscando una vía alterna o sustitutiva de otros medios judiciales de defensa.

Comenta que el salario devengado por la accionante no es el afirmado, sino que correspondía al salario mínimo legal vigente más las correspondientes horas extras, nocturnas y prestaciones sociales. Igualmente, aclara que desde el 26 de diciembre de 2007 asumió como comandante del batallón referido, advirtiendo irregularidades en la contratación del caso de la señora Ramírez, en el sentido que los militares no pueden contratar con civiles, motivo por el cual solicitó a la actora que lo hiciera por medio de una cooperativa de trabajo asociado para corregir el yerro de administraciones pasadas. Por esta razón, y ante la negativa de la accionante sostiene que se vio en la obligación de prescindir de sus servicios para no incurrir en extralimitación de sus funciones.

De otro lado, afirma que no es cierto que la trabajadora haya informado su estado de embarazo o gravidez a la institución.

II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN.

1. Sentencia de primera instancia.

El 4 de agosto de 2008, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C, decidió negar el amparo por improcedente.

A juicio de la Sala, si bien la señora Ramírez probó su estado de gravidez, no probó que hubiese comunicado su situación al empleador antes de ser retirada del servicio. “En consecuencia y de acuerdo a lo señalado por la Corte Constitucional en situaciones similares, no procede el amparo constitucional, pues éste está ligado a que exista un nexo causal entre el embarazo y la finalización de la relación laboral”.¹

Sumado a lo dicho, manifestó que su estado de embarazo por tener en ese momento 12 semanas de gestación, no era notorio, por lo que no aplica este criterio al caso concreto,

siendo improcedente otorgar el amparo.

La magistrada Lucy Stella Vásquez Sarmiento se apartó de la decisión mayoritaria y salvó voto por considerar que el amparo ha debido concederse.

En su opinión, es un hecho cierto que el 29 de mayo de 2008 la señora Ramírez contaba con 10 semanas de gestación. Así mismo, puntualiza que así la accionada señale que los comandantes del Batallón no tienen facultades para contratar personal civil, acepta que devengaba un salario mínimo legal vigente más las correspondientes prestaciones sociales y vacaciones, lo que indica que la misma sí tenía un contrato verbal de trabajo.

Sumado a ello, indica que si bien la actora al momento de la terminación no había comunicado su estado de embarazo y el mismo no era notorio “la protección de la mujer gestante no depende de que el empleador se entere del embarazo antes de que se produzca la terminación del contrato, pues basta con que la trabajadora presente un certificado médico que de fe de que este se produjo cuando la vinculación estaba vigente, tal como lo prescribió la H. Corte Constitucional en reciente fallo de tutela”.²

Posteriormente, confrontó la Sentencia T-132/08 con la Sentencia T-095/08, señalando las diferencias entre cada caso y la no aplicabilidad de la primera para el caso que se estudia. De igual forma, recordó lo señalado por el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo que consagra la estabilidad laboral reforzada y el reconocimiento como derecho fundamental por la jurisprudencia de esta Corte.

Inconforme con el fallo, la accionante se opuso a la sentencia del Tribunal reiterando los argumentos del escrito de tutela y agregando los expresados por la magistrada en el salvamento de voto.

Adicionalmente, manifestó que en los primeros días del mes de mayo de 2008, comunicó su estado de gravidez a su jefe inmediato en presencia de dos soldados bachilleres que eran sus colaboradores en la cocina.

3. Sentencia de segunda instancia.

El 23 de septiembre de 2008, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de

Justicia confirmó la providencia impugnada. Para la referida Sala, existe otro mecanismo de defensa judicial, cual es el de acudir en demanda ante la autoridad judicial competente para obtener el pago de los salarios y prestaciones a los que afirma tener derecho.

Igualmente, considera que no está probada la configuración de un perjuicio irremediable que haga necesaria expedir una medida de protección de forma impostergable para cesar la amenaza.

III. Pruebas.

Del material probatorio que obra en el expediente, la Sala destaca lo siguiente:

1. Fotocopia de los documentos de identidad de la accionante (folio 8).

1. Fotocopia del proceso de gestación de la accionante hasta el momento de interponer la acción de tutela (folios 9 a 19).

1. Reconocimientos a la labor prestada por la accionante para la institución castrense (folios 20, 21, 22).

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Esta Sala es competente para revisar los fallos materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, en cumplimiento del Auto de 18 de noviembre de 2008 de la Sala de Selección de Tutela Num. 11 de la Corte Constitucional.

2. Problema jurídico.

AtaÑe a esta Sala de Revisi3n establecer si el Batall3n de Infantería Aerotransportado num. 28 del Ejército Nacional de Colombia, vulner3 o no los derechos fundamentales argüidos por la seÑora Rosa Irene Ram3rez, ante la desvinculaci3n laboral de dicha unidad como auxiliar de cocina, desconoci3ndose con ello la protecci3n especial de la mujer trabajadora en estado de embarazo.

Con el fin de resolver el anterior problema jur3dico, la Sala estudiará la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de: (i) la protecci3n constitucional especial de las mujeres en estado de embarazo; (ii) requisitos para que proceda el amparo de la estabilidad laboral reforzada de mujeres en estado de embarazo; y (iii) el análisis del caso concreto.

3. La protecci3n constitucional especial de las mujeres en estado de embarazo. Reiteraci3n de jurisprudencia.

El constituyente de 1991, partiendo de la necesidad de proteger los derechos de las mujeres en estado de embarazo y de sus hijos, en los art3culos 13, 43 y 53 de la Constituci3n Pol3tica Colombiana, consagr3 en favor de la mujer trabajadora gestante una protecci3n especial en los siguientes t3rminos:

“ ARTICULO 13. (...) “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

“El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condici3n econ3mica, f3sica o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

(...)

(...)

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios m3nimos fundamentales:

“Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneraci3n m3nima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; (...)

protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad”.

“La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores. ” (Subrayados fuera del texto original).

Así mismo, estipuló que los convenios y protocolos internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna,³ en la medida que han señalado que no es posible una verdadera igualdad entre los géneros si no concurre una protección reforzada a la estabilidad laboral de la mujer embarazada.⁴

En este sentido el Código Sustantivo del Trabajo, en el artículo 239, contempla la protección a las madres y sus hijos, expresando que: (i) ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia; (ii) presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia cuando ha tenido lugar dentro del período del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin autorización de las autoridades competentes; (iii) la trabajadora despedida sin autorización de las autoridades tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo y, además, el pago de las doce (12) semanas de descanso remunerado de licencia, si no lo ha tomado.

De otra parte, el artículo 240 del mismo estatuto señala que el empleador necesita de la autorización del Inspector del Trabajo, o del Alcalde Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario, para poder despedir a la mujer que esté en estado de embarazo o en período de lactancia.

Como se ha observado, la Constitución y la ley expresamente protegen la estabilidad en el empleo de la mujer en embarazo, tejiendo así lo que jurídicamente se conoce como el fuero de maternidad. Ponderando estos postulados, la jurisprudencia de la Corte, en Sentencia C-470/97, por medio de la cual se declaró la exequibilidad del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, precisó que:

“(…) la mujer embarazada tiene un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, pues una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual [o de género] ha sido, y sigue siendo, el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, debido a los eventuales sobrecostos o incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las empresas. Por ello, los distintos instrumentos internacionales han sido claros en señalar que no es posible una verdadera igualdad entre sexos, si no existe una protección reforzada a la estabilidad laboral de la mujer embarazada”.

Posteriormente resolvió que el artículo 239 del estatuto laboral era exequible:

“(…) en el entendido de que, en los términos de esta sentencia, y debido al principio de igualdad (CP art. 13) y a la especial protección constitucional a la maternidad (CP arts. 43 y 53), carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, quien debe verificar si existe o no justa causa probada para el despido”. 5 Negritas fuera del texto original.

Así mismo, a través de sus distintas Salas de Revisión la Corte ha reiterado los criterios derivados de la Sentencia C-470/97, en una amplia línea jurisprudencial que se ha caracterizado por el respeto y la protección de los derechos de las mujeres en embarazo y sus hijos. Prueba de ello son las Sentencias T-373/98, T-426 de 1998, T-874 de 1999, T-1562 de 2000, T-1101 de 2001, T-1201 de 2001, T-1042 de 2002, T-028 de 2003, T-063 de 2004, T-228 de 2005, T-1210 de 2005, T-546 de 2006, T-631 de 2006, T-071 de 2007, T-145 de 2007, T-465 de 2007, T-095 de 2008, T-987 de 2008, T-1245 de 2008, entre muchas otras.

No obstante, la Corte Constitucional ha trazado unos requisitos especiales para la procedencia del amparo por vía de tutela, ya que este no opera de forma automática.

4. Requisitos para que proceda el amparo de estabilidad laboral reforzada por vía de tutela de mujeres en estado de embarazo. Reiteración de jurisprudencia.

La acción de tutela, en principio, no es el medio indicado para obtener el reintegro laboral por ineficacia del despido o terminación contractual, ya que el mecanismo procesal

adecuado es la demanda ante la jurisdicción ordinaria o contenciosa administrativa, según la naturaleza contractual de la trabajadora o como se estipule tal calidad en las convenciones o acuerdos de trabajo públicos o privados.

Sin embargo, por tratarse de un derecho de rango constitucional, se ha establecido por la jurisprudencia que si se alega que existe otro mecanismo de defensa, aquel debe ser idóneo, perentorio y efectivo, que permita la protección inminente de los derechos fundamentales de la misma forma en que lo haría la acción de tutela⁶. Así, el conflicto cobra importancia pasando del plano legal, a convertirse en un problema de relevancia constitucional, donde será por la afectación o no de derechos esenciales de la madre gestante y su hijo por nacer, que el amparo a los mismos deba ser concedido en acción de tutela, siempre y cuando se encuentren acreditados esencialmente los siguientes presupuestos:

- i. Que el despido haya tenido lugar durante la época en que está vigente el “fuero de maternidad”, esto es, durante el embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto;
- ii. Que el despido sea una consecuencia del embarazo, por ende que el despido no esté directamente relacionado con una causal objetiva y relevante que lo justifique;
- iii. Que no medie autorización del inspector del trabajo, si se trata de trabajadora oficial o privada, o que no se presente resolución motivada por parte del jefe del respectivo organismo, si se trata de empleada pública; y
- iv. Que el despido amenace el mínimo vital de la actora y/o su hijo por nacer.

Ahora, la Corte precisa que si bien en una época fue exigible el requisito correlativo a que al momento del despido el empleador debía conocer el estado de gravidez de la accionante, previa notificación oportuna, dicho requerimiento no es exigido cuando por el avanzado estado de gestación de la mujer, su estado de gravidez constituye un hecho notorio; o cuando la trabajadora se vio obligada a ausentarse temporalmente de sus labores por motivo del embarazo y presentó a su empleador una certificación médica sobre incapacidad donde claramente se señala el estado de gravidez como la causa de la

incapacidad.⁷

Así mismo, recientemente se ha avanzado en el sentido de abolir dicha verificación, al punto que este requerimiento, como quedó plasmado en la Sentencia T-095/08, no puede interpretarse de forma restrictiva. Dijo entonces la Corte:

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

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

Consecuentemente, en la Sentencia T-687/08, en la que se revisaron 4 expedientes acumulados de mujeres que laboraban para una empresa de servicios temporales, se amplió la argumentación sentenciando que dicha comunicación ya no es obligatoria puesto que:

“el énfasis probatorio ya no radica en la comunicación del estado de embarazo al empleador sino en la existencia de una justa causa para la terminación del vínculo, la cual debe avalar, previamente, la autoridad de trabajo competente. Esto, no significa la inamovilidad laboral de la mujer embarazada sino la garantía de que la terminación de su vínculo laboral será producto de una justa causa”.

De otra parte, la jurisprudencia constitucional ha establecido que cuando exista una relación laboral, sin importar cual sea la forma laboral estipulada o pactada, pública o privada, la mujer embarazada o lactante, tiene derecho a una estabilidad laboral reforzada como consecuencia del principio de igualdad; lo que se traduce en que su relación laboral no pueda suspenderse ni terminarse abruptamente.⁹

En conclusión, independientemente de la clase de relación laboral que exista, para que proceda la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos de la mujer

embarazada y de su hijo por nacer, está proscrita la posibilidad de despedir a cualquier mujer trabajadora por razón o por causa del embarazo. Para que dicho amparo proceda es necesario que se cumplan los presupuestos aquí expuestos, con el fin de determinar si la terminación laboral tiene una relación directa con el embarazo y saber si se configura un acto discriminatorio, que tenga como consecuencia la aplicación de la presunción de despido en razón del embarazo, con la consecuente ineficacia del mismo y la posibilidad de obtener el reintegro de la mujer afectada y las indemnizaciones expresadas.

5. Análisis del caso concreto.

5.1. El asunto que se presenta a revisión exige establecer si el Batallón de Infantería Aerotransportado num. 28 del Ejército Nacional de Colombia vulneró o no los derechos fundamentales alegados por la señora Rosa Irene Ramírez, en razón de la desvinculación laboral de dicha unidad como auxiliar de cocina a pesar de su estado de embarazo.

En este sentido, la accionante considera que su despido fue ocasionado por su estado de gravidez, ya que no existía ninguna justa causa para hacerlo. Sin embargo, el comandante del batallón accionado argumenta que la terminación contractual no se debió al embarazo de la señora Ramírez, sino a que no cumplió con el requisito de trasladarse a una cooperativa de trabajo asociado como lo ordena la ley, corrigiendo de esta forma errores de administraciones pasadas. Sumado a ello, afirma que no es cierto que la trabajadora haya comunicado su estado de embarazo a la institución.

Los jueces de instancia denegaron el amparo al advertir que existe otro mecanismo de defensa para proteger el derecho a la maternidad y que no está probado que la actora hubiese comunicado su situación al empleador antes de ser retirada de la labor.

5.2 Conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia, relativo a los requisitos que se deben verificar en este tipo de casos, la Sala encuentra lo siguiente:

(i) Respecto del requisito que el despido haya tenido lugar durante el tiempo del fuero de maternidad, la señora Ramírez Canchón, el 23 de mayo de 2008 se encontraba en estado de embarazo, época en que se le comunicó su no continuidad en la

labor que venía prestando para el batallón accionado,¹⁰.

(ii) En cuanto al presupuesto concerniente a que el despido sea una consecuencia del embarazo, si bien el comandante del batallón alega que el despido no se debió a su embarazo, sino a que debía corregir una irregularidad contractual, para la Sala opera la presunción de despido contemplada en la ley laboral puesto que con la excusa de atender un requisito de orden legal, se desconoció una garantía de rango constitucional como lo es la protección especial de la mujer embarazada.

Conforme a los hechos que narra la actora y que confirma la contestación de la demanda, prima facie se advierte que (a) entre la accionante y el batallón existió un contrato verbal de trabajo¹¹; (b) desde el 7 de julio de 2006, hasta el 3 de junio de 2008, la labor prestada por la peticionaria era la de auxiliar de cocina para un batallón, circunstancia que permite deducir que dicho objeto continua por la necesidad de su función¹²; (c) la señora Ramírez afirmó en dos ocasiones que había comunicado verbalmente en los primeros días del mes de mayo su estado de gravidez al administrador del casino del batallón¹³; (d) la conducta de la trabajadora fue correcta en el desempeño de su labor y no se advierte reproche alguno al respecto.¹⁴

Las anteriores circunstancias, interpretadas en su conjunto, permiten que opere en este caso la presunción legal concerniente a que la verdadera causa de la no prolongación de los servicios de la señora Ramírez Canchón fue su estado de gravidez, puesto que el despido no está relacionado con una causal objetiva y relevante que lo justifique.

Ligado a lo anterior, estima la Sala que si el comandante del batallón considera que los militares no pueden contratar directamente con civiles, las fuerzas armadas cuentan con oficinas jurídicas por medio de las cuales se puede orientar y corregir irregularidades contractuales, como la presentada en el caso de la señora Ramírez Canchón y no acudir a medidas desproporcionadas que impliquen el quebrantamiento de la estabilidad en el empleo de mujeres embarazadas; motivo por el que se advertirá a la parte accionada que deberá orientar a la actora sobre la modalidad contractual requerida por la entidad para el tipo de servicio prestado por la misma.

En suma, no existió una causal objetiva y relevante que justifique el despido de la

accionante.

(iii) En cuanto a la verificación del presupuesto concerniente a la notificación de la autoridad laboral competente, en el acervo probatorio y en la contestación de la demanda el accionado no manifiesta haber solicitado la autorización ordenada por la ley. Por tanto, la Sala encuentra que la desvinculación de la señora Rosa Irene Ramírez se efectuó sin los requisitos normativos pertinentes, por lo que se cumple con la tercera condición para amparar el fuero de maternidad.

(iv) En armonía con lo manifestado por la peticionaria en la demanda¹⁵ y en la impugnación,¹⁶ la Corte considera que su mínimo vital y el de su hijo se ven afectados por la desvinculación laboral puesto que su salario en ese momento era el mínimo legal vigente con algunos recargos extras como lo aceptó expresamente la entidad demandada en su respuesta a la presente acción.¹⁷

Además, si bien el batallón cumplió con la obligación de cancelar las acreencias laborales durante la ejecución del contrato, nada probó en materia de la afectación del mínimo vital de la accionante, teniendo como consecuencia que las afirmaciones de la misma se tengan por ciertas.¹⁸

Por lo anteriormente argumentado, se encuentran demostrados los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional para la procedencia de la acción de tutela y amparar el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia.

Sumado a lo anterior, la ausencia de vinculación laboral y de ingresos de la señora Ramírez tuvo consecuencias directas en su afiliación al Sistema General de Seguridad Social integral, agravando aún más su precaria situación y la de su hijo.

5.3 Cuando la terminación laboral ha dado como consecuencia la desprotección a la demandante, como quiera que conforme a lo probado sus ingresos son el único medio de sustento pecuniario, establecer el amparo sólo como mecanismo transitorio conllevaría a que antes de cuatro meses esté afrontando otra difícil contingencia para instaurar una acción laboral, frente a una situación vital para ella y para su hijo¹⁹; medida que redundaría en descongestión judicial y efectivo acceso a la administración de

justicia.

5.4 De otra parte, la Sala no puede dejar pasar por alto el horario en el que laboraba la accionante, que según lo afirmado por la misma y confirmado por el demandado correspondía de tres de la mañana (3:00 AM) a ocho de la noche (8:00 PM) de domingo a domingo, con posibilidad de permisos con lapsos de dos a tres meses, por quince días²⁰. Por ello y por las razones atrás anotadas, se enviará copia del expediente y del presente fallo al Ministerio de la Protección Social - Grupo de prevención, inspección, vigilancia y control - Dirección territorial Cundinamarca, para que dentro de la orbita de su competencia investigue las eventuales irregularidades en que esté incurriendo el batallón demandado y si hay lugar a ellas, tome las medidas correctivas del caso.

V. DECISIÓN.

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR los fallos proferidos en el asunto de la referencia por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que denegaron el amparo solicitado. En su lugar, TUTELAR por las razones y en los términos de esta sentencia, los derechos fundamentales a la dignidad, al trabajo, a la condición especial de mujer embarazada y al mínimo vital de la señora Rosa Irene Ramírez y su hijo.

SEGUNDO.- ORDENAR al Comandante del Batallón de Infantería Aerotransportado num. 28 Colombia, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si aún no lo hubiere hecho, restablezca la relación contractual con la accionante al cargo que venía desempeñando o a uno equivalente o superior, en las mismas o mejores condiciones que se venía ejecutando.

Igualmente, el Batallón accionado reconocerá a la señora Rosa Irene Ramírez los montos dejados de percibir durante la interrupción contractual, es decir desde la fecha en

que debió haberse continuado el contrato y hasta la fecha en que se haga efectiva esta decisión, al igual que todo lo correspondiente a prestaciones y seguridad social, la indemnización por despido ilegal equivalente a sesenta (60) días de salario de que trata el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo y la licencia por maternidad a que la ciudadana tiene derecho, si no ha sido asumida por otra entidad.

TERCERO.- ADVERTIR a la institución accionada que para ejecutar el cumplimiento de la presente providencia deberá orientar a la accionante de forma clara y sencilla sobre la modalidad contractual requerida por la entidad para el tipo de servicio prestado por la peticionaria.

CUARTO.- ORDENAR, por medio de la Secretaría General de esta Corporación, se envíen copias de esta decisión y del proceso al Ministerio de la Protección Social - Grupo de prevención, inspección, vigilancia y control - Dirección territorial Cundinamarca, para que investigue las posibles irregularidades en que esté incurriendo el batallón accionado y (si hay lugar a ellas) tome las medidas correctivas pertinentes dentro de la orbita de su competencia.

QUINTO.- LÍBRESE por Secretaria General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado Ponente

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

CLARA ELENA REALES GUTIÉRREZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaría General

1 Para sustentar lo afirmado, citó la Sentencia T-132/08 de esta Corporación.

3 En efecto, la Declaración Universal de Derechos Humanos, señala en su artículo 25 que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”. Igualmente 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.” En el mismo sentido, 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 partes 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”. El Convenio 111 de la OIT prohíbe la discriminación en materia de empleo y ocupación, entre otros, por motivos de género al igual que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

4 Confróntese la Sentencia C-470 de 1997.

5 Sentencia C-470/97.

6 Pueden observarse las Sentencias T-1236/04, T-063/06, T-381/06, T-195/07, T-1008/07, T-513/08, T-549/08, entre otras.

7 Ver Sentencias T-589/06, T-487/06, T-1008/07, T-1043/08, entre otras.

8 Este criterio ha sido reiterado por la Corte en las Sentencias: T-352/08, T-440/08, T-513/08, T-528/08, T-687/08, T-1069/08.

9 Esta estabilidad ha sido concedida en distintos tipos contractuales tales como: contratos de trabajo por duración de obra o labor, contratos a término fijo e indefinido, contratos temporales y contratos de prestación de servicios.

10 Folio 10. Allí se observa ecografía obstetricia expedida el 16 de junio de 2008- en la que se determinó “EMBARAZO DE 12 SEMANAS 3 DÍAS”.

11 Folio 30 en el que reposa la contestación de la demanda por parte del comandante del batallón y acepta la existencia de dicho contrato.

12 Folio 30

13 Folio 2 “... yo le expresé que recordara que me encontraba en estado de gravidez, circunstancia ésta que había informado desde los primeros días de mayo de 2008...”. Ratificado en el escrito de impugnación (folio 84) “comuniqué verbalmente al Sargento Primero Zambrano que era mi jefe inmediato (Administrador del Casino Batallón Colombia Suboficiales) en los primeros días del mes de mayo de 2008, sobre mi estado actual de gravidez”, en presencia de dos soldados bachilleres que eran sus colaboradores en la cocina.

14 En el escrito de solicitud de tutela manifestó: “siempre desempeñé mis funciones a cabalidad, con idoneidad y amor por mi trabajo, prueba de ello es la condecoración que recibí por parte de la entidad accionada al otorgarme la medalla “honor al deber cumplido” y las recomendaciones expedidas por la misma...” (folio 3) y acompañó prueba de lo afirmado (folios 20, 21 y 22); afirmación corroborada por la propia parte accionada (folio 30).

15 Folio 3 “ (...) Ante la inminente desvinculación y la de mi hijo que está por nacer, al Sistema General de Seguridad Social Integral, agravándose aún más mi situación, si se tiene en cuenta el estado de gravidez en el que me encuentro, el cual es de recordar, cuento con una especial protección constitucional y legal”.

16 Folio 84. “Recuerdo a los honorables magistrados que derivó mi sustento diario del trabajo que desempeñaba como auxiliar de cocina (...)”

17 Folio 31 “...es pertinente informar que el salario era el salario mínimo legal vigente mas las correspondientes horas extras y nocturnas...”.

18 El accionado no probó lo contrario y se limitó a decir que: “(...) no es viable, esgrimir que a la accionante se le este afectando su derecho al mínimo vital, ya que la

entidad en cada periodo de causación de las acreencias laborales reconoce el pago de las mismas y para que haya una vulneración a este derecho se necesita no haber percibido ingreso alguno que posibilite su sustento y el de su familia.”. El criterio de la afirmación indefinida como medio de prueba, la Corte lo ha aplicado al traslado de la carga de la prueba a la contraparte, pues en la mayoría de los casos es quien tiene los mecanismos y el conocimiento para hacerlo, al respecto pueden consultarse las Sentencias: T-259/99, T-428/01, T-640/01, T-463/02, T-891/05, T-1078/05, T-809/06, T-139/07, T-648/07, T-818/08, entre muchas otras.

19 Confrontar, Sentencias T-465/2007 y T-440/08.

20 Folio 1 y 31.