

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER TRABAJADORA EMBARAZADA-Presupuestos para la procedencia de la acción de tutela

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, y el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede como mecanismo de protección de los derechos fundamentales (i) cuando no existen otros medios de defensa judicial del derecho; (ii) cuando existen tales medios, pero no son eficaces o idóneos para salvaguardar el interés iusfundamental, en atención a las circunstancias del caso concreto y las condiciones personales del peticionario; o (iii) cuando sea imprescindible la intervención del juez de tutela para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable en los derechos constitucionales.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA Y DURANTE EL PERIODO DE LACTANCIA-Reglas para la protección

La Corte ha señalado que la protección al derecho a la estabilidad reforzada de la mujer embarazada opera siempre que concurran los siguientes presupuestos: a) que el despido se ocasione durante el período amparado por el “fuero de maternidad”, esto es, que se produzca en la época del embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto; b) que a la fecha del despido el empleador tuviera conocimiento, o debiera conocer, del estado de gravidez; c) que el despido sea consecuencia del embarazo, es decir, que no esté directamente relacionado con una causal objetiva y relevante que lo justifique; d) que no medie autorización expresa del inspector del trabajo si se trata de trabajadora oficial o privada, o resolución motivada del jefe del respectivo organismo si se trata de empleada pública; y e) Que el despido amenace el mínimo vital de la actora o del niño que está por nacer”.

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA EN CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS-Reiteración de jurisprudencia

El derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, si bien fue concebido en un comienzo como un derecho propio de la relación laboral, constituye, en realidad, una protección a la mujer derivada del mandato de no discriminación, el derecho fundamental al mínimo vital y la especial protección a los menores (por nacer y recién nacidos). Los

fundamentos constitucionales recién mencionados, así como la realidad colombiana caracterizada por la dificultad de acceder a puestos estables de trabajo, llevaron a la Corporación a concluir que la protección se extiende a cualquier opción de vinculación o ejecución de tareas productivas por parte de mujeres embarazadas o lactantes. La protección derivada de la estabilidad laboral reforzada se extiende entonces, sin lugar a dudas, a los vínculos originados en contratos u órdenes de prestación de servicios, con independencia de la naturaleza jurídica del empleador.

MUJER EMBARAZADA EN CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS

PROTECCION LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA Y EN PERIODO DE LACTANCIA-

Orden al Ministerio de Defensa Nacional y a hospital para que efectúen el pago de las sumas dejadas de percibir por concepto de honorarios

Referencia: expedientes T-3411554 Y T-3413576 (acumulados)

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de julio dos mil doce (2012)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Adriana María Guillén Arango, María Victoria Calle Correa y Mauricio González Cuervo, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos, en primera instancia, por la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior de Bogotá, el diecinueve (19) de diciembre de dos mil once (2011), y en segunda instancia por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, el nueve (9) de febrero de dos mil doce (2012), dentro de la acción de tutela instaurada por Dalia Viviana Olarte Brijaldo contra el Ejército Nacional de Colombia y otro; y de los fallos proferidos, en primera instancia, por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Valledupar el diecinueve (19) de julio de dos mil once (2011), y en segunda instancia, por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar el quince (15) de

septiembre de dos mil once (2011), proferidos con ocasión de la acción de tutela instaurada por Icela Yojana Osorio Luquez contra el Hospital Eduardo Arredondo Daza ESE.

Los procesos de la referencia fueron seleccionados para revisión y acumulados entre sí por presentar unidad de materia, por la Sala de Selección Número Tres, mediante auto de marzo (29) de dos mil doce (2012).

I. ANTECEDENTES

Las peticionarias Dalia Viviana Olarte Brijaldo e Icela Yojana Osorio Luquez instauraron acción de tutela contra el Ejército Nacional de Colombia y contra el Hospital Eduardo Arredondo Daza respectivamente porque a su juicio dichas entidades vulneraron su derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, al no renovar el contrato de prestación de servicios por medio del cual estaban vinculadas a tales entidades públicas.

De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, las accionantes sustentan sus peticiones en los siguientes hechos.

Expediente T 3411554

1. Hechos

1.1. El 31 de enero de 2011, Dalia Viviana Olarte Brijaldo suscribió un contrato de prestación de servicios técnicos con el Ministerio de Defensa Nacional -Ejército Nacional-, Liceos del Ejército, cuyo objeto era el desarrollo de actividades de apoyo especializado en el área de matemáticas en el Colegio de Bachillerato “Patria” y respecto del cual se fijó un plazo de ejecución de once meses, esto es de enero a diciembre de dos mil once (2011).¹

1.2. El primero (1º) de noviembre de dos mil once (2011) la actora informó de manera verbal su estado de gravidez a la rectora del colegio donde prestaba sus servicios, hecho que a su juicio, motivó la no renovación de su contrato para el año siguiente, pues antes de dar aviso sobre su estado a la accionada, ya le habían solicitado allegar los documentos necesarios para renovar su contrato. Sin embargo, después de conocer esa situación, la entidad procedió a comunicarle que su contrato terminaría en diciembre.² Agregó que, de hecho, el contrato ya había sido prorrogado en una ocasión en el año dos mil diez (2010).

1.3. La demandante aduce que a pesar de que el contrato celebrado era de prestación de servicios, se cumplían en su ejecución los requisitos de subordinación y dependencia que hacen presumir la existencia de una relación laboral.

2. Solicitud de tutela

Dalia Viviana Olarte Brijaldo sostiene que la decisión del Ministerio de Defensa -Ejército Nacional- Liceos del Ejército vulnera sus derechos fundamentales y los de su hijo por nacer, al privárseles del sustento económico requerido para subsistir. Por lo anterior, solicita al juez de tutela ordenar al demandado (i) continuar con la relación laboral y (ii) reconocer las prestaciones sociales a que haya lugar.

3. Respuesta del Ministerio de Defensa- Ejército Nacional- Liceos del Ejército a la acción de tutela.

A través del Subdirector General de los Liceos del Ejército, la entidad accionada dio respuesta a la acción de tutela. En su escrito manifestó que, como ordenador del gasto, no le constaba el estado de gravidez de la accionante, ya que después de revisar la carpeta de sus documentos no encontró comunicación escrita que informara su estado, únicamente hay un certificado de incapacidad por seis (6) días expedido por la EPS Saludcoop.³ Sin embargo, en este no se hace mención a su estado de gestación. Por lo que explicó que su decisión de no contratarla para el año siguiente no fue motivada por su estado, sino porque ya se había vencido el plazo pactado para la ejecución del mismo. Argumentó también que en este caso no concurren los requisitos para aplicar la figura de la estabilidad laboral reforzada, comoquiera que no existió una relación laboral entre las partes. Por último, solicitó la declaratoria de improcedencia de la acción de tutela, aduciendo la existencia de otros mecanismos de defensa judicial efectivos para dirimir el conflicto.

4. Decisiones objeto de revisión

4.1. Primera instancia

El Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión Civil, mediante sentencia del diecinueve (19) de diciembre de dos mil once (2011) denegó el amparo solicitado. A su juicio, no se cumplen los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional para la procedencia del

amparo solicitado bajo la figura de la estabilidad laboral reforzada. Lo anterior, por cuanto al momento de interposición de la acción de tutela la relación entre la demandante y el Ejército Nacional continuaba vigente, aunado al hecho de que las circunstancias constitutivas de la acción de tutela son futuras e inciertas.

Impugnación

La demandante solicitó la revocatoria de la decisión de primera instancia y, en su lugar, pidió conceder el amparo deprecado. Argumentó que el Ejército Nacional de Colombia no le notificó la decisión de no prorrogar el contrato de acuerdo con el artículo 45 del Código Sustantivo de Trabajo. De hecho, le solicitaron los documentos para renovar su contrato hasta antes de informar su embarazo. Insistió en que la decisión del demandado fue motivada por su estado de gestación, hecho evidentemente contrario al ejercicio de sus derechos fundamentales.

4.2. Segunda instancia

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, mediante fallo del nueve (9) de febrero de dos mil doce (2012), confirmó la sentencia de primera instancia. Sostuvo la Corporación que, en tanto no hay pruebas de que la entidad tuviera conocimiento del estado de embarazo de la accionante y que como consecuencia de ello hubiese decidido no volver a contratarla. Por otra parte, adujo que tampoco hay prueba de la afectación al mínimo vital de la peticionaria y su hijo.

Expediente T-3413576

Hechos

1.1. El 27 de julio de 2010 Icela Johana Osorio Luquez suscribió contrato de prestación de servicios como auxiliar de enfermería con el Hospital Eduardo Arredondo Daza, para desarrollar acciones de prevención y promoción de salud infantil en determinadas zonas de la ciudad de Valledupar. Así mismo, se desempeñó en el área de vacunación, saneamiento ambiental y zoonosis.⁴

1.2. La accionante expone que informó al demandado mediante examen de embarazo y memorial que fue anexado a su hoja de vida, su estado de gestación.⁵ Sin embargo, el 27 de

enero de 2012 el Hospital Eduardo Arredondo Daza decidió dar por terminado su contrato. A su juicio, la terminación del contrato se dio por su estado de gravidez, sin que para ello mediara autorización del Inspector del Trabajo. Agrega que, si bien el contrato suscrito con la entidad se regía bajo la modalidad de prestación de servicios, las funciones propias del cargo, el horario, la remuneración y la subordinación, generaron entre las partes una verdadera relación laboral.

2. Solicitud de tutela

La decisión del Hospital Eduardo Arredondo Daza a juicio de la actora comporta la vulneración de sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada y la deja en estado de desamparo, al igual que su hijo que esta por nacer y su otra hija de 2 años de edad. Por lo anterior, solicita se decrete la nulidad de la terminación del contrato y en consecuencia su reintegro, así como el pago de 60 días de salario, de acuerdo al artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo.

3. Respuesta del Hospital Eduardo Arredondo Daza a la acción de tutela.

Dentro del término el Hospital Eduardo Arredondo Daza contestó la acción de tutela solicitando que se negara el amparo. Para sustentar su petición, indicó que el plazo pactado en el contrato de prestación de servicios era de 6 meses y que el hecho generador de la terminación del mismo fue el cumplimiento del mismo. Así mismo, aseguró desconocer el estado de embarazo de la actora al momento de la terminación del contrato. Por último, alegó que no se cumplen de los requisitos establecidos para dar aplicación a la figura de la estabilidad laboral reforzada.

4. Decisiones de instancia bajo revisión

4.1. Primera instancia

El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Valledupar, mediante fallo de nueve (9) de julio de dos mil once (2011) declaró improcedente la acción de tutela. Argumentó que no se cumplen los criterios establecidos por la jurisprudencia para dar aplicación a la figura de la estabilidad laboral reforzada. Lo anterior, por cuanto lo que motivó la terminación del contrato fue el vencimiento del plazo acordado por las partes y no el estado de embarazo de la trabajadora.

Adicionalmente, indicó que no estaba probada la afectación al mínimo vital de la actora, razón por la cual debía acudir a los mecanismos ordinarios de defensa judicial.

4.2 Impugnación

Inconforme con la decisión la accionante interpuso recurso de apelación. Sustentó que: (i) el cumplimiento del plazo pactado no justifica la terminación del contrato cuando subsisten las causas que llevaron a la celebración del mismo; (ii) la acción de tutela resulta procedente para lograr el reintegro de una trabajadora en estado de embarazo, cuando del análisis del caso se desprende que el mínimo vital de la madre y del hijo por nacer se encuentra gravemente amenazado (iii) la decisión del demandado no sólo vulnera sus derechos fundamentales, también desconoce los de su hijo recién nacido y su hija de 2 años de edad, al privarles de un ingreso mínimo que garantice su subsistencia en condiciones de dignidad.

4.3. Segunda instancia

En sentencia de septiembre quince (15) de dos mil once (2011), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar Sala Civil- Familia- Laboral, confirmó la decisión de primera instancia. Para llegar a dicha conclusión, el fallador de segunda instancia indicó que la razón que motivó la terminación del contrato de trabajo fue el vencimiento del plazo pactado y no el estado de gestación de la demandante. Además, afirmó que no existía certeza respecto de que el Hospital Eduardo Arredondo Daza tuviera conocimiento del estado de gravidez de la actora.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar el fallo de tutela proferido dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Presentación del caso y problema jurídico

2.1. De conformidad con las situaciones fácticas expuestas en el acápite de antecedentes se le atribuye a las entidades accionadas la presunta vulneración del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada de las peticionarias, al no renovar el contrato de prestación de servicios que habían suscrito, a pesar de su estado de embarazo. En ambas situaciones, las mujeres gestantes solicitaron a los jueces de tutela la protección de sus derechos derivados del denominado fuero de maternidad (art. 43 C.N.), esto es, el reconocimiento de la indemnización por despido injustificado, los aportes correspondientes a la seguridad social y el reintegro a los trabajos que venían desempeñando.

Frente a estas pretensiones, las entidades demandadas alegaron la improcedencia de la protección derivada del fuero de maternidad, comoquiera que, de un lado, la relación contractual que existía entre estas y las accionantes era de prestación de servicios y no laboral, y de otro, no conocían el estado de embarazo de las peticionarias.

Por su parte, los jueces de instancia denegaron las solicitudes de las tutelas impetradas alegando, en términos generales, que no se presentaron pruebas en los expedientes de que las actoras hubieran notificado a las accionadas de su estado de embarazo, ni de la afectación a su mínimo vital. Además, estimaron que las accionantes contaban con otro medio judicial de defensa.

2.2. Con fundamento en los hechos expuestos y en las decisiones proferidas por los jueces de instancia, le corresponde a esta Sala de Revisión determinar si ¿unas entidades públicas (Ejército Nacional de Colombia y el Hospital Eduardo Arredondo Daza) desconocieron el derecho al fuero de maternidad y la estabilidad laboral reforzada de sus contratistas (Dalia Viviana Olarte Brijaldo y de Icela Yojana Osorio Luquez) con las cuales suscribieron un contrato de prestación de servicios, al darlo por terminado, argumentando el vencimiento del plazo, a pesar de que estas se encontraban en estado de embarazo y sin que mediara autorización previa de la oficina del trabajo?

2.3. Antes de resolver el anterior interrogante la Sala analizara si las acciones de tutela de la referencia son procedentes y, de ser así, pasará a resolver el problema jurídico propuesto, haciendo referencia a (i) el fuero de maternidad derivado de la especial protección constitucional a las mujeres durante el embarazo y la lactancia, (ii) el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo cuando su vinculación es por medio de

un contrato de prestación de servicios y finalmente estudiará (iii) los casos concretos.

3. Procedibilidad de la acción de tutela para la protección de la estabilidad laboral reforzada de mujeres en estado de embarazo.

3.1. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, y el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede como mecanismo de protección de los derechos fundamentales (i) cuando no existen otros medios de defensa judicial del derecho; (ii) cuando existen tales medios, pero no son eficaces o idóneos para salvaguardar el interés iusfundamental, en atención a las circunstancias del caso concreto y las condiciones personales del peticionario; o (iii) cuando sea imprescindible la intervención del juez de tutela para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable en los derechos constitucionales.⁶

Pues bien, en relación a los casos en los que se invoca la protección a la estabilidad laboral reforzada, la Corte ha sostenido que resulta procedente la acción de tutela, debido a la estrecha relación que guardan estos asuntos con el principio constitucional de no discriminación, y con los mandatos superiores de protección de grupos vulnerables, como las mujeres en embarazo, trabajadores aforados y las personas con discapacidad, comoquiera que frente a la terminación del vínculo del cual derivan su sustento y, en muchas ocasiones el de su familia, quienes pertenecen a estos grupos no encuentran otro mecanismo que tenga el grado adecuado de eficacia para solicitar la defensa de sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, al mínimo vital y a la seguridad social.⁷

De esta forma, la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional ha señalado tanto por vía de control abstracto⁸ como en control concreto,⁹ que cuando lo que se reclama es la efectividad de la protección especial a la maternidad, procede la tutela como mecanismo judicial prevalente, pues tal protección está consagrada en el ordenamiento constitucional colombiano y en los instrumentos internacionales, en consideración de los derechos de las trabajadoras, la especial protección a la mujer, el principio de igualdad y los derechos del hijo por nacer; siendo primordial que durante el período del parto y post parto las necesidades de la madre y el recién nacido sean atendidas oportuna e integralmente.

3.2. En ese orden de ideas, la Sala considera que las acciones de tutela objeto de estudio son procedentes. En efecto, ambas peticionarias fueron desvinculadas de las entidades accionadas mientras estaban en embarazo y lo que pretenden es precisamente obtener la

protección especial derivada de la maternidad y el goce efectivo de sus derechos fundamentales al trabajo y al mínimo vital durante el periodo del parto y lactancia, con el fin de cubrir las necesidades básicas de sus hijos que están por nacer, el cual, de acuerdo con varios pronunciamientos de esta Corte, es un derecho fundamental cuya protección puede pedirse por medio de la acción de tutela.¹⁰

La Sala procederá entonces a resolver de fondo del problema jurídico propuesto de acuerdo al esquema planteado previamente en esta providencia.

4. Marco de protección a la mujer en estado de embarazo. Presupuestos jurisprudenciales para el amparo de la estabilidad laboral reforzada

4.1. La Constitución consagra una protección especial a favor de la mujer trabajadora gestante en los términos de los artículos 13, 43 y 53 superiores. Esta protección propende por la exclusión de cualquier forma de discriminación contra la mujer por razones de sexo y supone, de un lado la creación e implementación de acciones afirmativas por parte del Estado, y de otro la asistencia y protección a la mujer en estado de embarazo, durante el tiempo que éste dure y después del parto (Art. 43), lo que implica por supuesto, el deber del legislador de incluir como principio mínimo fundamental en el desarrollo normativo del derecho al trabajo, la estabilidad laboral y la protección a la mujer y a la maternidad en este campo. (Art. 53).

Este precepto constitucional impone al Estado el deber de garantizar (i) la protección de la vida en gestación, (ii) la asistencia necesaria a la mujer durante su embarazo, así como (iii) el goce efectivo de sus derechos fundamentales durante esta etapa, especialmente de su derecho al trabajo, del cual se deriva el sustento económico que le va a permitir cubrir sus necesidades y las de su hijo por nacer, o recién nacido.¹¹

4.2. Ahora bien, el Código Sustantivo del Trabajo dispone en su artículo 239 que ninguna mujer trabajadora puede ser desvinculada por motivo de embarazo o lactancia, y que se presume que ha sido despedida por estos motivos cuando la terminación unilateral de la relación por el empleador tiene lugar dentro del periodo de gestación, o los tres meses siguientes al parto, sin que medie autorización de la autoridad laboral competente; además, establece que la trabajadora despedida sin autorización tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a sesenta (60) días de salario, y doce (12) semanas de descanso

remunerado, sin perjuicio del reconocimiento de las prestaciones e indemnizaciones de ley, causadas durante la vigencia del contrato.

A su vez, el artículo 240 (ibídem) señala que el despido de una mujer gestante debe ser autorizado por el inspector de trabajo o el alcalde municipal, en los lugares en los que no exista inspector, después de oír a la trabajadora, y de constatar que la solicitud se hizo con fundamento en alguna de las causales consagradas en los artículos 6212 y 6313 del mismo Código, que le permiten al empleador dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo.

4.3. Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la protección a la mujer trabajadora gestante, a través del desarrollo constitucional y legal señalado, constituye una concreción de una garantía general denominada “fuero de maternidad”, que comprende la protección específica prevista en el ordenamiento jurídico en favor de la mujer embarazada, con un receso remunerado antes y después del parto, la prestación de los servicios médicos y hospitalarios, la licencia remunerada para la lactancia del recién nacido y la estabilidad laboral reforzada. Por medio de esta última se busca que el vínculo laboral entre trabajador y empleador no se rompa injustificadamente, y que tal hecho vulnere o amenace derechos fundamentales de los trabajadores y de sus familias, especialmente su derecho al mínimo vital.

Frente a este punto, la Corte ha señalado que la protección al derecho a la estabilidad reforzada de la mujer embarazada opera siempre que concurren los siguientes presupuestos: a) que el despido se ocasione durante el período amparado por el “fuero de maternidad”, esto es, que se produzca en la época del embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto; b) que a la fecha del despido el empleador tuviera conocimiento, o debiera conocer, del estado de gravidez; c) que el despido sea consecuencia del embarazo, es decir, que no esté directamente relacionado con una causal objetiva y relevante que lo justifique; d) que no medie autorización expresa del inspector del trabajo si se trata de trabajadora oficial o privada, o resolución motivada del jefe del respectivo organismo si se trata de empleada pública; y e) Que el despido amenace el mínimo vital de la actora o del niño que está por nacer.¹⁴

Ahora bien, frente al cumplimiento estricto de los requisitos mencionados esta Corporación a

partir de la sentencia T-095 de 2008¹⁵ ha sostenido que la exigencia de acreditar que el empleador conocía o debía conocer el estado de embarazo de la trabajadora no puede ser interpretada de manera rígida, sino que debe interpretarse en forma tal que proyecte la protección de los derechos fundamentales de la mujer en el mayor rango posible.

4.4. En la línea de esas consideraciones, la Sala Octava de Revisión sostuvo en el mencionado fallo que teniendo en cuenta la desigualdad entre las partes de la relación laboral, en determinados supuestos (por ejemplo, cuando el empleador se rehúsa a recibir una carta de aviso del embarazo) puede resultar muy difícil para la afectada acreditar la ocurrencia de la actitud discriminatoria. Precisamente, la Sala señaló que por esta vía se puede vaciar el contenido de la protección que el Legislador estableció en el marco del derecho del trabajo a favor de dos grupos de especial protección constitucional como la mujer gestante y los menores por nacer o recién nacidos. Esta posición ha sido interpretada en la jurisprudencia como: (i) una consecuencia de la protección que objetivamente ampara a la mujer gestante en el ámbito laboral o (ii) una inversión de la carga de la prueba destinada a ampliar el alcance de la protección a la estabilidad laboral de las mujeres en estado de embarazo.

4.5. Por esa razón, esta Sala de Revisión considera que si bien no son exigibles pruebas formales sobre la notificación de el estado de embarazo por parte de la trabajadora al empleador, sí debe desprenderse de todos los indicios y pruebas relevantes que obren en el expediente que el empleador conocía o debía conocer el estado de embarazo para que la tutela prospere, aspecto que deberá ser analizado en el marco de los casos concretos.

5. Protección a la estabilidad laboral reforzada cuando la vinculación se produce a través de contrato de prestación de servicios con una entidad pública o privada. Reiteración de jurisprudencia y solución de los casos concretos.

5.1. Esta Corporación ha señalado que tanto el fuero de maternidad como el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada constituyen mandatos directamente derivados de las normas constitucionales. En consecuencia, la especial protección de la que goza la mujer gestante en el ámbito laboral, debe extenderse a cualquier escenario relacionado con el desempeño de labores productivas, destinadas a asegurar la manutención de la mujer y de

su familia, sin importar la naturaleza del vínculo.

En razón a ello, la jurisprudencia constitucional ha concedido el amparo del derecho a la estabilidad laboral reforzada de mujeres que fueron contratadas laboralmente por término fijo, por obra o labor, así como los derechos de mujeres que prestaban servicios por intermedio de una cooperativa de trabajo asociado o a través de contratos de prestación de servicios, bien sea de carácter civil¹⁶ o administrativo, y que fueron desvinculadas en estado de embarazo.

Particularmente respecto de la vinculación por medio de contratos estatales de prestación de servicios, esta Corte ha reconocido que, de acuerdo a naturaleza del contrato, las relaciones que surgen de este tipo de vinculación, se caracterizan, a diferencia de los contratos laborales por los siguientes elementos: (i) su objeto se refiere al desarrollo de actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad, (ii) el contratista goza de autonomía e independencia para el cumplimiento de su labor, (iii) se suscribe cuando la actividad contratada no puede realizarse con personal de planta de la entidad o cuando requiere de conocimientos especializados; y (iv) su término es el indispensable para ejecutar el objeto contratado.¹⁷

5.2. Ahora bien, en relación a la protección de la estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de embarazo cuya vinculación con la entidad o autoridad accionada se origina en un contrato de prestación de servicios, bien sea con una entidad estatal o con empresas privadas, es preciso señalar que la jurisprudencia constitucional también ha garantizado los derechos de la mujer con fuero de maternidad, ofreciendo diversas respuestas y formas de protección, en atención a las distintas situaciones que se pueden presentar en cada caso concreto.

En ese sentido se pronunció la Corporación en la sentencia T-1201 de 2001.¹⁸ En esta decisión se estudió el caso de una contadora pública que había prestado sus servicios de manera interrumpida por aproximadamente tres años para la ESE Hospital San Martín de Sardinata, a través de órdenes sucesivas de prestación de servicios, y que, luego de informar su estado de embarazo y una vez finalizada la ejecución de la última orden, fue notificada de la terminación del contrato.

En tal oportunidad la Corte concedió la tutela como mecanismo transitorio, y ordenó

restablecer un vínculo laboral con la peticionaria que le permitiera continuar ejerciendo sus funciones en condiciones similares a aquellas en que lo venía haciendo. También ordenó a la actora interponer la acción ordinaria para resolver de manera definitiva la controversia respecto de su relación con la entidad accionada.

De igual manera, en la providencia T-501 de 2004,¹⁹ la Sala Novena de Revisión concedió el amparo del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de una mujer que sostuvo un vínculo con el Instituto de Seguros Sociales, mediante un contrato formalmente identificado como de prestación de servicios, y a quien la entidad accionada desvinculó argumentando el cumplimiento del plazo pactado, sin tener en cuenta que la actora se encontraba en estado de embarazo.

En esa oportunidad indicó la Corte que era posible constatar la existencia de los elementos del contrato de trabajo con base en la noción del “contrato realidad”, dadas las condiciones de subordinación y dependencia, de las cuales, era factible derivar una relación de orden laboral pese a que formalmente las partes habían suscrito un contrato de prestación de servicios. Como consecuencia, la Corporación ordenó el reintegro de la actora y el pago de la indemnización de que trata el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, así como el pago de las 12 semanas de descanso remunerado y demás salarios y prestaciones dejadas de percibir desde el momento del despido, comoquiera que este carecía de todo efecto.

En el mismo sentido, en la sentencia T-529 de 2004,²⁰ al estudiar el caso de una mujer que suscribió un contrato de prestación de servicios con una universidad pública, que decidió desvincularla mientras se encontraba en estado de embarazo porque su contrato había vencido, la Sala Sexta concedió el amparo por considerar que se cumplían los requisitos para proceder a la protección de los derechos invocados, así estuviera en debate la naturaleza del contrato, toda vez que la madre se encontraba en situación de vulnerabilidad. Igualmente la Sala citada aclaró que la discusión acerca de si las partes sostenían (o no) una relación laboral no pueden convertirse en un obstáculo para la protección de la mujer gestante en el ámbito de los contratos de prestación de servicio. En el fallo, se expresó:

“De lo expuesto se desprende que (...) existe debate sobre el tipo de relación que unía a Claudia Marcela Acosta Venegas con la Universidad Militar ‘Nueva Granada’, asunto que no corresponde dirimir al juez constitucional y que es de competencia del juez laboral ordinario.

No obstante, la Corte advirtiere que éste no es obstáculo para conceder la tutela como mecanismo de protección transitorio siempre que se encuentre probada la vulneración de los derechos invocados y acreditado el posible acaecimiento de un perjuicio irremediable”.²¹

Igualmente en el fallo T-992 de 2005 la Corte revisó el caso de una mujer que estuvo vinculada al Hospital Santa Clara E.S.E. durante siete meses, mediante órdenes de prestación de servicios. En la ejecución del contrato, la accionante quedó embarazada, y la parte accionada decidió dar por terminado el contrato correspondiente. La Sala Octava de Revisión tuteló de manera transitoria el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la peticionaria. En el estudio del asunto, consideró la Sala que, aunque el vínculo sostenido entre las partes era de prestación de servicios, esa denominación encubría un contrato laboral. Por ello, ordenó a la entidad reintegrar a sus labores a la accionante. Sin embargo, advirtió a la peticionaria que debía acudir dentro de cuatro (4) meses siguientes a la jurisdicción ordinaria para reclamar el pago de las prestaciones sociales.

En la sentencia T-031 de 2011 a propósito del estudio de dos acciones de tutela interpuestas por mujeres que habían suscrito contratos de prestación de servicios con entidades públicas, sostuvo la Sala Novena que, en consideración del principio según el cual la realidad prima sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, se desvirtúa la existencia material del contrato de prestación de servicios si se verifica que la relación entre el contratista y la entidad contratante está mediada por la subordinación. Y, bajo esa consideración no sólo concedió el amparo a la estabilidad laboral reforzada, también declaró la existencia de un contrato realidad en ambos casos y ordenó a las entidades accionadas a (i) cancelar la indemnización de que trata el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo; (ii) reconocer la licencia de maternidad; y (iii) pagar los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde la fecha de su desvinculación hasta la fecha en que terminó su embarazo.

En la sentencia T-126 de 2012,²² la Corte concedió el amparo de la estabilidad reforzada a una mujer vinculada a la Superintendencia de Sociedades por medio de un contrato estatal de prestación de servicios, que había sido desvinculada de la entidad en estado de embarazo. En aquella oportunidad, la Sala Séptima de Revisión adujo que el fuero de maternidad operaba independientemente del tipo de vinculación. En ese fallo, además de verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos por la jurisprudencia para amparar el

derecho, la Corte concluyó que también se presentaban los elementos propios del contrato de trabajo y por ello ordenó el reintegro y el pago de las prestaciones sociales dejadas de percibir. En dicha oportunidad se sostuvo:

“(…) la jurisprudencia constitucional ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela cuando se desconoce el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades en las relaciones de trabajo. Lo anterior quiere decir, que el juez constitucional debe determinar, si la relación [independientemente de su denominación formal] puede asimilarse a un vínculo laboral²³, para lo cual verificará si se cumplen los siguientes requisitos: (i) el trabajador desempeñaba una actividad personal, (ii) si la actividad la realizaba en forma subordinada o dependiente del empleador cumpliendo órdenes impartidas por éste, relativas al modo, tiempo o cantidad de trabajo y (iii) si por ello recibía un salario como retribución del servicio prestado. Verificado lo anterior, se demostrará el vínculo de carácter laboral, por lo tanto se evaluará la procedencia de la protección a la estabilidad laboral reforzada.”

En síntesis, en los casos recién expuestos, la Corte Constitucional concedió el amparo a la estabilidad laboral reforzada de mujeres en estado de embarazo cuyo contrato con las entidades accionadas, a pesar de ser aparentemente un contrato estatal de prestación de servicios regido por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993,²⁴ constituía una verdadera relación laboral, pues se configuraban las características esenciales de un contrato de trabajo. A partir de esa premisa, la Corporación concedió el amparo en los mismos términos en que ocurre en los casos en los cuales existe un contrato de trabajo formal; es decir, ordenó el reintegro de las accionantes, el pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir y el reconocimiento de la licencia de maternidad, cuando esta no había sido cancelada como consecuencia de la desvinculación de las accionantes.

5.3. De otro lado, también la Corte ha tutelado el derecho a la estabilidad laboral reforzada de mujeres en estado de embarazo en casos en los que estaban vinculadas a entidades, tanto de naturaleza pública como privada, por medio de un contrato de prestación de servicios, sin declarar la existencia de un contrato realidad, en aquellos eventos en que no existen suficientes elementos probatorios sobre la existencia de los supuestos del contrato de trabajo.

Así lo ha hecho, por ejemplo, en las sentencias T-571 de 2011²⁵ y T-886 de 2011.²⁶ En la primera, la Corte concedió el amparo definitivo a la estabilidad laboral de cinco mujeres en estado de embarazo cuyas opciones de realización profesional eran diferentes a un contrato laboral. En dos de estos casos la vinculación de la mujer se dio por medio de un contrato de prestación de servicios suscrito con una entidad pública (en virtud del artículo 32 de la ley 80 de 1993),²⁷ cuyo plazo de ejecución había vencido mientras estaban embarazadas.

En tales asuntos, la respectiva Sala resolvió restablecer la relación contractual bajo la misma modalidad y condiciones originalmente pactadas y el reconocimiento de los dineros dejados de percibir durante todo el tiempo de la interrupción del contrato. Ello, tras considerar que si bien no podía afirmarse que la no renovación del contrato fuera con ocasión de un trato discriminatorio, debía garantizarse la protección de la mujer en estado de embarazo y señaló: “(...) Por tanto, teniendo conocimiento de dicha situación, la entidad ha debido prorrogar el contrato, por lo menos hasta tanto se culminara el periodo de fuero y de protección reforzada”.

En la segunda de las sentencias referidas (T-886 de 2011), la Corte tuteló definitivamente la estabilidad laboral reforzada de una mujer contratista del Instituto Municipal del Deporte y la Recreación de Yumbo (Valle), a quien la entidad había decidido no renovar el contrato, a pesar de que la afectada contaba con seis (6) meses de embarazo.²⁸ En esta oportunidad la Sala Novena de Revisión ordenó a la entidad que efectuara el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha de su desvinculación y hasta la terminación del período de lactancia.

5.4 En suma, el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, si bien fue concebido en un comienzo como un derecho propio de la relación laboral, constituye, en realidad, una protección a la mujer derivada del mandato de no discriminación, el derecho fundamental al mínimo vital y la especial protección a los menores (por nacer y recién nacidos). Los fundamentos constitucionales recién mencionados, así como la realidad colombiana caracterizada por la dificultad de acceder a puestos estables de trabajo, llevaron a la Corporación a concluir que la protección se extiende a cualquier opción de vinculación o ejecución de tareas productivas por parte de mujeres embarazadas o lactantes.

La protección derivada de la estabilidad laboral reforzada se extiende entonces, sin lugar a

dudas, a los vínculos originados en contratos u órdenes de prestación de servicios, con independencia de la naturaleza jurídica del empleador, pues en esos contextos, también debe asegurarse la eficacia de las normas constitucionales que configuran el citado conjunto de garantías, con el doble cometido de proteger a dos sujetos de especial protección constitucional, y eliminar los patrones históricos de discriminación por razón de sexo.

De acuerdo con los fallos reiterados en esta oportunidad, cuando se discute la procedencia de la estabilidad laboral reforzada por parte de las mujeres embarazadas, vinculadas con entidades públicas mediante contrato u orden de prestación de servicios, el amparo procede para proteger sus derechos y los de su hijo por nacer o recién nacido, cuando persistan las causas que dieron origen al trabajo, incluso si se ha vencido el término formalmente pactado entre las partes. Siguiendo la jurisprudencia previamente citada, en esta hipótesis el amparo se extiende hasta el momento en que termina la lactancia, es decir, cuando en concepto del Legislador culmina el fuero de maternidad.

6. Análisis de los casos concretos

De acuerdo con los hechos, las decisiones de instancia y la jurisprudencia reseñada, procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado para ambos casos.

Ahora bien, como se expresó en el acápite precedente, la Corte ha declarado la existencia de un contrato realidad en algunos casos en los que solicitaba el amparo a la estabilidad laboral reforzada de mujeres embarazadas, siempre que ha considerado que existen suficientes elementos de prueba para inferir la existencia material del vínculo laboral, lo que no ocurre en estos casos, pues del estudio de los expedientes no puede concluirse que realmente existió una relación laboral, comoquiera que no hay elementos probatorios suficientes para demostrarlo. La Sala advierte, sin embargo, que esta consideración no es óbice para que las accionantes no puedan acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para controvertir ese extremo de la controversia, si lo consideran pertinente.

La Sala se concentrará entonces en evaluar si se cumplen los requisitos para conceder el amparo en el marco de los contratos de prestación de servicios suscritos con entidades estatales, siguiendo las subreglas sintetizadas en el acápite precedente pues, según se explicó, las controversias sobre la naturaleza del contrato que une a las partes, no justifican el desconocimiento de los derechos constitucionales de la mujer y del menor que esta por

nacer, cuyo reconocimiento no sólo se desprende de los principios del derecho al trabajo, sino también del mandato de no discriminación, la protección a la mujer gestante y a la familia; y los derechos de los menores por nacer y recién nacidos.

6.1. Expediente T-3411554.

1. Que la desvinculación se haya dado durante el embarazo. De la lectura del expediente se desprende que la accionante había suscrito en dos oportunidades un contrato de prestación de servicios con el Ejército Nacional de Colombia- Liceos del Ejército, la última de estas, el treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011), cuyo plazo de ejecución era de once (11) meses, es decir de enero a noviembre del mismo año y con el objeto de “Desarrollar políticas, estrategias, mecanismos programas, relacionados con las actividades de apoyo especializado en el área de matemáticas en el Colegio Bachillerato Patria”. Efectivamente el contrato se terminó en noviembre de dos mil once, cuando la actora, de acuerdo al examen médico que reposa en el expediente, tenía más de dieciséis (16) semanas de embarazo.²⁹

1. Que la desvinculación se realice sin los requisitos legales pertinentes para cada caso. La Sala advierte que en el presente asunto la desvinculación no fue precedida de autorización del Ministerio del Trabajo,³⁰ de manera que la señora Dalia Viviana Olarte Brijaldo debía continuar ejerciendo las actividades para las cuales fue contratada, hasta tanto la oficina de trabajo verificara que, en efecto, se presentaba una casual objetiva para terminar el vínculo y procediera a autorizar la no renovación del contrato. Sin el cumplimiento de este requisito, el despido se torna ineficaz.

1. Que el empleador conozca o deba conocer el estado de embarazo de la empleada. La Sala encuentra que, el treinta y uno (31) de octubre de dos mil once (2011) la accionante se enteró de su estado de embarazo,³¹ hecho que según afirma puso en conocimiento de la rectora del Colegio quien era su jefe inmediata.³² Frente a este hecho la entidad accionada al contestar la tutela se limitó a expresar: “(...) Como ordenador del gasto y quien suscribo el

contrato con la accionante no me consta, pues en la entidad que dirijo no existe comunicación en tal sentido (...)".

Como se explicó en los fundamentos 4.3 y 4.4 de esta providencia, la carga de la prueba recae en estos casos sobre la entidad contrante y no sobre la mujer en estado de embarazo. La Sala estima que en este caso la entidad no cumplió con la carga de demostrar que no tenía conocimiento del estado de la accionante, de hecho su afirmación es insuficiente para tal fin, pues no desvirtúa la circunstancia de que la actora lo hubiese informado de manera verbal a su jefe directo o que su embarazo no era un hecho notorio. Esto último teniendo en cuenta que para el momento en que el plazo del contrato venció (diciembre 31), la accionante ya tenía aproximadamente seis (6) meses de embarazo,³³ elementos que, dentro de los parámetros probatorios exigidos en sede de tutela, son suficientes para considerar acreditado el requisito.

1. Que el despido amenace el mínimo vital de la actora o del niño que está por nacer. Esta demostrado que, como consecuencia de la desvinculación de la demandante se afectó su mínimo vital y el del menor por nacer, en tanto lo devengado en la ejecución del contrato sostenido con Liceos del Ejército constituía su único sustento.

5. Que el despido sea una consecuencia del embarazo y no de circunstancias objetivas que lo justifiquen: como ya se mencionó, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte correspondía a la entidad contratante, en virtud del fuero de maternidad, acudir ante el inspector de trabajo para obtener su autorización con respecto a la desvinculación previa demostración de que la misma obedecía a causas distintas al embarazo.

Sin embargo, la entidad no sólo no asumió dicha carga, sino que tampoco logró en el trámite de la tutela sustentar que concurría un factor objetivo para desvirtuar la presunción de terminación del contrato por razón del embarazo, pues únicamente expuso que el plazo de ejecución del mismo había vencido en diciembre de dos mil once (2011), sin probar que el objeto por el cual se suscribió, había desaparecido. Además, la actora manifiesta que el contrato ya había sido renovado en una oportunidad y que, incluso, antes de informar a la rectora del colegio su estado, le habían solicitado los documentos pertinentes para la renovación del contrato, afirmación frente a la cual la entidad guardó silencio. El conjunto de

indicios y elementos de prueba allegado al expediente permiten a la Sala concluir que se vulneraron en este caso los derechos fundamentales de la actora y de su hijo por nacer.

Con base en estas consideraciones la Sala de Revisión revocará el fallo proferido el nueve (9) de febrero de dos mil doce (2012) por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que a su vez confirmó la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá- Sala de decisión Civil y familia-, el diecinueve (19) de diciembre de dos mil once (2011) que resolvió negar la acción de tutela interpuesta por Dalia Viviana Olarte Brijaldo y, en su lugar, le concederá a la peticionaria la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital y la estabilidad reforzada de la mujer gestante en las diversas alternativas de desempeño profesional, así como los derechos al mínimo vital y la especial protección de los menores de edad, de sus hijos.

Ahora bien, comoquiera que en el expediente obra prueba que demuestra que en estos momentos la peticionaria ya no está embarazada ni en periodo de lactancia,³⁴ la Sala ordenará a la demandada que dentro las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo efectúe el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha de su desvinculación y hasta la terminación del período de lactancia. De igual manera se le ordenará a la entidad accionada a reconocerle la licencia de maternidad a la señora Dalia Viviana Olarte Brijaldo si la EPS no lo ha hecho.

Finalmente, debe aclararse que si la peticionaria lo considera pertinente puede acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para dirimir la controversia respecto del tipo de contrato que existe entre ella y la entidad accionada, y definir si hay lugar al pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir.

6.2. Expediente T-3413576

Siguiendo el esquema de análisis planteado en el acápite anterior, la Sala estudiará brevemente si se cumplen los requisitos establecidos por la jurisprudencia para acceder a la protección invocada por la señora Icela Yojana Osorio Luquez:

1. Que la desvinculación se haya dado durante el embarazo. La accionante estaba vinculada al Hospital Eduardo Arredondo Daza por medio de un contrato de prestación de servicios como auxiliar de enfermería para “desarrollar acciones de promoción y prevención

contempladas en el proyecto de salud infantil del plan territorial de la salud pública con vigencia 2010". En efecto la terminación de la relación sostenida entre la partes se produjo durante el embarazo, pues según se desprende del contrato de prestación de servicios aportado por la accionante al proceso,³⁵ el plazo del mismo venció en enero veintisiete (27), fecha en la que la actora tenía aproximadamente 20 semanas de embarazo (5 meses).³⁶ Se aprecia que la terminación de la relación contractual con la accionante ocurrió como consecuencia de la finalización del contrato de prestación de servicios, sin que la entidad procediera a renovar el vínculo.

2. Que la desvinculación se realice sin los requisitos legales pertinentes para cada caso. Esta actuación por parte de la entidad accionada comporta la vulneración de los derechos fundamentales de la señora Icela Yojana Osorio, teniendo en cuenta que estaba en periodo de gestación; la parte contratante no acudió a la oficina de trabajo a demostrar que la terminación del vínculo se diera por alguna causal objetiva, por lo que no estaba autorizada a dar por terminada la relación contractual, tornándose ineficaz su desvinculación.

3. Que el despido amenace el mínimo vital de la actora o del niño que está por nacer. La actora es madre cabeza de familia, cuenta con escasos ingresos, y está a cargo de dos menores de edad así que la no renovación de su contrato la dejó en situación de debilidad económica, al no contar con una fuente de ingresos para garantizar una vida en condiciones de dignidad a su núcleo familiar.

4. Que el empleador conozca o deba conocer el estado de embarazo de la empleada. En relación con el cumplimiento de este requisito, en el expediente se cuenta con los siguientes elementos de convicción: (iii.1) el escrito de tutela, en el cual se afirma: "(...) además de ser un hecho notorio en el mes de diciembre está anexo el examen de embarazo a la carpeta -hoja de vida que reposa en la entidad (...) "en el mes de enero antes de que se diera la terminación al contrato de trabajo No. SF164 volvió a pasar el examen de embarazo acompañado de memorial en el cual comunica de forma debida el estado de embarazo en que se encontraba, lo cual se puede constar en dicha carpeta"³⁷; (iii.2) copia de un memorial suscrito por la accionante y dirigido a la parte demandada, donde informa a los directivos del Hospital Eduardo Arredondo Daza ESE acerca de su estado. Ahora bien, la Sala nota que dicho memorial no tiene fecha, ni constancia de recibido, pero también advierte que, a pesar de que la entidad tuvo conocimiento y contacto con dicha prueba, no la controvertió en la

contestación de la acción de tutela, ni logró desvirtuar lo afirmado por la accionante. Sólo adujo que, en tanto el objeto del contrato se desarrollaba en varias localidades, y no en el Hospital directamente, no tenía por qué notar su estado. Argumento que además no es de recibo para esta Sala, comoquiera que en el expediente obran varias pruebas de que la peticionaria tuvo contacto con la entidad en múltiples oportunidades cuando su estado de embarazo era ya notorio.³⁸

5. Que el despido sea una consecuencia del embarazo y no de circunstancias objetivas que lo justifiquen: Finalmente, la entidad tampoco acreditó en el trámite de la acción de tutela las condiciones objetivas por las cuales decidió no renovar el vínculo contractual de la accionante, ni que las causas que dieron origen al contrato hayan sido superadas, teniendo la carga de hacerlo, con lo que se encuentra acreditado el último requisito para la procedencia de la acción de tutela.

Por lo expuesto, la Sala considera que en el caso bajo estudio, se dan los elementos necesarios para conceder el amparo, razón por la cual revocará los fallos de instancia y, en su lugar, concederá la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital y la estabilidad reforzada de la mujer gestante en las diversas alternativas de desempeño profesional, así como los derechos al mínimo vital y la especial protección de los menores de edad, de sus hijos.

Sin embargo, toda vez que del expediente se puede deducir que la accionante dio a luz en el mes de julio del año dos mil once (2011)³⁹ y ya transcurrió su periodo de lactancia, la Sala le ordenará a la entidad accionada que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo efectúe el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha de su desvinculación y hasta la terminación del período de lactancia. De igual ordenará al Hospital demandado que, si la EPS no lo ha hecho, proceda a cancelar la licencia de maternidad a que tiene derecho la señora Icela Yojana Osorio Luquez.⁴⁰

La Sala estima necesario aclarar que si la accionante lo considera pertinente, puede acudir a la jurisdicción contencioso administrativa con el fin de dirimir la controversia relacionada con el tipo de relación que sostuvo con el Hospital accionado, con el propósito de que el juez natural defina si hay lugar al reconocimiento de indemnizaciones, salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir.

III. DECISIÓN

En merito de lo expuesto, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida el nueve (9) de febrero de dos mil doce (2012) por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que a su vez confirmó la dictada por el Tribunal Superior de Bogotá- Sala de decisión Civil y familia-, el diecinueve (19) de diciembre de dos mil once (2011) que resolvió negar el amparo solicitado y en su lugar, CONCEDER la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital y la estabilidad reforzada de la mujer gestante en las diversas alternativas de desempeño profesional de la señora Dalia Viviana Olarte Brijaldo, así como los derechos al mínimo vital y la especial protección de los menores de edad, de sus hijos.

Tercero.- REVOCAR la sentencia proferida por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar el quince (15) de septiembre de dos mil once (2011) que resolvió confirmar el fallo dictado por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Valledupar el diecinueve (19) de julio de dos mil once (2011), en el cual se negó la protección solicitada por la accionante, y en su lugar CONCEDER la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital y la estabilidad reforzada de la mujer gestante en las diversas alternativas de desempeño profesional de la señora Icela Yojana Osorio Luquez, así como los derechos al mínimo vital y la especial protección de los menores de edad, de sus hijos.

Cuarto.- ORDENAR, al Hospital Eduardo Arredondo Daza que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la comunicación del presente fallo efectúe el pago de las sumas dejadas de percibir por concepto de honorarios desde la fecha de su desvinculación y hasta la terminación del período de lactancia de la señora Icela Yojana Osorio Luquez. De igual manera deberá pagar la licencia de maternidad a que tiene derecho en caso de que la EPS a la que se encuentra afiliada no lo haya hecho.

Notifíquese, comuníquese, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

ADRIANA MARIA GUILLÉN ARANGO

Magistrada (E)

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

A LA SENTENCIA T-598/12

Referencia: Expediente T-3.411.554 y T-3.413.576.

Accionante: Dalia Viviana Olarte Brijaldo

Accionado: Ejército Nacional de Colombia y otro.

Accionante: Icela Lojana Osorio Luquez.

Accionado: Hospital Eduardo Arredondo Daza ESE.

Salvo mi voto frente a la sentencia de tutela aprobada por la Sala Primera de Revisión en sesión del veintisiete (27) de julio de dos mil doce (2012), por las razones que a continuación expongo:

La jurisprudencia constitucional ha señalado claramente⁴¹, que la mujer en estado de

gravidez y en periodo de lactancia tiene un derecho constitucional a la estabilidad laboral reforzada. En virtud de este derecho, el despido de las trabajadoras causado por el embarazo o el parto es ineficaz y, por lo tanto, procede el reintegro además del pago de los emolumentos dejados de recibir y las indemnizaciones a que haya lugar⁴².

Así las cosas, frente al presente caso no comparto la decisión tomada por la Sala, frente a la tutela de los derechos a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada cuando la vinculación se produce a través de contrato de prestación de servicios, toda vez que en este caso se concedió el amparo de forma directa, sin declarar antes la existencia de un verdadero contrato de trabajo.

En estos términos dejo expuestas las razones que me llevaron a apartarme de la decisión adoptada por la Sala Novena de Revisión de esta Corporación en el asunto de la referencia.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

MAGISTRADO

1 Contrato de Prestación de servicios técnicos No. 051 Celic 2011. Folios 4-6 cuaderno principal del expediente (en adelante cuando se haga mención a un folio deberá entenderse que forma parte del cuaderno principal del expediente a menos que se diga lo contrario).

2 Escrito de tutela. Folios 1-3. Específicamente en el folio 1 la accionante manifiesta “(...) tan pronto como manifesté mi estado de embarazo fui informada de que el próximo año no seré contratada (...)”.

3 Incapacidad aportada al proceso por el accionante y la entidad accionada. Reposan en los folios 18 y 36.

4 Contrato de prestación de servicios No. SF-164 suscrito por la accionante y la ESE Hospital Eduardo Arredondo Daza. Folios 16-20.

5 Memorial Dirigido a las directivas del Hospital Eduardo Arredondo Daza. Folio 38.

6 De hecho, el Decreto 2591 de 1991, en su artículo 6.1, de manera expresa dispone que la

eficacia de los medios ordinarios de defensa judiciales será apreciada en el caso concreto, atendiendo a las circunstancias en que se encuentre el solicitante.

7 Respecto de la procedencia de la acción de tutela para la protección de mujer embarazada se puede consultar entre otras, las sentencias T-1138 de 2003 (MP Rodrigo Escobar Gil) En esta oportunidad la Corte a propósito de la revisión del caso de una mujer embarazada que tenía un contrato de prestación de servicios con una empresa privada que había decidido no renovar su contrato, a pesar de que se encontraba en estado de embarazo. En dicha providencia la Sala Quinta de Revisión de esta Corporación hizo una línea jurisprudencial de procedibilidad de la acción de tutela para el amparo de la estabilidad laboral reforzada de las mujeres embarazadas. la Corte sostuvo expresamente lo siguiente: “si la acción de tutela se encuentra establecida para proteger los derechos fundamentales de las personas, cuando quiera que aquellos resulten amenazados o vulnerados por un particular o una autoridad pública, es evidente que si el derecho de la mujer a no ser despedida en estado de gestación, es de aquellos de carácter fundamental como se acaba de indicar, la acción de tutela ha de ser procedente en estos casos. No obstante, y a fin de no mermar la eficacia propia que la vía ordinaria ofrece para ventilar tales asuntos, es del caso, limitar la procedencia de la acción de tutela a los específicos supuestos que la jurisprudencia de la Corte ha fijado al respecto.”

8 Ver las Sentencias C-470 de 1997 (MP. Alejandro Martínez Caballero) en la que se declaró exequible el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, tal y como fue modificado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1990, en el entendido de que carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, quien debe verificar si existe o no justa causa probada para el despido, y C-199 de 1999 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz) que resolvió declarar exequible el aparte “a título de indemnización por maternidad, el valor de doce (12) semanas de descanso remunerado a que tiene derecho como licencia de maternidad” del artículo 62 de la Ley 443 de 1998, demandado. Ello, bajo el entendido de que la expresión “la indemnización a que tendría derecho”, a la que se refiere la primera parte del tercer inciso del mencionado artículo, incorpora (1) la compensación por la totalidad de los salarios dejados de percibir en el interregno entre el retiro y la fecha del parto y, (2) el pago mensual, a la correspondiente entidad promotora de salud, de la parte de la cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud que corresponde a la entidad

pública en los términos de la ley, durante toda la etapa de gestación y los tres meses posteriores al parto.

9 Ver entre otras, las sentencias: T-420 de 1992 (MP. Simón Rodríguez Rodríguez); T-179 de 1992 (MP. Alejandro Martínez Caballero), T-273 de 1992 (MP. Carlos Gaviria Díaz), T-437 de 1992 (MP. Carlos Gaviria Díaz), T-495 de 1992 (MP. Alejandro Martínez Caballero) y SU-491 de 1993 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-292 de 1993 (MP. Fabio Morón Díaz), T-339 de 1993 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa), T-341 de 1993 (MP. Carlos Gaviria Díaz) y T-503 de 1994 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa); T-211 de 1994 (MP. Alejandro Martínez Caballero) y T-358 de 1995 (MP. Alejandro Martínez Caballero); T-568 de 1996 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-662 de 1997 (MP. Alejandro Martínez Caballero); T-656 de 1997 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-792 de 1998 (MP. Alfredo Beltrán Sierra); T-104 de 1998 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-149 de 1998 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-205 de 1998 (MP. Alfredo Beltrán Sierra), T-316 de 1998 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-339 de 1998 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa), T-347 de 1998 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-362 de 1998 (MP. Alfredo Beltrán Sierra), T-365 de 1998 (MP. Alejandro Martínez Caballero), T-380 de 1998 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-458 de 1999 (MP. Alfredo Beltrán Sierra).

10 Sentencia T-373 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). En esta oportunidad la corte sostuvo que: “el derecho a no ser discriminada por razón del embarazo – del cual surge el derecho a una estabilidad laboral reforzada -, se encuentra consagrado, entre otros, en los artículos 43 y 53 de la Constitución. En este sentido se ha afirmado que el mismo no constituye un derecho constitucional fundamental, pues las mencionadas normas establecen derechos sociales o económicos de naturaleza programática. No obstante, tal afirmación ignora que el derecho a no ser discriminada a causa del embarazo se deriva del derecho fundamental a la no discriminación por razón de género, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política. Por consiguiente, debe sostenerse que la estabilidad reforzada a la que se ha hecho referencia no es sino una derivación del derecho fundamental a la igualdad de la mujer embarazada”. En el mismo sentido, la Sentencia C-470 de 1997 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

11 En concordancia con las disposiciones constitucionales señaladas, el deber de protección a la mujer gestante y al hijo por nacer también se encuentra contenido en diferentes instrumentos internacionales, que por disposición del artículo 93 superior hacen parte de la

legislación interna, y sirven como herramientas de interpretación de los derechos y deberes consagrados en la Constitución. Algunos de estos instrumentos son: la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 25: la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales) ratificada por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 10.2: se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto) ratificado por Colombia mediante la ley 74 de 1968, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de la Asamblea General de la ONU (Art. 11: los Estados partes deben adoptar “todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo) ratificada por Colombia mediante ley 51 de 1981, el Convenio 111 de la OIT que prohíbe la discriminación en materia de empleo y ocupación, aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967 y ratificado en 1969 y la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991.

12 El artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo establece las causas para terminar unilateralmente el contrato de trabajo por parte del empleador y del trabajador.

13 El artículo 63 del Código Sustantivo del Trabajo consagra la terminación unilateral del contrato de trabajo por una justa causa.

14 Requisitos señalados en las sentencias T-373 de 1998 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-426 de 1998 y T-778 de 2000 (MP. Alejandro Martínez Caballero), T-550 de 2004 (MP. Manuel José Cepeda), T-185 de 2005 (MP. Alfredo Beltrán Sierra) y T-291 de 2005 (MP. Manuel José Cepeda), entre otras.

15 MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

16 Este tipo de contratos se rigen por las disposiciones contenidas por el libro cuarto del Código Civil “de las obligaciones en general y de los contratos”.

17 Al respecto, la Corte explicó en la sentencia T-031 de 2011 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva) a propósito del estudio de dos acciones de tutela interpuestas por mujer que habían suscrito un contrato de prestación de servicios con entidades públicas : “[e]n el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo

su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.”

18 MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

19 MP. Clara Inés Vargas Hernández.

20 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

21 En esta oportunidad la Corte sostuvo que, cuando el juez de tutela advierta que una mujer es despedida de su empleo a causa de su embarazo o por el hecho del parto, y que tal hecho ha puesto en peligro el mínimo vital de ella y su hijo recién nacido, o que la desvinculación constituye una flagrante violación al derecho a la igualdad de las mujeres, sea cual sea su vinculación, debe concederse la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio de sus derechos fundamentales y los del nasciturus.

22 Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

23 Artículo 23 del C.S. del T.

24 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.

25 MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

26 MP. Luis Ernesto Vargas Silva (SPV. Mauricio González Cuervo. AV. María Victoria Calle Correa).

27 Ob cit pie de pág. 23 pág. 13.

28 En dicha oportunidad esta Corporación señaló: “(...) la estabilidad laboral se predica de todos los contratos, sin importar su clase y sin importar que el patrono sea público o privado, pues lo que la Constitución busca es asegurarle a la trabajadora que su vínculo no se romperá de manera abrupta y por tanto su sustento y el de su familia no se verá comprometido por una decisión arbitraria del empleador. Esta estabilidad se predica también

para los contratos de prestación de servicios, en los cuales a pesar de conocerse que su naturaleza no genera una relación laboral de subordinación, se debe aplicar el criterio establecido por la jurisprudencia, mediante el cual se ha dicho que para los contratos a término fijo el solo vencimiento del plazo o del objeto pactado, no basta para no renovar el contrato de una mujer embarazada. Lo anterior, teniendo en cuenta los principios de estabilidad laboral y primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por las partes del contrato laboral; tal figura se aplica siempre que (i) al momento de la finalización del plazo inicialmente pactado subsistan la materia de trabajo y las causas que los originaron (ii) y el trabajador haya cumplido efectivamente sus obligaciones, por lo que se le deberá garantizar su renovación.”

29 En los folios 34-38 reposan copias de la ecografía de la accionante, examen de embarazo donde se puede constatar que la accionante en octubre de 2011 tenía 16 semanas de embarazo.

30 Inclusive la entidad acepta en la contestación de la acción de tutela que no solicitó permiso para terminar el vínculo con la accionante expresa: “(...) la autorización del inspector de trabajo, lo cual para el caso de los contratos de prestación de servicios no tiene aplicación”.

31 En los folios 34- 38 reposa prueba del examen de sangre que se realizó la accionante el 31 de octubre de 2011, así como de las ecografías y demás imágenes diagnosticas en donde consta que a esa fecha tenía 16 semanas de embarazo.

32 Así lo expresa la accionante en el escrito de tutela. Folios 1-3. Específicamente en el folio 1 afirma “en el mes de octubre me entere de que estoy embarazada se lo hice saber a y el 01 de noviembre se lo hice saber a la señora María del Carmen Rincón Mesa quien es mi jefe en mi lugar de trabajo”.

33 Ob cit pie de pág. 33 de la pág. 15.

34 En la ecografía que adjunto la peticionaria como prueba se puede constatar que el 31 de octubre de 2011 tenía dieciséis semanas de embarazo. Folios 34-37. De igual manera esta Sala de Revisión constató por medio de una solicitud telefónica de información, que la actora dio a luz el 6 de abril del año en curso, lo que significa que el menor tiene más de tres

meses.

36 Ultrasonido aportado por la accionante al proceso. En este se puede constatar que para el 28 de marzo de 2011 tenía 27 semanas, de lo anterior se puede deducir que al 31 enero tenía aproximadamente 20 semanas. Folios 80-83 del expediente

37 Acción de tutela Folios 1-9. El aparte citado se encuentra en específicamente en el folio 2.

38 En efecto en los folios 32 y 33 del expediente reposa copia de certificados de cumplimiento de funciones expedidos y entregados por la entidad los días 29 de octubre de 2010 y 28 de enero de 2010. Así como también en el folio 22 se encuentra una copia de un certificado de disponibilidad presupuestal expedido por el un profesional del Hospital el 13 de diciembre de 2010.

39 Ultrasonido con fecha de junio 17 aportado por la accionante junto con el escrito de impugnación. En este se puede constatar que la actora tenía 39.3 semanas.

40 La Sala considera que esto es pertinente teniendo en cuenta que, al terminar el vínculo con la accionante, la entidad accionada le impuso una barrera para poder seguir cotizando al sistema de salud hasta el final de su embarazo y en esa medida es posible que la EPS no haya pagado la licencia de maternidad. De igual manera procedido la Corte en las Sentencias T-480 de 2010 (MP Juan Carlos Henao Pérez) y T-571 de 2011 (MP Jorge Iván Palacio Palacio). En ambos casos, esta Corporación tuteló el derecho a la estabilidad laboral reforzada de mujeres vinculadas por medio de contratos de prestación de servicios y ordenó a las entidades contratantes asumir el pago de la licencia de maternidad si otra entidad no lo había hecho.

41 Corte Constitucional Sentencia C-470 de 1997.

42 Corte Constitucional Sentencias T-373 de 1998.

43 Sobre el particular, esta Corte en la sentencia T-637 de 2008, señaló que la subordinación se presume por el cumplimiento de los siguientes requisitos: (i) el trabajador desempeña una actividad por sí mismo (actividad personal), (ii) la cual realiza de manera subordinada o dependiente del empleador, lo que se refleja en el cumplimiento de órdenes

impartidas por éste, relativas al modo, tiempo o cantidad de trabajo y (iii) recibe un salario como retribución del servicio prestado⁴³.