

Sentencia T-501/04

MUJER EMBARAZADA-Protección constitucional especial

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA-Carácter fundamental

DERECHOS FUNDAMENTALES DE MUJER EMBARAZADA-Alcance

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA DE MUJER EMBARAZADA-Elementos fácticos que deben demostrarse

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA-Casos excepcionales de reintegro por despido de mujer embarazada

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA DE MUJER EMBARAZADA-Reintegro al cargo que desempeñaba

Referencia: expediente T-841372

Acción de tutela instaurada por Solangel Orjuela Díaz contra el Instituto de Seguros Sociales I.S.S. – Seccional Bogotá

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D. C., veinte (20) de mayo dos mil cuatro (2004).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería y Alfredo Beltrán Sierra, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

en el proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Veintiuno Civil del Circuito de Bogotá y por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad, dentro de la acción de tutela instaurada por Solangel Orjuela Díaz contra el Instituto de Seguros Sociales I.S.S. – Seccional Bogotá.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

La señora Solangel Orjuela Díaz interpuso acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales I.S.S. – Seccional Bogotá, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la dignidad humana, la familia, la vida y la integridad personal, la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, al trabajo, y la especial protección a la mujer embarazada, en razón a que la entidad demandada dio por terminado el contrato de prestación de servicios suscrito con ella, sin tener en cuenta su estado de gravidez.

Para fundamentar su solicitud de amparo, puso de presente los siguientes hechos:

- Indica la peticionaria, que el 20 de abril de 1999 celebró contrato de prestación de servicios con el Seguro Social, como auxiliar administrativo en el área de archivo, percibiendo como último salario la suma de \$523.000. Agrega, que el citado contrato se fue renovando de mutuo acuerdo hasta el 30 de julio de 2003, fecha en la cual la entidad demandada decidió dar por terminado el citado contrato, sin importar que se encontraba en estado de embarazo, situación que era de su pleno conocimiento por ser notorio a esa fecha (5 meses de gestación) y por haber sido debidamente notificado ante la empresa.

- Respecto a la notificación del estado de embarazo ante la entidad, precisa que al conocer de éste en cita ginecológica (5 de junio de 2003) procedió a comunicarlo de forma verbal a su jefe inmediato, señor Jorge Enrique Rodríguez, quien le indicó que debía hacer lo mismo ante el área de personal. Aclara, que siguiendo tal recomendación acudió ante las señoras Elizabeth Godoy y Deisy Acevedo (secretarias de contratación y personal, respectivamente), quienes se negaron a recibir la certificación de su estado de embarazo, alegando que no era necesario por estar vinculada mediante contrato de prestación de servicios y ser su estado de embarazo notorio.

- Así mismo, afirma que no obstante lo anterior, el 6 de junio de 2003, el señor Fredy Barrera, funcionario del área de estadística de la entidad demandada, recibió la referida certificación, indicándole que por su cuenta enviaría la copia respectiva a las dependencias de personal y contratación.

- Aduce, que no existe justa causa ni razón que justifique la falta de renovación de su contrato, pues siempre ha cumplido con sus obligaciones contractuales, nunca ha tenido llamados de atención, no ha desaparecido la materia del trabajo o las causas que originaron el contrato, ni han cesado las actividades de la entidad tutelada.
- Finalmente, pone de presente que es madre soltera y cabeza de familia, así como que carece de cualquier otro recurso diferente a los laborales para su manutención y la de su hijo por nacer. Igualmente informa que el padre del menor no le brinda apoyo alguno, debiendo empeñar algunos electrodomésticos y solicitar préstamos en efectivo a amigos, para poder cumplir con los gastos de manutención, arriendo y seguridad social.
- Por todo lo anterior, solicita que se tutelen los derechos invocados y se ordene a la entidad accionada su reintegro inmediato a su lugar de trabajo y el pago de los salarios correspondientes a los meses de agosto, septiembre y octubre de 2003.

2. Respuesta de la entidad demandada

El señor Reynaldo Ramírez Restrepo, gerente de la Seccional Cundinamarca del Instituto de Seguros Sociales, solicita en el informe rendido ante el a quo que se desestimen las pretensiones de la demanda y se absuelva al Seguro Social de toda condena. Con este objeto, aclara que la relación entre la accionante y la entidad que representa no fue de orden laboral sino de prestación de servicios en los términos del numeral 3 del artículo 32 de la ley 80 de 1993.

En consecuencia, precisa que no es cierto que el contrato celebrado con el ISS se haya prorrogado, pues “cada contrato se celebró por un plazo determinado y a su vencimiento por decisión del ISS se celebraba un nuevo contrato, con interrupción de días entre la finalización de uno y la iniciación de otro contrato”. Del mismo modo, indica que no se puede hablar de salarios sino de honorarios, dado el vínculo contractual señalado. Así mismo, especifica que la terminación del último contrato se dio al igual que todos los anteriores por expiración del plazo pactado, conforme a la cláusula décima segunda sobre la terminación del contrato, que establece:

“b) por vencimiento del plazo de ejecución. En cuanto a la celebración de un nuevo contrato, esta es una facultad discrecional del Seguro Social que depende de la necesidad del servicio,

de la disponibilidad de los recursos presupuestales necesario para su celebración y de la política de austeridad imperante en el momento, independiente del desempeño del contratista”.

En cuanto a la protección a la maternidad, indica que ésta no se puede aplicar a la accionante, por cuanto esta no ostentaba frente al Seguro la calidad de trabajadora sino de contratista. Así considera que tal protección es una “prestación social exclusiva y típica del “ámbito laboral”, de suerte que carece de efecto cuando se invoca en el “campo de la contratación civil”, la cual se rige por la Ley 80 de 1993”

3. Pruebas

Del material probatorio allegado al expediente la Sala destaca los siguientes documentos:

- Fotocopia simple de 10 contratos de prestación de servicios celebrados entre la accionante y el ISS en períodos comprendidos entre el 20 de abril de 1999 y el 30 de julio de 2003 (folios 1-10 cuaderno original).

- Fotocopia simple de citación para liquidación de contrato de prestación de servicios personales de 20 de junio de 2003 (folio 11 cuaderno original).

- * Fotocopia simple de prueba de embarazo de 2 de julio de 2003 de la accionante (folio 12 cuaderno original).

- Fotocopia simple de certificación médica del número de semanas de gestación de la señora Orjuela Díaz de 22 de abril de 2003, con nota de recibido de 6 de junio de 2003 (folio 13 cuaderno original).

- Fotocopia simple de ecografía uterina y concepto médico sobre el estado de embarazo de la accionante (folios 14-15 cuaderno original).

- Fotocopia simple de concepto radiológico del estado de embarazo de la señora Orjuela Díaz (folio 16 cuaderno original).

- Fotocopia simple de 4 ofertas de prestación de servicios suscritas por la accionante y

dirigidas al ISS (folios 31-35 cuaderno original).

- Dos declaraciones extrajuicio de personas que conocen a la accionante, en las cuales se da fe sobre la difícil situación económica que afronta aquella y su condición de madre cabeza de familia (folios 8-9 cuaderno II).

II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN.

2.1 Sentencia de primera instancia.

Conoció del presente asunto el Juzgado Veintiuno Civil del Circuito de Bogotá, que en providencia de 4 de noviembre de 2003, denegó el amparo solicitado, considerando que al no existir una relación laboral entre la accionante y el ISS, por haber sido vinculada en virtud de un contrato de prestación de servicios, no existió despido sino la terminación del mismo por vencimiento del plazo de ejecución, razón por la cual no tiene derecho a prestaciones ni a prolongación del contrato.

De otra parte, aduce que del material probatorio recaudado, resulta claro que la accionante nunca comunicó en debida forma su estado de embarazo al ISS, el cual es indispensable para alegar una posible discriminación como consecuencia de su estado de gravidez. Igualmente, adujo que la demandante no alegó como afectado su mínimo vital, ni allegó prueba, siquiera sumaria de su afectación.

Finalmente, estimó que la peticionaria cuenta con otros mecanismos judiciales para salvaguardar los derechos fundamentales que estima violados.

2.2. Impugnación.

Inconforme con el fallo proferido, la señora Solangel Orjuela Díaz, dentro del término legal establecido, impugnó la sentencia proferida por el aquo, solicitando la protección de su fuero de maternidad, ratificando los hechos manifestados en la demanda.

Así mismo, cuestionó que el juez de instancia hubiera señalado en su providencia que según las pruebas practicadas por su despacho se concluía que el mínimo vital de la accionante no se encontraba afectado, toda vez que no es cierto que las mismas se hayan decretado.

Destaca que, si bien los documentos indican que existe un contrato de prestación de servicios, debe primar la realidad, que señala la existencia de una relación laboral a lo largo de 4 años.

De otra parte, ataca la consideración del a quo según la cual del material probatorio recaudado dentro del plenario, se puede establecer que la accionante nunca comunicó en debida forma su estado de embarazo. Para desvirtuar tal afirmación, aclara que existe prueba en el expediente de haber comunicado sobre su estado al ISS, además de enfatizar que a la fecha de despido su estado de embarazo era un hecho notorio.

2.3. Fallo de segunda instancia.

La Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia del 9 de diciembre de 2003, confirmó la decisión de primera instancia, con similares argumentos a los formulados por el a quo. Consideró que de conformidad con el contrato de prestación de servicios que ampara al ISS, se descarta la relación laboral subordinada que obligaría al juez constitucional a reconocer el fuero de maternidad.

En consecuencia, señala que “le corresponde a la tutelante acudir a la jurisdicción ordinaria con el propósito de demandar el reconocimiento de una relación laboral subordinada con todas sus consecuencias, entre estas el pago de prestaciones sociales y el respeto al fuero de maternidad diseñado a favor de la mujer trabajadora, pues según lo da entender este contrato de prestación de servicios esconde una relación laboral llamada a prevalecer, pero añade la Sala, en el debate ante la autoridad judicial competente”.

Por último, el ad quem descarta la procedencia de la tutela impetrada por considerar que sólo a última hora se adujo la tutela como mecanismo transitorio.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer de 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.

2. Problema jurídico.

El caso que ocupa la atención de ésta Sala, plantea la necesidad de pronunciarse sobre la procedencia de la acción de tutela para proteger el derecho a la estabilidad laboral reforzada de una mujer que encontrándose en estado de embarazo le es terminado un contrato de prestación de servicios continuamente prorrogado, por supuesta terminación del plazo pactado.

Para el efecto, habrá de establecerse si a pesar de existir entre las partes litigiosas un vínculo contractual de prestación por servicios, se reúnen los requisitos que la jurisprudencia constitucional ha establecido necesarios para conceder el amparo constitucional como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la madre y del menor por nacer.

De otra parte, la Corte deberá determinar si, como lo argumentó el ad quem, era necesario que en el escrito de tutela la accionante invocara el amparo como mecanismo transitorio, para proceder a la protección de sus derechos.

3. Carácter constitucional de la protección a la maternidad.

Sabido es que la maternidad, como creadora de vida, es una condición física y mental de la mujer que merece una especial protección. Tal protección debe ser prodigada por la familia, la sociedad y el Estado en procura de garantizar que la vida que se está gestando pueda desarrollarse plenamente bajo el amparo de su progenitora. El artículo 43 Superior, reconoció en favor de la mujer en estado de embarazo este deber de protección, confiriéndole el citado carácter especial y señalando que “durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”.

Este artículo, al lado de las normativas internacionales, con fuerza vinculante en nuestro ordenamiento jurídico en virtud del artículo 93 de la Constitución Política, establecen el citado deber de protección especial y la necesidad de incorporar en los ordenamientos internos mecanismos para hacerla exigible, conformando un “fuero especial de maternidad”. La jurisprudencia constitucional ha recogido las principales normas internacionales que en este sentido confieren tal protección:

“Por no citar sino algunos ejemplos, la Corte destaca que la Declaración Universal de derechos Humanos, en el artículo 25, señala que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”. Por su parte, el artículo 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, aprobado por Colombia por la Ley 74 de 1968, establece que “se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto.” Igualmente, el artículo 11 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, expedida en Nueva York, el 18 de diciembre de 1979, por la Asamblea General de la ONU, y aprobada por la ley 51 de 1981, establece que es obligación de los Estados adoptar “todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo” a fin de asegurarle, en condiciones de igualdad con los hombres, “el derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano”. Por su parte, el Convenio 111 de la OIT prohíbe la discriminación en materia de empleo y ocupación, entre otros motivos por el de sexo. Pero es más; desde principios de siglo, la OIT promulgó regulaciones específicas para amparar a la mujer embarazada. Así, el Convenio No 3, que entró en vigor el 13 de junio de 1921 y fue aprobado por Colombia por la Ley 129 de 1931, señala en su artículo 3º:

En todas las empresas industriales o comerciales, públicas o privadas, o en sus dependencias, con excepción de las empresas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la mujer:

- a) no estará autorizada para trabajar durante un período de seis semanas después del parto;
- b) tendrá derecho a abandonar el trabajo mediante la presentación de un certificado que declare que el parto sobrevendrá probablemente en un término de seis semanas;
- c) recibirá, durante todo el período en que permanezca ausente en virtud de los apartados a) y b), prestaciones suficientes para su manutención y las del hijo en buenas condiciones de higiene: dichas prestaciones, cuyo importe exacto será fijado por la autoridad competente en cada país, serán satisfechas por el Tesoro público o se pagarán por un sistema de seguro. La mujer tendrá además derecho a la asistencia gratuita de un médico o de una comadrona”.

La protección especial a la condición materna deviene también en el amparo de derechos tales como la consecución de la igualdad real y efectiva entre los sexos (artículo 2, 13 de la

C.P.), la protección de los derechos fundamentales del nasciturus (artículo 44 de la C.P.), y de la familia (artículos 5 y 42 de la C.P.), derechos que en su conjunto conforman un plus normativo de carácter superior.

4. Estabilidad laboral reforzada en contratos de prestación de servicios. Elementos fácticos que deben estructurarse para que sea procedente su amparo por vía de tutela.

El mandato impuesto en el artículo 43 Constitucional citado atrás, comporta un carácter irrenunciable a las garantías conferidas a la mujer en estado de gestación.

Por vía legal, el ordenamiento laboral vigente establece en favor de la mujer trabajadora que se encuentra en estado de gravidez, garantías de orden prestacional (asistenciales y económicas) y laboral (prohibición del despido durante el embarazo y licencia de maternidad, permisos por enfermedad y lactancia, etc.) con el objeto de proveer las condiciones que hagan posible el desarrollo de un embarazo y puerperio dignos (artículos 239, 240 y 241 del C.S.T.).

Concretamente, respecto al despido de la mujer en estado de gravidez o en disfrute de la licencia de maternidad, sin los requisitos legales en cada caso, opera la presunción de que aquel ha ocurrido por causa o con ocasión del embarazo, con la consecuencia jurídica de la ineficacia de tal despido.

Tal garantía ha sido denominada por la doctrina como el principio de “estabilidad laboral reforzada”. Ello implica, que la estabilidad como principio general de carácter laboral con que cuentan todos los trabajadores respecto a sus empleadores, adquiere una connotación superior cuando de la mujer en estado de gravidez se trata. Esto porque, como la experiencia lo señala, en una sociedad de desigualdades tan marcadas, la mujer ha sido frecuentemente víctima de la discriminación que genera tal estado, por los costos e incomodidades que para el empleador puede representar.

Por ello las conquistas laborales de género, han ido encaminadas a la consagración de normas expresas que sancionen los abusos patronales en contra de la mujer, que ante un despido queda claramente desprotegida, sin seguridad social y sin los medios que le permitan una digna subsistencia para ella y su hijo por nacer.

Es evidente que en principio, el debate sobre las circunstancias que ocasionan el despido corresponde a la jurisdicción laboral ordinaria o a la contenciosa administrativa, según sea el caso. No obstante, teniendo en cuenta los sujetos (mujer embarazada y nasciturus en condiciones de debilidad manifiesta e indefensión) y el objeto (estabilidad laboral) de la protección especial, la Corte Constitucional ha fijado unos criterios fácticos que deben acreditarse para que por vía de la acción de tutela se declare de manera transitoria la ineficacia del despido, el consecuente reintegro, el pago de la indemnización consagrada en el artículo 239 del C.S.T. y los respectivos salarios y prestaciones dejados de pagar como consecuencia del despido. Estos son los siguientes:

“(1) que el despido o la desvinculación se ocasionó durante el embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto; (2) que la desvinculación se produjo sin los requisitos legales pertinentes para cada caso; (3) que el empleador conocía o debía conocer el estado de embarazo de la empleada o trabajadora; (4) que el despido amenaza el mínimo vital de la actora o que la arbitrariedad resulta evidente y el daño que aparece es devastador.”¹

Ahora, debe destacarse que los citados elementos fácticos han sido establecidos por la jurisprudencia constitucional para declarar la ineficacia del despido respecto de mujeres que se encontraban laborando en virtud de la ejecución de un contrato de trabajo (a término indefinido o definido). Sin embargo, ha de precisarse que la Corte Constitucional en reiteradas oportunidades, ha conocido de eventos en los cuales resultaba imperiosa la necesidad de amparar el derecho a la estabilidad laboral reforzada de mujeres que laborando bajo otro tipo de contrato (de obra derivados de contratos de servicios temporales, de prestación de servicios, de cooperativas de trabajo asociado), fueron despedidas con ocasión de su estado de gestación, desconociendo flagrantemente la garantía de orden constitucional que asiste a la mujer en esta condición.

Así, la Corte ha precisado que independiente de la clase de contrato que soporte la relación de trabajo de la mujer en embarazo, opera la prohibición de terminar unilateralmente el contrato respectivo, por causa o con ocasión del mismo, pues lo que se pretende es asegurar una certeza mínima de que el vínculo laboral contraído no se romperá de manera abrupta y sorpresiva, quedando expuesto permanentemente a perder su trabajo y con él los ingresos que permiten su propio sustento y el de su familia².

Específicamente, respecto de mujeres en gestación a quienes les es terminado su vínculo de trabajo en ejecución de contratos de prestación de servicio, la Corte ha brindado similar protección que cuando se trata de contratos típicamente laborales, para lo cual ha acudido a los mismos criterios fácticos mencionados atrás³.

Esto, porque la Corte no ignora que si bien, en principio, un contrato de prestación de servicios de orden estrictamente civil y de duración naturalmente definida, excluye cualquier tipo de relación laboral, es claro que en algunas ocasiones este tipo de contrato, es utilizado por los empleadores públicos y privados para distraer la configuración de una relación laboral y el pago consecuente de las prestaciones que causa este tipo de relación.

Así, a pesar de que por la naturaleza jurídica de este tipo de contratos se prevé una terminación cierta, que normalmente mermaría el alcance de la estabilidad del empleado, cuando se trata de una mujer trabajadora en embarazo, se debe aplicar el criterio de la Corte en el sentido de que el solo vencimiento del plazo inicialmente pactado, no basta para legitimar la decisión del patrono de no renovar el contrato. De ésta manera, con fundamento en los principios de estabilidad y primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral⁴, “siempre que al momento de la expiración del plazo inicialmente pactado, subsistan la materia de trabajo y las causas que lo originaron y el trabajador haya cumplido efectivamente sus obligaciones, a éste se le deberá garantizar su renovación”⁵.

A efecto de establecer los supuestos fácticos en cada caso concreto, es necesario acudir a indicios que permitan inferir con base en la noción del “contrato realidad” si es posible derivar una relación de orden laboral de una vinculación formal de cualquier otro orden, la cual en todo caso, deberá definirse de manera posterior a la protección transitoria por vía de tutela, ante la jurisdicción ordinaria.

Al respecto la Corte ha señalado:

“La primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional (CP art. 53). La entrega libre de energía física o intelectual que una persona hace a otra, bajo condiciones de subordinación, independientemente del acto o de la causa que le da origen, tiene el carácter de relación de trabajo, y a ella se aplican las normas del estatuto del trabajo, las demás disposiciones

legales y los tratados que versan sobre la materia. La prestación efectiva de trabajo, por sí sola, es suficiente para derivar derechos en favor del trabajador, los cuales son necesarios para asegurar su bienestar, salud y vida. Las normas laborales nacionales e internacionales, en atención a la trascendencia del trabajo y a los intereses vitales que se protegen, están llamadas a aplicarse de manera imperativa cuando quiera se configuren las notas esenciales de la relación de trabajo, sin reparar en la voluntad de las partes o en la calificación o denominación que le hayan querido dar al contrato.

“El principio que se analiza, puede igualmente alegarse contra el Estado, si éste resulta asumiendo materialmente la posición de parte dentro de una particular relación de trabajo. La prestación laboral es intrínsecamente la misma así se satisfaga frente a un sujeto privado o ya se realice frente al Estado. En un Estado social de derecho, fundado en el trabajo (C.P. art. 1), mal puede el Estado prevalerse de su condición o de sus normas legales para escamotear los derechos laborales de quienes le entregan su trabajo.”⁶

Obvio es, que un debate probatorio a instancias de un juicio ordinario, permite la verificación certera y plena de cada uno de estos elementos, lo cual como se señaló, debe llevarse a cabo dentro del juicio posterior a la tutela concedida como mecanismo transitorio. No obstante, la Corte ha recurrido a pruebas indiciarias que le permiten acercarse a la realidad material y estructurar la eventual existencia de una relación laboral encubierta por un contrato formal de prestación de servicios o similar.⁷

A manera de ejemplo, sin tratar de ser exhaustivos, pueden señalarse los siguientes: i) cumplimiento de un horario regular de trabajo, ii) cumplimiento de órdenes impartidas por un superior, iii) pago regular de dineros a manera de salario, iv) afiliación a la seguridad social por parte del empleador, entre otros.

5. No es necesaria la invocación de la acción de tutela como mecanismo transitorio, cuando de proteger el fuero de maternidad se trata.

En casos como el que se propone en esta ocasión, donde existe incertidumbre sobre la clase de relación jurídica trabada entre las partes en litigio y el carácter del despido (justo o injusto), es evidente que el proceso ordinario ante la jurisdicción correspondiente, es el mecanismo idóneo para definir con certeza las situaciones jurídicas respectivas, el cual no puede ser desplazado por la decisión adoptada por la justicia constitucional. No obstante,

como de lo que se trata es de evitar un perjuicio irremediable y prevenir la vulneración de los derechos fundamentales de la madre y el menor por nacer, la Corte ha optado por conceder el amparo cuando se reúnen los elementos fácticos relacionados en el acápite anterior, como mecanismo transitorio, mientras la justicia ordinaria decide de manera definitiva sobre la procedencia de las reclamaciones de la accionante.

Ahora, es conveniente establecer que dado el carácter informal de la acción de tutela, no es necesario que la accionante invoque el amparo respectivo como mecanismo transitorio, pues corresponde al juez de tutela establecer en el caso concreto la procedencia del mismo, pues imponer tal requisito coarta el ámbito protector propio de la acción de tutela como mecanismo defensor de los derechos fundamentales. Al respecto, la Corte Constitucional señaló lo siguiente:

“La protección constitucional de los derechos fundamentales, una vez ejercida la acción de tutela, no puede hacerse depender de la invocación o no del mecanismo tutelar como transitorio, como si se tratara de un requisito sine qua non para la protección efectiva de los derechos involucrados. En efecto, si el juez constitucional advierte que la parte actora no invoca el amparo en alguna de las modalidades en que se concede (de manera transitoria o de manera definitiva), y a su vez encuentra que existen razones de hecho que según el caso indiquen la vulneración de los derechos fundamentales, deberá por virtud del principio de informalidad, adecuar la orden de tutela según existan o no los otros mecanismos judiciales para su protección, pero jamás declarar la improcedencia de la acción, bajo el simple argumento de que la parte actora no invocó la protección en uno o en otro sentido”⁸.

6. Caso Concreto.

De acuerdo con los hechos y la jurisprudencia reseñada, procede esta Sala a resolver si el Instituto de Seguros Sociales vulneró los derechos fundamentales de la señora Solangel Orjuela Díaz a la dignidad humana, la familia, la vida, la integridad personal, la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, el trabajo, y la especial protección a la mujer embarazada, al dar por terminado el contrato de prestación de servicios celebrado con esta y no ordenar su renovación, sin considerar que la misma se encontraba en estado de gravidez.

Como se ha venido sosteniendo a lo largo de esta providencia, la mujer embarazada tiene derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, pues una de las manifestaciones

más claras de discriminación sexual ha sido, y sigue siendo, el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de embarazo, por los eventuales sobrecostos o incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las empresas. Aunado a ello, las empresas públicas y privadas vienen consolidando vínculos contractuales ajenos al laboral, para evitar la asunción de las cargas salariales y prestaciones que un contrato de trabajo genera.

El caso que nos ocupa, se sitúa en las dos hipótesis precedentes, pues de conformidad con el material probatorio que reposa en el expediente, la señora Solangel Orjuela Díaz fue vinculada al Instituto de Seguros Sociales mediante la modalidad contractual de prestación de servicios personales, el cual le fue terminado con ocasión de su avanzado estado de embarazo, negándose a su renovación. A esta conclusión, es posible llegar al verificar los elementos fácticos que la jurisprudencia constitucional ha establecido para declarar la procedencia de la acción de tutela como mecanismo protector del fuero de maternidad. Veamos:

1. Que el despido o la desvinculación se ocasionó durante el embarazo o dentro del período de lactancia. Según se desprende de los contratos de prestación de servicios aportados por la accionante al plenario, el último de ellos terminó el 30 de julio de 2003, fecha para la cual contaba aproximadamente con cinco (5) meses de embarazo, lo que indica que su despido se produjo dentro del periodo de gestación de la trabajadora.

2- Que la desvinculación se produjo sin los requisitos legales pertinentes para cada caso. Antes de abordar éste punto, es necesario determinar la clase de vínculo contractual que la actora tenía con la entidad demandada. Tal como se anotó atrás, esta tarea corresponde en principio a la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, con base en la prueba indiciaria, el concepto de “contrato realidad” y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, la Corte hará un primer acercamiento a la realidad fáctica del caso en cuestión.

En efecto, si bien nos encontramos ante la existencia formal de varios contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes, la Corte observa que ello no es más que una perversa forma del empleador para obviar sus responsabilidades patronales. Tal

conclusión, se deriva en primer lugar, de verificar que el ISS ha mantenido a la accionante en una permanente relación de subordinación y dependencia por un término de más de 4 años, generando una expectativa cierta de estabilidad. Si bien la entidad demandada ha pretendido desvirtuar tal situación, con la práctica reiterada de la celebración sucesiva de contratos con diferentes períodos de tiempo, entre los cuales existen algunos pocos días de diferencia, es evidente que ello no logra por sí mismo desvirtuar la continuidad en la prestación del servicio y la existencia de una relación laboral.

Ahora, aunque el ISS aporta como prueba de la inexistencia de la relación laboral, 4 ofertas de servicios suscritas por esta (folios 31 a 35 cuaderno original), donde manifiesta que es libre y total su interés de vincularse a la institución mediante el sistema de contratación de prestación de servicios, se observa que las mismas obedecen a un modelo preestablecido por la entidad para obviar cualquier tipo de relación laboral. A ésta conclusión es posible llegar si se revisa el contenido de las mismas, el cual responde a un formato posiblemente elaborado por la misma entidad que en el acápite de las firmas contiene un espacio determinado para la rúbrica del funcionario encargado del visto bueno del documento en cuestión.

Otros elementos que permiten inferir una relación laboral implícita en el contrato de prestación de servicios celebrado con la accionante, tienen que ver específicamente con el establecimiento de los requisitos que determinan un contrato de trabajo. Así, es claro que aunque el ISS insiste en calificar como honorarios a los ingresos recibidos por la accionante como contraprestación a los servicios prestados, la regularidad en su pago los identifican como salario. Igualmente, la clase de funciones que la accionante ha venido desarrollando (ayudante de servicios administrativos y auxiliar de oficina, archivo), hace presumir la sujeción a ordenes precisas del empleador, lo cual configura el requisito de la subordinación, más aún cuando llevaba vinculada más de cuatro años con el Seguro Social desempeñando funciones similares. Finalmente, la prestación personal del servicio por parte de la accionante no fue controvertida por el accionado, así que con la configuración de este requisito, se reúnen las condiciones para que en el caso que nos ocupa se pueda determinar la existencia material de un contrato de trabajo realidad en los términos del C.S.T.

Ahora, teniendo en cuenta que formalmente se trata de sucesivos contratos de prestación de servicios, los cuales suponen una terminación cierta y definida, pero que materialmente representan contratos de orden laboral, es dable asimilarlos a contratos de trabajo a término

definido, donde es posible aplicar el criterio según el cual debe existir una razón objetiva que permita no renovar el respectivo contrato. Al respecto, no aparece acreditado que la razón por la cual no se continuó con sus servicios, fuera objetiva y relevante, ni que no haya subsistido la materia del trabajo, o que el desempeño de la actora haya sido insatisfactorio, por lo que se puede deducir que la causa de la no prolongación de sus servicios, fue su embarazo.

3- Que el empleador conocía o debía conocer el estado de embarazo de la empleada o trabajadora. Diferentes conclusiones a las adoptadas por el juez de primera instancia respecto a la indebida comunicación del estado de embarazo al empleador, ha de adoptar ésta Sala, por cuanto tal como obra en el expediente existe prueba de que el demandado conocía del estado de embarazo de la actora en el momento de terminación de su contrato.

En efecto, de una parte, a folio 13 del cuaderno original reposa certificación médica de estado de embarazo de 22 de abril de 2003, con firma de recibido de un funcionario del área de estadística (según afirmación no controvertida por el accionado) de fecha 6 de junio de 2003. De otra parte, a la fecha de terminación unilateral del contrato respectivo, era un hecho notorio la nueva condición física de la accionante pues contaba con 5 meses de embarazo. Luego, para la Sala es claro, que la entidad accionada sí conocía del estado de embarazo de la peticionaria al momento de dar por terminado el contrato de trabajo.

4- Que el despido amenaza el mínimo vital de la actora o que la arbitrariedad resulta evidente y el daño que apareja es devastador. En virtud del principio de la buena fe, es posible determinar que el mínimo vital de la accionante y el de su hijo, se encuentra afectado, por la difícil situación económica en que ha quedado sumida como producto del despido, de conformidad con las afirmaciones indefinidas realizadas por aquella en la demanda de tutela y las declaraciones extrajuicio aportadas en el escrito de impugnación (folios 8 y 9 cuaderno II),.

Por lo expuesto, no queda duda que en el caso bajo estudio, se dan los elementos necesarios para conceder el amparo solicitado, pues es evidente la vulneración de los derechos fundamentales a la dignidad humana, la familia, la vida, la integridad personal, la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, el trabajo, y la estabilidad laboral reforzada de la trabajadora embarazada y los derechos fundamentales del menor.

En consecuencia, se concederá la tutela como mecanismo transitorio⁹, aclarando que, a diferencia de lo considerado por el ad quem, no era necesario que la peticionaria formulara tal solicitud en el escrito de tutela para que fuera procedente su declaración, pues es claro que esta clase de protección se reputa como necesaria para proteger los derechos fundamentales del accionante, mientras se resuelve definitivamente a instancias de la justicia ordinaria laboral sobre el tipo de relación -laboral o de prestación de servicios- entre la actora y el demandado. Esto porque, si bien existe otro medio de defensa judicial para la protección de sus derechos, es claro que el mismo puede resultar ineficaz actualmente para proteger los derechos amenazados por la terminación del contrato. Al respecto la Corte ha señalado lo siguiente:

“No escapa a la Corte que existe una controversia respecto del tipo de relación -laboral o de prestación de servicios- entre la actora y el demandado. Esa controversia, que puede tramitarse ante la jurisdicción laboral, no es óbice para desconocer los derechos constitucionales de la mujer embarazada que son de mayor entidad y peso constitucional, y cuyo reconocimiento depende de la situación real en que se encuentre la trabajadora porque la Carta no protege formalmente los derechos sino que garantiza su goce efectivo (artículo 2 C. P.)”¹⁰

En este orden de ideas, considerando que en el caso que nos ocupa se presume la existencia de un contrato de trabajo realidad, se proferirán las mismas órdenes que la Corte ha adoptado en eventos donde se ha vulnerado el derecho a la estabilidad laboral reforzada de trabajadoras embarazadas despedidas en ejecución de un contrato laboral¹¹. De ésta manera, se revocarán los fallos de instancia y se ordenará a la entidad accionada que en el término de 48 horas siguientes a la notificación de este fallo reintegre a la actora al cargo que desempeñaba o a otro en condiciones similares y cancele la indemnización de que trata el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, el pago de las 12 semanas de descanso remunerado y demás salarios y prestaciones que le corresponden a la actora desde el momento del despido, como quiera que este careció de todo efecto hasta su reintegro.

I. 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 las sentencias proferidas por el Juzgado Veintiuno Civil del Circuito de Bogotá y la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad, el 4 de noviembre y 9 de diciembre de 2003 respectivamente, en el proceso de tutela de Solangel Orjuela Díaz contra el Instituto de Seguros Sociales, seccional Bogotá.

Segundo.- TUTELAR de manera transitoria, con el propósito de evitar un perjuicio irremediable, los derechos fundamentales a la dignidad humana, la familia, la vida, la integridad personal, la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, el trabajo, y la estabilidad laboral reforzada de la trabajadora embarazada respecto a la señora Solangel Orjuela Díaz y los derechos fundamentales del nasciturus, hasta que la jurisdicción ordinaria laboral resuelva de la acción que la mencionada señora deberá interponer en un término no mayor de 4 meses y, en consecuencia, ORDENAR, al Instituto de Seguros Sociales, seccional Bogotá, que dentro del termino de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la comunicación del presente fallo, reintegre a la actora al cargo que desempeñaba o a otro de condiciones similares, y cancele la indemnización de que trata el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, el pago de las 12 semanas de descanso remunerado y demás salarios y prestaciones que le corresponden a la actora desde el momento del despido, como quiera que este careció de todo efecto hasta su reintegro.

Tercero. El desacato a lo aquí dispuesto dará lugar a las sanciones previstas en el artículo 52 del decreto 2591 de 1991.

Cuarto. Por Secretaria, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (E)

1 Sentencia T-373/98 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

2 Sentencia T-040A/01 M.P. Fabio Morón Díaz

3 Al respecto la Corte señaló en sentencia T-1138/03 M.P. Rodrigo Escobar Gil, lo siguiente:

“La entidad demandada sostiene inicialmente que ante la inexistencia de un contrato de trabajo debe rechazarse lo solicitado por la accionante. Como lo tiene entendido la jurisprudencia citada en la primera parte de este fallo, tal circunstancia en nada afecta la protección reforzada que se predica de la mujer embarazada por cuanto es claro que al margen del tipo de contrato existente, en este caso concreto se dio una verdadera relación laboral que es la que merece protección”.

4 Sentencia C -016 de 1998. M.P. Fabio Moron Díaz

5 Sentencia T-040A/01 M.P. Fabio Morón Díaz

6 Sentencia C-555/94 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

7 En sentencia T-1070/01 M.P. Jaime Córdoba Treviño se recurrió a ésta clase de indicios para inferir la eventual existencia de un contrato de trabajo.

8 Sentencia T-961/02 M.P. Eduardo Montealegre Lynett

9 Cabe señalar que esta Corporación adoptó decisiones similares en casos semejantes. A manera de ejemplo pueden consultarse las Sentencias T-1201 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-1243/00 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-1138/03 M.P. Rodrigo Escobar Gil, en donde entidades públicas como el Hospital San Martín de Sardinata, el Instituto de Seguros Sociales, Seccional Santander (Unidad Funcional Clínica Primero de Mayo, y

empresas de naturaleza privada, dieron por terminado contratos de prestación de servicios de trabajadoras que se encontraban en estado de embarazo.

10 Sentencia T-1201 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

11 Ver sentencia T-1042 M.P. Clara Inés Vargas Hernández