

Sentencia T-534-09

Referencia: expediente T- 2246278

Acción de tutela instaurada por las señoras Alicia Daidamina Reynel Ramos e Hilda de Ávila Batista en contra de la empresa Servicios Industriales de Cartagena Temporales Limitada -Servincar Temporal Ltda- en liquidación.

Magistrado ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá D.C., seis (6) de agosto de dos mil nueve (2009).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, Juan Carlos Henao Pérez y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º, de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela de única instancia dictado por el Juzgado Trece (13) Civil Municipal de Cartagena, el día veinte (20) de febrero de dos mil nueve (2009) dentro de la acción de tutela instaurada por las señoras Alicia Daidamina Reynel Ramos e Hilda de Ávila Batista en contra de la Empresa Servicios Industriales de Cartagena Temporales Limitada -Servincar Temporal Ltda- en liquidación.

I. ANTECEDENTES.

Las señoras Alicia Daidamina Reynel Ramos e Hilda de Ávila Batista, por medio de apoderado judicial, interpusieron acción de tutela en contra de la empresa Servicios Industriales de Cartagena Temporales Limitada -Servincar Temporal Ltda- en liquidación, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, seguridad social y de sus hijos que están por nacer.

HECHOS.

Los hechos que fundamentan la solicitud de amparo son los siguientes:

1.- Expresaron las accionantes que, la Institución Educativa Comfenalco, por intermedio de la empresa Servincar Temporal Ltda en liquidación, acordó la prestación de sus servicios como docentes, mediante contrato de trabajo a término de seis (6) meses prorrogables por un término igual ó por duración de la obra o labor contratada que, para el caso de la señora Alicia Daidamina Reynel Ramos, comenzó a ejecutarse desde el día diecinueve (19) de agosto de dos mil ocho (2008) y, para el caso de la señora Hilda de Ávila Batista, desde el dos (2) de julio de la misma anualidad.

2.- Señalaron que, desde su vinculación laboral, la entidad empleadora Servincar Temporal Ltda en liquidación, las vinculó al régimen de salud y seguridad social a través de SaludCoop EPS, para el caso de la señora Alicia Daidamina Reynel Ramos y Coomeva EPS para el caso de la señora Hilda de Ávila Batista.

3.- Declararon que, el doce (12) de diciembre de dos mil ocho (2008), la empresa Servincar Temporal Ltda en liquidación, decidió retirarlas del servicio dejándolas desprovista de cualquier protección en materia de atención médica en salud.

Solicitud de tutela.

4.- Las señoras Alicia Daidamina Reynel Ramos e Hilda de Ávila Batista consideran vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, seguridad social y vida, así como los derechos de sus hijos que están por nacer, por lo que solicitan se ordene a la empresa Servincar Temporal Ltda en liquidación continuar cancelando los aportes necesarios para que las Entidades Promotoras de Salud, SaludCoop EPS y Coomeva EPS, presten los servicios de salud indispensables durante todo el periodo gestacional, el parto y después de él para garantizar la vida y salud tanto de ellas como las de sus bebés.

Pruebas aportadas al proceso.

5.- En el expediente constan las siguientes pruebas:

- Copia de la liquidación del contrato laboral de la señora Hilda de Ávila Batista.1

- Original del poder especial conferido por las señoras Alicia Daidamina Reynel Ramos e Hilda de Ávila Batista al Doctor Nelson Antonio Laza Valverde.2

- Original del certificado de existencia y representación de la empresa Servicios Industriales de Cartagena Temporales Limitada -Servincar Temporal Ltda- emitida por la Cámara de Comercio de Cartagena el día veintiocho (28) de enero de dos mil nueve (2009).3

- Original del contrato individual de trabajo celebrado entre Servincar Temporal Ltda y la señora Hilda de Ávila Batista el día dos (2) de julio de dos mil ocho (2008) por un término de duración aproximado de seis (6) meses.4

- Copia del "Informe Ecográfico" realizado a la señora Hilda de Ávila Batista por la Clínica "La Inmaculada S.A." el día diecisiete (17) de mayo de dos mil ocho (2008) en el que se lee:

"Embarazo único vivo intrauterino de 10 semanas. Bienestar Embrionario Adecuado"5

- Original del contrato individual de trabajo celebrado entre Servincar Temporal Ltda y la señora Alicia Daidamia Reynel Ramos el día diecinueve (19) de agosto de dos mil ocho (2008) por un término de duración aproximado de seis (6) meses.6

- Copia de la liquidación del contrato laboral de la señora Alicia Daidamina Reynel Ramos.7

- Copia del examen de sangre practicado a la señora Alicia Daidamina Reynel Ramos el día cuatro (4) de octubre de dos mil ocho (2008), en el que se observa:

"Examen solicitado: Gravindex en sangre.

Resultado: Gravidéz: Positivo"8

Intervención de la Empresa Servicios Industriales de Cartagena Temporal Ltda en liquidación -Servincar Temporal Ltda en liquidación-.

6.- La Empresa Servicios Industriales de Cartagena Temporal Ltda en

liquidación -Servincar Temporal Ltda en liquidación, a través del Gerente Liquidador, Doctor Gustavo Pareja Vales, solicitó no acceder a las pretensiones de la acción de tutela toda vez que:

- La empresa Servincar Temporal Ltda en liquidación tiene como objeto contratar la prestación de servicios con terceros beneficiarios o usuarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la modalidad de "labor desarrollada por personas naturales por el tiempo que dure la realización de la obra o labor."⁹

- Entre Servincar Temporal Ltda en liquidación y Comfenalco (empresa usuaria) existió un contrato comercial en el que Comfenalco acordó los términos de contratación estableciendo, el tiempo de permanencia del trabajador y el desempeño de la labor. Así las cosas, el día quince (15) de agosto de dos mil ocho (2008), mediante comunicación escrita, la Jefe del Departamento de Talento Humano de Comfenalco adjuntó cuarenta y siete (47) hojas de vida del personal para iniciar labores como docentes en las UPA (unidad pedagógica de apoyo) a partir del diecinueve (19) de agosto de dos mil ocho (2008) hasta el doce (12) de diciembre de la misma anualidad "entre ellas la señora ALICIA REYNEL RAMOS de las cuales junto con otras (3) docentes más se encontraban en estado de embarazo."¹⁰ "En cuanto a la señora HILDA DE ÁVILA BATISTA, fue contratada desde el 12 de julio hasta el 12 de diciembre de 2008, a partir de esa fecha inició labores como Docente en la UPA (Unidad Pedagógica de Apoyo) ubicada en el barrio Nelson Mandela."¹¹

- Desde la iniciación de las labores como docentes, la empresa Servincar Temporal Ltda en liquidación vinculó a las accionantes al Sistema de Seguridad en Salud. Sin embargo, "el 15 de octubre de 2008, el señor Diomedes Patiño Gutiérrez, Secretario General de COMFENALCO, envía una comunicación a nuestra empresa reiterando que hasta el 12 de diciembre (sic) 2008, quedaban contratadas, es decir, nuestra empresa debía terminar el contrato con las docentes en la fecha que la empresa usuaria COMFENALCO indicaba, y sin manifestar en ella que este era prorrogado como lo indican las actoras en su libelo. En esta Comunicación se encontraban relacionadas las señoras HILDA DE ÁVILA BATISTA y ALICIA REYNEL RAMOS."¹² Por ello, "en fecha 12 de diciembre de 2008, se da por terminado el contrato a las señoras tutelantes,

dando cumplimiento al contrato pactado con la empresa usuaria COMFENALCO, cancelándoles la liquidación de prestaciones sociales, además, se les indicó que como COMFENALCO no había dicho nada al respecto de las docentes en estado de embarazo, seguirían vinculadas al sistema de seguridad social hasta el día 30 de diciembre de 2008.”¹³

- El día dos (2) de enero de dos mil nueve (2009), el Gerente Liquidador de la empresa Servincar Temporal Ltda en liquidación le manifestó al gerente de Comfenalco la situación de las tres (3) trabajadoras “en misión” que se encontraban en estado de embarazo para que “no perdieran su licencia de maternidad a la cual tenían derecho”¹⁴, sugiriéndole una solución provisional consistente en que “nuestra empresa les pagaría la seguridad social hasta el 30 de diciembre de 2008, a fin de que las señoras docentes se vinculen como independientes o se vinculen con la empresa temporal con la que ahora COMFENALCO tiene contrato, teniendo en cuenta que ellas entraron embarazadas”; propuesta frente a la cual no obtuvieron respuesta alguna.

Pruebas aportadas al proceso por parte de la empresa Servicios Industriales de Cartagena Temporal Ltda en liquidación -Servincar Temporal Ltda en liquidación-.

7.- En el expediente constan las siguientes pruebas:

- Copia de las planillas de pago de los aportes en salud y riesgos profesionales de las señoras Alicia Daidamina Reynel Ramos e Hilda de Ávila Batista por parte de la empresa Servincar Temporal Ltda en liquidación.¹⁵

- Copia de la comunicación enviada el día quince (15) de agosto de dos mil ocho (2008) por parte de la Jefe del Departamento de Talento Humano de Comfenalco a la Jefe de Nómina de la empresa Servincar Temporal Ltda en liquidación en la que, le anexa la lista de docentes que se contratarían a partir del diecinueve (19) de agosto de dos mil ocho (2008).¹⁶

- Copia de la comunicación enviada el día quince (15) de octubre de dos mil ocho (2008) por parte del Secretario General de Comfenalco a la empresa Servincar Temporal Ltda en

liquidación, en la que se lee:

“A continuación relacionamos el personal de las UPA que debe quedar contratado con ustedes hasta el 12 de diciembre de 2008, como se había programado inicialmente.

(...)

ALICIA REINEL RAMOS.

(...)

HILDA DE ÁVILA BATISTA.

(...)”¹⁷

- Copia de la comunicación enviada el día dos (2) de enero de dos mil nueve (2009) por parte del señor Gustavo Pareja Vales, Gerente Liquidador de la empresa Servincar Temporal Ltda en liquidación, a Comfenalco.¹⁸

Intervención de Comfenalco.

8.- Mediante auto del nueve (9) de febrero de dos mil nueve (2009), el Juzgado Trece (13) Civil Municipal de Cartagena, dispuso:

“Llámesse ex officio a la Institución Educativa COMFENALCO, para que concurra a esta acción de tutela a defender los eventuales intereses que puedan resultar afectados con la decisión que se profiera en este asunto. Concédasele tres días a partir del recibo de la comunicación para su intervención y además, sírvase indicar lo siguiente:

a.- Si es cierto que las accionantes, señoras ALICIA DAIDAMINA REYNEL RAMOS, identificada con la C.C. # 26.231.648 de Tierra Alta (Córdoba) e HILDA DE ÁVILA BATISTA, identificada con C.C.# 32.906.847 de Cartagena, trabajaron en su entidad como docentes, suministradas por la entidad SERVICIOS INDUSTRIALES DE CARTAGENA TEMPORAL LTDA EN LIQUIDACIÓN.

b.- Diga al despacho si a la acionada SERVICIOS INDUSTRIALES DE CARTAGENA TEMPORAL LTDA. EN LIQUIDACIÓN, le fue notificado el estado de embarazo de las

accionantes. En caso afirmativo, sírvase allegar copia de la comunicación recibida por la accionada.

9.- Mediante escrito del trece (13) de febrero de dos mil nueve (2009), la Institución Educativa Comfenalco, a través de su Director Administrativo, señor Diomedes Patiño Gutierrez, dio contestación al oficio # 0247 del nueve (9) de febrero de la misma anualidad señalando que:

- En el dos mil ocho (2008), Comfenalco Cartagena contrató el suministro de ciento diez (110) docentes, incluyendo las accionantes, para la ejecución del proyecto "UPA" (unidades de apoyo pedagógico), consistente en "la contratación que realiza el ICBF con la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE FENALCO ANDI COMFENALCO CARTAGENA, el cual tuvo un inicio en el mes de agosto y su duración fue hasta el día 12 de diciembre del mismo año."19

- Los ciento un (101) docentes con los que se llegó al acuerdo, incluyendo las accionantes, conocían las condiciones de contratación tales como, duración y actividad a desarrollar razón por la cual, una vez "finalizada la ejecución del proyecto contratado no persiste el objeto principal del contrato y tampoco el origen de la contratación"20 y, en ese sentido, "una vez finalizado el contrato esta entidad se desvincula de toda relación laboral con dicho personal suministrado."21

- Respecto del estado de gravidez de las accionantes, es importante aclarar que "en ningún momento le fue notificado a la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE FENALCO - ANDI COMFENALCO CARTAGENA, el estado en que se encontraban las señoras ALICIA DAIDAMINA REYNEL RAMOS e HILDA DE ÁVILA BATISTA."22

Intervención de las Entidades Promotoras de Salud Coomeva EPS y SaludCoop EPS.

10.- El Juzgado Trece (13) Civil Municipal de Cartagena, mediante auto del nueve (9) de febrero de dos mil nueve (2009), dispuso:

"5°- Líbrese oficios a los representantes legales de SALUDCOOP EPS y COOMEVA EPS, a fin de que certifique lo siguiente:

a.- Si las accionantes, señoras ALICIA DAIDAMINA REYNEL RAMOS, identificada con la

C.C. # 26.231.648 de Tierra Alta (Córdoba) e HILDA DE ÁVILA BATISTA, identificada con C.C. # 32.906.847 de Cartagena, se encuentran afiliadas a su entidad a través de SERVICIOS INDUSTRIALES DE CARTAGENA TEMPORAL LTDA. EN LIQUIDACIÓN, Nit # 806.005.563-1.

b.- Si las accionantes fueron retiradas, sírvase allegar copias de las planillas en las cuales fueron reportadas su salida de la EPS y de las historias clínicas de las señoras ALICIA DAIDAMINA REYNEL RAMOS e HILDA DE ÁVILA BATISTA.

c.- Sírvase allegar copia de las aquí accionantes.”²³

Intervención de la Entidad Promotora de Salud Coomeva EPS.

“1. La señora ALICIA REYNEL RAMOS, identificada con cédula de ciudadanía No 26.231.648, no se encuentra afiliada a COOMEVA EPS S.A., verificando la Base de Datos Única de Afiliación del Ministerio de la Protección Social, se encuentra afiliada a la EPS Saludcoop. Anexamos resultado de la búsqueda en la página Web del Ministerio de la Protección Social. En lo que respecta a la señora HILDA DE ÁVILA BATISTA, identificada con cédula de ciudadanía No 32.906.847, se encuentra afiliada a COOMEVA EPS en calidad de cotizante dependiente de la empresa SERVINCAR TEMPORAL LTDA. Anexamos certificado de afiliación.

2. A la fecha la empresa SERVINCAR TEMPORAL LTDA, no ha reportado novedad de retiro de la señora HILDA DE ÁVILA BASTISTA, y a la fecha se encuentra en mora en el pago del aporte correspondiente al periodo enero de 2009, encontrándose en su afiliación SUSPENDIDO por mora en los aportes.

3. De acuerdo a su solicitud anexamos copia de la Historia Clínica de la señora HILDA BATISTA DE ÁVILA, que se encuentra en custodia de las Unidades Básicas de Atención de nuestra Entidad Promotora de Salud.”²⁴

Pruebas aportadas al proceso por parte de Coomeva EPS.

12.- En el expediente constan las siguientes pruebas:

- Resultado de la búsqueda en la página Web del Ministerio de la Protección Social de la afiliación de la señora Alicia Daidamina Reynel Ramos, arrojando como resultado su afiliación a SaludCoop EPS.25

- Certificado de semanas cotizadas por parte de la señora Hilda de Ávila Batista a la Entidad Promotora de Salud Coomeva EPS, en el que se observa que la accionante tiene un total de treinta y ocho (38) semanas.26

- Copia de la historia clínica de la señora Hilda de Ávila Batista, emitida por Coomeva EPS.27

Intervención de la Entidad Promotora de Salud SaludCoop EPS.

13.- Transcurrido el término de contestación, la Entidad Promotora de Salud SaludCoop EPS guardó silencio sobre los hechos y pretensiones relacionados en el escrito de tutela, así como también, sobre los cuestionamientos hechos por el Juzgado Trece (13) Civil Municipal de Cartagena en el auto del nueve (9) de febrero de dos mil nueve (2009).

II. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN.

Única Instancia. Juzgado Trece (13) Civil Municipal de Cartagena.

14.- El Juzgado Trece (13) Civil Municipal de Cartagena, mediante sentencia proferida el día veinte (20) de febrero de dos mil nueve (2009) negó el amparo a los derechos fundamentales de las señoras Alicia Daidamina Reynel Ramos e Hilda de Ávila Batista y sus hijos que están por nacer por considerar que en el caso sub examine no se demostró la existencia de una relación directa de causalidad entre el estado de embarazo de las accionantes y la no renovación de los contratos de docencia por parte de Servincar Temporal Ltda.

De igual manera sostuvo que, al no haber suficiente material probatorio que justifique la procedencia excepcional del amparo a través de la acción de tutela, es necesario que el debate jurídico planteado se adelante ante la justicia laboral ordinaria para que sea ella quien determine si la empresa Servincar Temporal Ltda en liquidación obró o no conforme a derecho.

Por último sostuvo que, “se encuentra plenamente demostrado que las señoras ALICIA DAIDAMINA REYNEL RAMOS e HILDA DE ÁVILA BATISTA no comunicó su estado de gravidez (sic), cuando aún estaba vigente la relación laboral y, por lo tanto, la única causa de terminación del contrato fue el cumplimiento del plazo señalado (...)”²⁸

Revisión por la Corte Constitucional.

Remitido el expediente a esta Corporación, la Sala de Selección Número Cuatro (4), mediante Auto del veintitrés (23) de abril de dos mil nueve (2009) dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1.- Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

Presentación del caso y problemas jurídicos objeto de estudio

2.- Las señoras Alicia Daidamina Reynel Ramos e Hilda de Ávila Batista interpusieron acción de tutela por considerar que sus derechos fundamentales a la vida, salud y seguridad social así como el de sus hijos que están por nacer han sido vulnerados por parte de la empresa Servincar Temporal Ltda en liquidación al haber interrumpido el pago de los aportes en salud a las respectivas Entidades Promotoras de Salud a las que se encuentran afiliadas una vez llegado el plazo de terminación de la labor u obra para la cual fueron contratadas, a sabiendas de su estado de gravidez.

Por tal razón, solicitan se ordene a la empresa Servincar Temporal Ltda. en liquidación otorgarles la protección especial a la mujer embarazada y en ese sentido, continuar con el pago de los aportes en salud para garantizar el derecho a la salud, a la seguridad social a la vida de ellas y de sus hijos que están por nacer.

Por su parte, Servincar Temporal Ltda. en liquidación alegó que, por tratarse de una empresa de servicios temporales, las condiciones de contratación fueron determinadas por la Institución Educativa Comfenalco (empresa beneficiaria o usuaria) y su

actuación se limitó a cumplir con lo pactado en el negocio comercial celebrado, esto es dar por terminado los contratos con las accionantes en la fecha estipulada en el acuerdo de voluntades (diciembre 12 de 2008) y dejar de cancelar los aportes en salud al treinta y uno (31) de diciembre de dos mil ocho (2008) tal como se había acordado.

A su vez, la Institución Educativa Comfenalco manifestó que en el año dos mil ocho (2008) a través de la empresa Servincar Temporal Ltda. en liquidación, contrató ciento un (101) docentes, incluyendo las accionantes, para desarrollar el proyecto UPA (unidad de apoyo pedagógico) el cual tuvo inicio en el mes de agosto de dos mil ocho (2008) hasta el doce (12) de diciembre del mismo año; acuerdo frente al cual los ciento un (101) docentes contratados, incluyendo las tutelantes, conocían la actividad a desarrollar y el término de duración del mismo.

Vinculadas las Entidades Promotoras de Salud Coomeva EPS y SaludCoop EPS al trámite de tutela por parte del Juzgado Trece (13) Civil Municipal de Cartagena, Coomeva EPS manifestó que la señora Hilda de Ávila Batista se encuentra afiliada en calidad de cotizante al Sistema General de Seguridad Social en Salud por parte de Servincar Temporal Ltda. en liquidación, sin reportar novedad alguna pero con una mora en el pago de los aportes desde el mes de enero de dos mil nueve (2009). Por su parte, SaludCoop EPS, vencido el término de contestación, guardó silencio sobre los hechos y pretensiones relacionados en el escrito de tutela.

El Juzgado Trece (13) Civil Municipal de Cartagena, mediante sentencia proferida el día veinte (20) de febrero de dos mil nueve (2009) negó el amparo a los derechos fundamentales de las señoras Alicia Daidamina Reynel Ramos e Hilda de Ávila Batista y de sus hijos que están por nacer al considerar que en el caso sub examine no hay suficientes elementos probatorios que demuestren una relación de causalidad directa entre la no renovación de los contratos de prestación de servicios y el estado de embarazo de las accionadas.

Adicionalmente juzgó que, al no haber material probatorio que aclare ese hecho, es a la justicia laboral ordinaria la encargada de definir si los despidos fueron o no injustos pues, prima facie se observa que las relaciones laborales se terminaron a la llegada del plazo

estipulado por el empleador. Además, las accionantes no informaron su estado de gravidez.

3.- Con fundamento en lo expuesto, la Sala debe entrar a determinar si, la empresa Servincar Temporal Ltda. en liquidación desconoce los derechos fundamentales a la vida, salud y seguridad social de las señoras Alicia Daidamina Reynel Ramos e Hilda de Ávila Batista y sus hijos que están por nacer al interrumpir el pago en los aportes en salud al Sistema General de Seguridad Social en Salud y no reconocerles la licencia de maternidad.

Para resolver la cuestión planteada estima la Sala importante reiterar su jurisprudencia sobre: (i) el fuero de maternidad, (ii) la protección de la maternidad por parte de las empresas temporales que mantienen vinculación por medio de contratos de trabajo a término fijo y, (iii) analizar el caso concreto.

El fuero de maternidad. Reiteración de Jurisprudencia.

Así las cosas, la Constitución Política de 1991 dispone en su artículo 43 que “La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviera desempleada o desamparada. (..)”; precepto que, debe ser interpretado armónicamente con lo dispuesto por los artículos 13, 53 y 95 superiores, a cuyas voces, es deber del Estado y de los particulares “proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta”, proporcionar una “protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor edad” y actuar conforme “al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas.”.

De igual manera, por expresa disposición del artículo 93 constitucional “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por

Colombia.”. De ahí que, diferentes instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos reconozcan la condición especial de la maternidad y le confieran un amplio margen de resguardo a las mujeres en embarazo y a la población recién nacida.³⁰

Por su parte, la legislación laboral colombiana (C.S.T.) en su artículo 239³¹ proscribía el despido de la mujer en embarazo y consagra la presunción legal según la cual, el despido de la mujer realizado dentro del periodo gestacional o dentro de los tres (3) meses posteriores al parto, sin autorización del inspector de trabajo, es por causa de su estado de gravidez caso en el cual, 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, al pago de las doce (12) semanas de descanso remunerado de que trata este capítulo, si no lo ha tomado” (inciso 2º, artículo 239 del C.S.T, subrogado por la Ley 50 de 1990, artículo 35).

A su vez, el artículo 240 del Código Sustantivo del Trabajo señala que, para poder despedir a la trabajadora durante el periodo del embarazo o dentro de los tres (3) meses posteriores a él, es necesario que el empleador cuente con la autorización del inspector de trabajo para que el mismo no se encuadre dentro de los llamados “despidos injustos”.

La Corte Constitucional, en su afán de amparar los derechos fundamentales de todos los ciudadanos y de fijar los alcances de la normatividad colombiana a la luz de la Constitución Política de 1991, ha considerado que dichos preceptos constitucionales y legales consagran el llamado “fuero de maternidad”³² que se concreta en una especial protección a la mujer en estado de embarazo y al niño que está por nacer y, se materializa en una estabilidad laboral reforzada objetiva de la trabajadora en su sitio de trabajo, claro está teniendo en cuenta la modalidad contractual utilizada, la naturaleza de la labor requerida y el fin para el cual se hace uso del contrato laboral empleado.

En efecto, para esta Corte es relevante determinar en cada caso concreto, las circunstancias de hecho que rodearon el despido de la mujer gestante para establecer el tipo de protección que se le debe otorgar a ella y al niño que está por nacer. En tal virtud, aunque esta Corporación en sentencia T-095 de 2008³³

dispuso que, el fuero de maternidad implicaba una protección objetiva de la mujer en estado de gravidez independientemente de que hubiese celebrado un contrato de trabajo a término indefinido o a término o por labor u obra contratada, lo cierto es que dicha protección objetiva continúa incólume en el sentido de no exigírsele a la trabajadora la prueba de la notificación al empleador del estado de embarazo y de que el despido haya sido por causa o con ocasión de su estado, pero con la limitante de establecer en cada caso particular la modalidad contractual utilizada, la naturaleza de la labor contratada y el desarrollo de la relación laboral para determinar si el empleador hizo uso del contrato laboral empleado con el fin de evadir los deberes que le son propios con las mujeres en estado de embarazo.³⁴

De este modo, una vez esclarecida la modalidad contractual utilizada, la naturaleza de la labor contratada, el desarrollo de la relación contractual y las circunstancias fácticas que rodearon el despido, se establece el tipo de protección que se le debe otorgar a la mujer gestante, esto es la aplicación del fuero de maternidad (con la sanción impuesta por el numeral 2° del artículo 239 del C.S.T) o, el reconocimiento de la licencia de maternidad en los términos del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo.

Dicho de otra manera, para esta Corte es importante tener en cuenta los móviles, causas o motivos que llevaron al empleador a utilizar la modalidad contractual para vincular a la trabajadora con la empresa, a fin de determinar la protección a otorgar, pues si, una vez analizadas las circunstancias de hecho, se constata que el empleador hizo uso de una determinada modalidad contractual para evadir las responsabilidades que le son propias, procede la aplicación de la estabilidad laboral reforzada pero si, por el contrario, se observa que se valió adecuadamente del contrato de trabajo sin el propósito de desconocer los deberes que la ley le impone, es propio reconocer el pago de la licencia de maternidad.

Así por ejemplo, las circunstancias de hecho que motivaron la decisión tomada por la Sala Octava de Revisión, en la Sentencia T-095 de 2008, fueron que la accionada (Sociedad Hoteles Avenida El Dorado): (i) vinculó a la accionante por un contrato a término de ciento ochenta y cuatro (184) días para desempeñarse como auxiliar de lavandería (ii) prorrogó en tres (3) oportunidades dicho contrato, (iii) desconoció la última prórroga que, de acuerdo con lo estipulado comprendía un periodo de ciento treinta y

cinco (135) días, entre el primero (1) de febrero al quince (15) de junio de dos mil siete (2007) y, (iv) despidió a la accionante antes del vencimiento del término (11 de mayo de 2007) negándole la posibilidad de prórroga.

De la lectura de dichos elementos fácticos, no es difícil concluir que la accionada - empleador- se valió de la modalidad del contrato a término fijo para no cumplir con las obligaciones que le son propias y evitar el pago de las prestaciones sociales que por ley le correspondían cancelar en el evento en que su trabajadora quedara en embarazo.

5.- Ahora bien, como quiera que la protección otorgada a la mujer gestante es objetiva, esto es exonerando de la carga de la prueba a la mujer gestante de haber notificado al empleador de su estado y de demostrar que el despido se dio por causa o con ocasión del embarazo, la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado que, no con ello se quiere desconocer el derecho que le asiste al empleador de terminar la relación laboral con la mujer en estado de gravidez. Por tal razón, ha señalado que en dichos eventos, independientemente del tipo de vinculación laboral que se tenga, en aplicación del artículo 240 del Código Sustantivo del Trabajo, le asiste el deber al empleador de acudir al Inspector de Trabajo, para que luego de un proceso en el que se escuche a la trabajadora y se practiquen y aporten las pruebas pertinentes, se autorice o, dado el caso, se niegue el despido de la mujer en embarazo, sin perjuicio de los supuestos de hecho que la legislación laboral colombiana consagra como “justas causas” para terminar el contrato de trabajo. (artículo 62 del C.S.T).

Por consiguiente, basta con que el despido de la trabajadora en estado de embarazo se haya producido durante el periodo gestacional o dentro del tiempo de lactancia (3 meses) y sin la debida autorización del Inspector de Trabajo, para que el juez de tutela proceda a estudiar las circunstancias fácticas que rodearon el despido, la modalidad contractual utilizada, la naturaleza de la labor contratada y el desarrollo de la relación contractual y determine si el patrono hizo un uso indiscriminado de la modalidad del contrato para desconocer las obligaciones que le son propias y, de esa forma, evadir su responsabilidad en el pago y reconocimiento de las prestaciones sociales de la mujer embarazada o, por el contrario utilizó la modalidad contractual adecuada conforme a los objetivos que se pretenden satisfacer con la relación laboral y sin la intención de

desconocer los deberes que le son propios. En el primer evento, el juzgador debe ordenar el reintegro de la trabajadora con la cancelación de todas las prestaciones sociales y económicas señaladas en el inciso 2º del artículo 239 del Código Sustantivo el Trabajo, en aplicación de los artículos 13, 43, 53 y 95 constitucionales, mientras que en el segundo, debe proceder a reconocer la licencia de maternidad conforme los parámetros trazados por el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo.

La protección de la maternidad por parte de las empresas temporales que mantienen vinculación por medio de contratos de trabajo a término fijo. Reiteración de Jurisprudencia.

6.- Como quedó expuesto en líneas anteriores, la protección constitucional a la mujer trabajadora en estado de embarazo es objetiva, de allí que sea un deber constitucional por parte de todos los empleadores, independientemente del tipo de empresa que tengan o la modalidad de contratación con las que las vinculen, proteger a la mujer gestante durante el periodo de embarazo y de lactancia, sin perjuicio de que puedan desvincularlas con la debida autorización por parte del Inspector de Trabajo.

Pues bien, las empresas temporales que contratan bajo la modalidad de “a término” o “por labor u obra contratada” no son la excepción a esa regla general. Así lo juzgó esta Corporación, en sentencia T-472 de 2002 en la que señaló: “la Corte siempre ha protegido los derechos de los trabajadores, sin especificar el tipo de contrato que se tenga con el empleador, con el fin de garantizar la estabilidad laboral. Hay casos en los cuales, de igual manera debe existir protección constitucional, como en las empresas de servicios temporales”

7.- Las empresas de servicios temporales son definidas por el artículo 71 de la Ley 50 de 1990 de la siguiente manera:

“Es empresa de servicios temporales aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene respecto de éstas el carácter de empleador.”

Por su parte, el artículo 74 de la misma ley dispone:

“Los trabajadores vinculados a las empresas de servicios temporales son de dos (2) categoría (sic): Trabajadores de planta y trabajadores en misión.

Los trabajadores de planta son los que desarrollan su actividad en las dependencias propias de las empresas de servicios temporales.

Trabajadores en misión son aquellos que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por éstos.”

De igual forma señala, el artículo 75 de dicha ley que a los trabajadores en misión se les “aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas del régimen laboral” y dispone, en su artículo 78, que: “La empresa de servicios temporales es responsable de la salud ocupacional de los trabajadores en misión, en los términos de las leyes que rigen la materia para los trabajadores permanentes. (...)”

De la lectura de los anteriores preceptos se concluye que, (i) las empresas de servicios temporales son verdaderos empleadores respecto de los trabajadores en misión al haber una verdadera subordinación por parte de éstos³⁵, (ii) su funcionamiento consiste en tener una “planta de trabajadores en misión” los cuales son colocados al servicio de la empresa o empresas usuarias o beneficiarias y, posteriormente, reubicados una vez se termina el contrato con éstas para prestar, nuevamente, un servicio a otras empresas usuarias que así lo requieran, (iii) a los trabajadores en misión se les aplica el Código Sustantivo de Trabajo y demás normas del régimen laboral y, (iv) las empresa de servicios temporales son responsables de la salud ocupacional de los trabajadores en misión en los términos señalados en la Ley 100 de 1993 y demás decretos reglamentarios.

8.- Por consiguiente, y en relación con las mujeres en embarazo que tengan una vinculación con las empresas de servicios temporales, es claro que éstas deben respetar el “fuero de maternidad” y en ese sentido, proceder conforme los lineamientos trazados por la Constitución, el artículo 239 y el artículo 240 del Código Sustantivo de Trabajo y la jurisprudencia de esta Corporación, para terminar el contrato de trabajo celebrado con ellas. De lo contrario, es deber del juez de tutela estudiar los supuestos de hecho que rodearon el despido, teniendo en cuenta la naturaleza de la labor para la

cual fueron contratados los trabajadores en misión y el desarrollo de la relación laboral para determinar el tipo de amparo que debe otorgar. En ese sentido, si el juez de tutela constata que la empresa de servicio temporal hizo uso de la modalidad contractual utilizada para desconocer las obligaciones que le son propias con la mujer embarazada, debe aplicar el “fuero de maternidad” y de suyo ordenar el reintegro de la trabajadora con las sanciones impuestas por el numeral 2° del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo. Por el contrario, si verifica que la modalidad contractual de la cual se valió para vincular a la mujer gestante fue con el objetivo de cumplir con la labor para la cual la empresa beneficiaria acudió a la empresa de servicios temporales, es decir, hizo un uso adecuado del contrato de trabajo, debe proceder a otorgar la licencia de maternidad, en los términos del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo.

Así por ejemplo, la Sala Segunda de Revisión de esta Corporación, mediante Sentencia T-472 de 2002, al conocer, estudiar y resolver el caso de una trabajadora que había celebrado, inicialmente, un contrato de trabajo a término por tres (3) meses con la empresa de servicios temporales Extras S.A. y posteriormente renovado por otros meses más, lapso en el cual quedó en embarazo; hecho que, al haber sido puesto en conocimiento de la empresa Extras S.A. produjo la terminación de su contrato de trabajo sin posibilidad alguna de prórroga, dispuso:

“En este caso, dada la gravedad del desconocimiento de las obligaciones patronales referentes a la seguridad social, la estabilidad reforzada de la mujer embarazada y el pago oportuno de salarios y prestaciones, esta Sala considera procedente no sólo proveer por el reintegro laboral sino que también dispondrá que se le resarza el perjuicio económico que sufrió por la conducta de las empresas en cuestión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 239 del Código Sustantivo de Trabajo, subrogado por el 35 de la ley 50 de 1990 y las sentencias T- (T-874-99, MP. José Gregorio Hernández Galindo) (T-764-00 MP. Alejandro Martínez Caballero).”

Y resolvió:

“Primero: REVOCAR el fallo proferido el once (11) de marzo de dos mil dos (2002), por el Tribunal Superior de Medellín Sala de Familia, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Sirley Patricia Vega Durango contra la empresa Extras S.A. sucursal Medellín,

por las razones expuestas en la parte motiva de este fallo.

Segundo: En consecuencia, se CONCEDE la acción de tutela interpuesta por la actora para la protección de su derecho a la seguridad social y a la estabilidad en el empleo reforzada como mujer embarazada, para cuya efectividad se ordena al gerente o representante legal de la empresa Extras S.A. con sucursal en Medellín, que en el término de cuarenta y ocho horas (48) horas, siguientes a la notificación del presente fallo, sino lo ha hecho, la reintegre en el cargo que venía desempeñando o en una labor equivalente o superior y en las mismas o mejores condiciones laborales que tenía antes de la terminación del contrato celebrado con dicha empresa como empleadora de acuerdo con la ley, sin que exista solución de continuidad entre la fecha en que se terminó unilateralmente el contrato de trabajo y la fecha del reintegro.

Tercero: De la misma manera se ordena a la empresa Extras S.A. que en el término de 48 horas, si todavía no lo ha hecho, afilie al régimen de seguridad social a la actora Sirley Patricia Vega para los fines pertinentes.

Cuarto: Las prestaciones médicas, asistenciales y económicas a que la trabajadora tenía derecho como mujer embarazada, serán asumidas por el empleador en caso de que, como consecuencia del despido no lo hayan sido por una entidad de seguridad social.”

Del caso en concreto.

9.-Con base en las consideraciones anteriores, entra la Sala a determinar si procede el amparo a los derechos fundamentales a la vida, salud y seguridad social de las señoras Alicia Daidamina Reynel Ramos e Hilda de Ávila Batista y de sus hijos que están por nacer, al haber sido desvinculadas de la empresa de servicios temporales Servincar Temporal Ltda. en liquidación, estando en estado de gravidez, dejándolas desprotegidas y desprovistas de todo servicio de salud para atender su embarazo, el parto y su periodo de lactancia.

10.- Sea lo primero precisar que, a la luz de los artículos 74, 75 y 78 de la Ley 50 de 1990 y la jurisprudencia de esta Corporación: (i) la empresa Servincar Temporal Ltda en liquidación es el (verdadero) empleador de las señoras Alicia Daidamina Reynel Ramos e Hilda de Ávila Batista pues existía una subordinación³⁶ respecto de éstas frente a

aquella³⁷ y (ii) a las trabajadoras “en misión” Alicia Daidamina Reynel Ramos e Hilda de Ávila Batista le son aplicables las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo y la Ley 100 de 1993.

11.- Sobre el primer punto, esta Sala constata que entre la empresa Servincar Temporal Ltda. en liquidación y las accionantes existió un contrato de trabajo a término fijo por seis (6) meses o por la duración de la obra o labor contratada³⁸. Así, la determinación de la existencia del contrato laboral que permite concluir que la empresa Servincar Temporal Ltda en liquidación tiene la categoría jurídica de empleador, se basa en el criterio jurisprudencial según el cual en los contratos que suscriben este tipo de empresas con personas naturales se presenta el fenómeno de la subordinación; lo cual basta para que la mencionada empresa adquiera deberes propios del empleador.³⁹

De igual forma, se evidencia que las trabajadoras fueron contratadas por Servincar Temporal Ltda, junto con noventa y nueve (99) docentes más (para completar un total de 101 docentes), para desempeñar sus labores en la Institución Educativa Comfenalco Cartagena para desarrollar el proyecto “UPA” (unidades de apoyo pedagógico) hasta el doce (12) de diciembre de dos mil ocho (2008) tal como, fue acordado, desde un inicio, por la Institución Educativa Comfenalco al momento de solicitar los servicios de Servincar Temporal Ltda.⁴⁰

En igual sentido, esta Sala corroboró que durante la ejecución del contrato de trabajo, las señoras Alicia Daidamina Reynel Ramos e Hilda de Ávila Batista se encontraban en estado de embarazo, la primera desde octubre cuatro (4) de dos mil ocho (2008)⁴¹ y la segunda desde el treinta y uno (31) de julio del mismo año⁴², aclarando que esta última ingresó a desempeñar sus labores en la Institución Educativa Comfenalco de Cartagena el dos (2) de julio de dos mil ocho (2008)⁴³ y aquélla desde el diecinueve (19) de agosto de la misma anualidad⁴⁴. También, se verificó que la empresa Servincar Temporal Ltda en liquidación pagó los aportes en salud a las respectivas Entidades Promotoras de Salud hasta el treinta (30) de diciembre de dos mil ocho (2008).⁴⁵

Sobre el segundo punto y conforme los lineamientos trazados en la parte motiva de

esta sentencia, la Sala Octava de Revisión considera que respecto de las señoras Alicia Daidamina Reynel Ramos e Hilda de Ávila Batista no es aplicable el “fuero de maternidad” y en ese sentido no procede ordenar el reintegro de las accionantes a la empresa de servicios temporales Servincar Temporal Ltda en liquidación pues, del análisis de (i) la modalidad contractual utilizada por Servincar Temporal Ltda en liquidación para vincular a las accionantes al desarrollo del proyecto “UPA” por parte de Comfenalco Cartagena, (ii) la especificidad de la labor para la cual fueron contratadas, (iii) el desarrollo de las respectivas relaciones contractuales y, (iv) las circunstancias de hecho que rodearon la culminación del contrato, como son el haber terminado la labor o obra para la cual fueron contratadas (el desarrollo del proyecto “UPA”), el empleador haber cancelado los aportes en salud en las respectivas Entidades Promotoras de Salud hasta diciembre treinta (30) de dos mil ocho (2008) y, el interés por parte de la empresa Servincar Temporal Ltda en liquidación en resolver la situación de las accionantes, tal como se observa en los diferentes correos electrónicos enviados por el Gerente Liquidador de la accionada⁴⁶, se concluye que la empresa de servicios temporales Servincar Temporal Ltda en liquidación hizo uso de la modalidad contractual adecuada para vincular a las accionantes al desarrollo del proyecto “UPA” por parte de Comfenalco Cartagena. En ese sentido, no se vislumbra que, Sevincar Temporal Ltda en liquidación hubiese querido, a través de esa modalidad contractual empleada (contrato a término de seis meses) desconocer los deberes que le son propios como empleador frente a sus trabajadoras embarazadas.

Sin embargo, la empresa Servincar Temporal Ltda. en liquidación no cumplió con lo presupuestado por el artículo 240 del Código Sustantivo del Trabajo y en ese sentido, desconoció la Constitución y la prohibición establecida en el artículo 239 de la ley laboral; razón por la que, procede mediante el mecanismo de tutela aplicar la protección objetiva a la mujer gestante y en esa medida, otorgar el reconocimiento y pago por parte de Servincar Temporal Ltda en liquidación de los aportes en salud que debieron cancelarse durante todo el periodo de gestación de las señoras Alicia Daidamina Reynel Ramos e Hilda de Ávila Batista para garantizarles su derecho a la licencia de maternidad.

Recuérdese que, la jurisprudencia de esta Corte ha precisado que la protección otorgada a las mujeres en estado de gravidez es objetiva es decir, con independencia de si la mujer gestante le notificó al empleador de tal hecho durante la ejecución de tal y, de si el despido fue “por causa o con ocasión” del estado de embarazo de la trabajadora.

Por tales razones, lo único que es necesario para que proceda la aplicación ya sea del “fuero de maternidad” o de la “licencia de maternidad” es que, el despido de la trabajadora se haya dado durante el embarazo o dentro del periodo de lactancia sin la debida autorización del Inspector de Trabajo, teniendo en cuenta claro está (i) la modalidad contractual utilizada por el empleador (ii) la naturaleza de la labor para la cual fue vinculada, (iii) el desarrollo de la relación laboral y, (iv) los supuestos fácticos que rodearon el despido; todo ello, para determinar si el empleador quiso a través del tipo de vinculación utilizada desconocer las obligaciones propias con la mujer en estado de gravidez. De ello depende que, la orden del juez de tutela esté encaminada a aplicar el “fuero de maternidad” y de suyo la estabilidad laboral reforzada o el reconocimiento de la licencia de maternidad.

Ahora bien, ha señalado la Corte que este tipo de controversias deben solucionarse prima facie ante la jurisdicción ordinaria o ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, según sea del caso, pues estas constituyen la vía prevista por el ordenamiento jurídico colombiano para conocer y decidir tales controversias. Sin embargo, cuando se trata de situaciones excepcionales en las que se presenta el desconocimiento de derechos constitucionales fundamentales hasta llegarse al punto de causar un perjuicio irremediable, la protección puede concederse acudiendo a la acción de tutela.

En el asunto bajo estudio, encuentra la Sala de Revisión que la entidad Servincar Temporal Ltda en liquidación al abstenerse de conferir la protección a los derechos fundamentales de las accionantes, también, desconoció el derecho al mínimo vital que les asiste llegando a causarles tanto a ellas como a sus hijos que están por nacer un perjuicio irremediable.

La Corte ha dicho en repetidas oportunidades y más recientemente en la sentencia T-1038 de 2006 que la noción de mínimo vital ha de determinarse en concordancia con cada caso concreto y su garantía comprende dos aspectos principales:

“En primer término, [e]l concepto de mínimo vital (...) no puede ser restringido a la simple subsistencia biológica del ser humano, pues es lógico pretender la satisfacción de las aspiraciones, necesidades y obligaciones propias del demandante y su grupo familiar.

Como desarrollo de lo anterior, la Corte ha explicado que el mínimo vital no equivale al salario mínimo, sino que depende de una valoración cualitativa (...), atendiendo las condiciones especiales en cada caso concreto.' Y, en segundo lugar, la Corte ha considerado que la vulneración del derecho al mínimo vital se protege mediante la acción de amparo, para evitar que la persona '...sufra una situación crítica económica (...). Con esta referencia se pretende dejar intacta la competencia de la jurisdicción laboral ordinaria, cuando no se trate de situaciones injustificadas, inminentes y graves que hacen urgente la intervención del juez de amparo.' '47

Los puntos de referencia anteriores, es decir, el contenido del mínimo vital con un alcance mayor al de la mera posibilidad de subsistencia biológica y la procedencia de su protección por vía de tutela en situaciones urgentes, sugieren que el contenido del derecho al mínimo vital aparece como el punto de equilibrio entre estos dos criterios. Si bien el mencionado contenido del derecho al mínimo vital varía según la situación de quien alega su vulneración o amenaza, esto no puede derivar en el absurdo que toda reclamación jurídica de carácter económico, implique la vulneración de este derecho, so pretexto de que lo básico mínimo es contingente según cada situación particular.

Por el contrario el límite a ello se encuentra en que no todas las necesidades resultan constitucionalmente básicas y urgentes; sino sólo aquellas cuya satisfacción implique la protección inmediata de otros derechos fundamentales. Contrario sensu, la característica de dichas necesidades es que la consecuencia de su no satisfacción implica la vulneración de otros derechos fundamentales. De otro modo, no es posible que un debate jurídico sobre los ingresos económicos de ciudadanos(as), respecto de las necesidades que dichos ingresos pretenden cubrir, resulte constitucionalmente relevante, luego discutible en sede de tutela.

De hecho, la estructura del derecho al mínimo vital implica per se la consideración de otros derechos fundamentales. Aquéllos que conforman la subsistencia digna de las personas, v.gr alimentación, salud, vivienda, entre otros."

En tal virtud y por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia, esta Sala revocará el fallo dictado en única instancia, por el Juzgado Trece (13) Civil Municipal de Cartagena, el día veinte (20) de febrero de dos mil nueve (2009) y en su defecto, concederá

el amparo a los derechos fundamentales a la vida, salud, mínimo vital y seguridad social de las señoras Alicia Daidamina Reynel Ramos e Hilda de Ávila Batista y sus hijos que están por nacer para lo cual, ordenará a la empresa Servincar Temporal en liquidación cancelar el pago de los aportes en salud a las respectivas Entidades Promotoras de Salud, esto es Coomeva EPS y SaludCoop EPS a fin de que se les reconozca la licencia de maternidad a la que tienen derecho conforme el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo.

IV. DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero: REVOCAR el fallo proferido en única instancia por el Juzgado Trece (13) Civil Municipal de Cartagena el día veinte (20) de febrero de dos mil nueve (2009) dentro de la acción de tutela instaurada por las señoras Alicia Daidamina Reynel Ramos e Hilda de Ávila Batista contra la empresa Servicios Industriales de Cartagena Temporal Ltda en liquidación -Servincar Ltda.- y en su defecto, CONCEDER el amparo a los derechos fundamentales a la salud, vida, mínimo vital y seguridad social de las accionantes y sus hijos que están por nacer.

Segundo: ORDENAR al Gerente Liquidador de la empresa Servicios Industriales de Cartagena Temporal Ltda en liquidación -Servincar Ltda en liquidación-, que en el término de tres (3) días, contado a partir de la notificación de la presente sentencia, cancele los aportes en salud que debieron cancelarse durante todo el periodo de gestación de las señoras Alicia Daidamina Reynel Ramos e Hilda de Ávila Batista a fin de que se les reconozca la licencia de maternidad en los términos del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo.

Tercero: ORDENAR a los Directores Regionales de Coomeva EPS y SaludCoop EPS que una vez hechas las cotizaciones correspondientes, reconozcan y paguen las respectivas licencias de maternidad a las señoras Alicia Daidamina Reynel Ramos e Hilda de Ávila Batista en los términos del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo.

Cuarto: LÍBRESE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

Ausente con permiso.

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Cuaderno 1, folio 5.

2 Cuaderno 1, folio 6.

3 Cuaderno 1, folios 7,8 y 9.

4 Cuaderno 1, folio 10 y 11.

5 Cuaderno 1, folio 12.

6 Cuaderno 1, folios 13 y 14.

7 Cuaderno 1, folio 15.

- 8 Cuaderno 1, folio 16.
- 9 Cuaderno 1, folio 44.
- 10 Cuaderno 1, folio 44.
- 11 Cuaderno 1, folio 44.
- 12 Cuaderno 1, folio 44.
- 13 Cuaderno 1, folio 45.
- 14 Cuaderno 1, folio 45.
- 15 Cuaderno 1, folios 49 y 50.
- 16 Cuaderno 1, folio 51.
- 17 Cuaderno 1, folio 52.
- 18 Cuaderno 1, folio 53.
- 19 Cuaderno 1, folio 42.
- 20 Cuaderno 1, folio 42.
- 21 Cuaderno 1, folio 42.
- 22 Cuaderno 1, folio 43.
- 23 Cuaderno 1, folio 20.
- 24 Cuaderno 1, folio 29.
- 25 Cuaderno 1, folios 30 y 31.
- 26 Cuaderno 1, folio 32.
- 28 Cuaderno 1, folio 61.

29 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-245 de 2007.

30 Así por ejemplo, en el Protocolo Facultativo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Protocolo de San Salvador” se dispuso que las licencias otorgadas a la mujer antes y luego del parto son prestaciones incluidas en el derechos constitucional fundamental a la seguridad social. De igual forma, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales les exige a los Estados miembros aportar información acerca de grupos de mujeres en estado de embarazo que no disfruten de una protección especial durante el periodo gestacional como después del parto.

31 Subrogado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1990.

32 Al respecto se señaló en Sentencia T-056 de 2007: “Por medio del “Fuero de Maternidad” se concreta la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo, lo que garantiza la realización efectiva del derecho de gozar de unos privilegios definidos por la normativa vigente, consistiendo en darle una estabilidad laboral desde el momento que se encuentra en estado de embarazo hasta tres meses posterior al nacimiento del menor, afiliación a salud y pago de la licencia de maternidad, prebendas que están sujetas a la verificación estricta del cumplimiento de unas condiciones que deben darse en cada caso concreto.”. Consúltese, Corte Constitucional, Sentencias T-145 de 2007, T-619 de 2006, T-254 de 2007 y T-095 de 2008..

33 Esta Corte en innumerables pronunciamientos consideró que para aplicar el fuero de maternidad y de allí la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo, era necesario que el juez constatará que, (i) el despido hubiese tenido lugar durante el periodo en el que está vigente el “fuero de maternidad” esto es durante el periodo gestacional o dentro del los tres (3) meses siguientes al parto, (ii) el empleador conociera del estado de embarazo de la trabajadora, (iii) el despido se hubiese generado por causa del estado de gravidez de la trabajadora, (iv) no se hubiera contado con la autorización del Inspector de Trabajo, si se trataba de una empleada oficial o privada, o resolución motivada por parte del jefe del respectivo organismo, si era el caso de una empleada pública³³ y, (v) el despido amenazara el mínimo vital de la actora y de su hijo.

Pues bien, mediante Sentencia T-095 de 2008, la Sala Octava de Revisión estimó que

“el requisito de conformidad con el cual para otorgar la protección a la mujer trabajadora en estado de gravidez resulta indispensable que el empleador conozca o deba conocer de la existencia del estado de gravidez de la trabajadora, no puede interpretarse de manera en exceso rígida. Estima la Sala que una interpretación demasiado restrictiva de 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.”.

Y ello, por cuanto que, 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. Puesto de otro modo: encuentra la Sala que conferir protección a la mujer únicamente cuando se ha comprobado que el despido fue discriminatorio esto es, que se despidió a la mujer en razón o por causa del embarazo, termina por restringir una protección que la Constitución confiere de manera positiva, en términos muy amplios, y cobija tanto a las mujeres gestantes como a los (as) recién nacidos (as).”

En ese orden de ideas, es claro que, a partir de dicho pronunciamiento constitucional, a la trabajadora no le corresponde probar el hecho de haber puesto en conocimiento del empleador su estado de gravidez durante el desarrollo del contrato de trabajo pues, es un supuesto de hecho de difícil verificación que va en detrimento de los postulados constitucionales, internacionales y legales que buscan la protección especial de la mujer gestante y del niño que está por nacer.

Ahora bien, el haber suprimido dicho requisito de suyo, también, terminó con aquél que imponía el deber de verificación por parte de la autoridad judicial de que “el despido se hubiese dado por causa o con ocasión del embarazo de la trabajadora” pues, al no exigirse la prueba del conocimiento por parte del empleador del estado de gravidez de la trabajadora pierde relevancia judicial el hecho de que el despido se hubiese dado por causa o con ocasión del embarazo.

En otras palabras, como la protección constitucional, legal y jurisprudencial otorgada a

la mujer gestante es meramente objetiva, lo único que verdaderamente adquiere importancia para el operador jurídico a fin de otorgar el “fuero de maternidad” y aplicar la estabilidad laboral reforzada es que el despido se haya dado durante el embarazo o dentro del periodo de lactancia sin la debida autorización del Inspector de Trabajo independientemente de (i) si se había notificado al empleador del estado de gravidez de la trabajadora y (ii) si el despido se hubiese dado por causa o con ocasión del estado de embarazo.

34 La jurisprudencia constitucional ha precisado el sentido y alcance del derecho a la maternidad señalando que el mismo contiene una configuración compleja en la que se realizan diversos preceptos constitucionales a saber: “de una parte, la protección a la mujer embarazada contenida en el artículo 43 y el mandato de amparo especial a la mujer en el terreno laboral, tal como lo dispone el artículo 53 - a las que se hizo mención en párrafos más arriba - ; de otra parte, la protección de las niñas y de los niños contenida en el artículo 44 superior; la protección general del derecho a la vida que se desprende del artículo 11 de la Constitución Nacional³⁴; el derecho al libre desarrollo de la personalidad contenido en el artículo 16 superior; el derecho al mínimo vital ligado al principio de dignidad humana (artículo 1º de la Constitución Nacional³⁴); el derecho a la seguridad social (artículo 48 superior)”. Sentencia T-095 de 2008.

35 Corte Constitucional. Sentencia T-472 de 2002.

36 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-472 de 2002.

37 Cuaderno 1, folios 10, 11, 13 y 14.

38 Ibid.

40 Cuaderno 1, folios 44, 45, 46 y 47.

41 Cuaderno 1, folio 16.

42 Cuaderno 1, folio 12.

43 Cuaderno 1, folio 10.

44 Cuaderno 1, folio 13.

45 Cuaderno 1, folios 45 y 29.

46 Cuaderno 1, folios 51, 52, 53, 54 y 55.

47 SU-995 de 1999, reiterada entre otras en la T-158 de 2006