

Sentencia T-649-09

Referencia: expediente T-2.277.821.

Acción de Tutela presentada por Nillered Morales Vallejo contra la empresa de servicios temporales Gestión Dinámica S.A., con citación oficiosa del restaurante Punto Sabroso.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Juan Carlos Henao Pérez, Jorge Iván Palacio Palacio 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 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de las decisiones dictadas por el Juzgado 12 Civil del Circuito y Treinta y Cuatro 34 Civil Municipal, ambos de Cali, el 20 de abril y 26 de febrero de 2009, respectivamente, en la acción de tutela incoada por Nillered Morales Vallejo contra la empresa de servicios temporales Gestión Dinámica S. A.

I. ANTECEDENTES.

1. Relato de los hechos y pretensión.

La ciudadana Nillered Morales Vallejo presentó acción de tutela contra la empresa de servicios temporales Gestión Dinámica S.A., por considerar vulnerados los derechos fundamentales a la vida digna, salud y trabajo, con ocasión del despido efectuado sin justa causa cuando transcurría el segundo mes de gestación, por lo que solicita el reintegro al cargo que venía desempeñando “ya que sin trabajo no tendría como pagar seguro y mucho menos tratamiento adecuado a mi embarazo.1”

2. Respuesta de Gestión Dinámica S. A.

En escrito radicado ante el juez de primera instancia el 19 de febrero de 2009, el Jefe del Departamento Jurídico indicó que la accionante se vinculó a esa empresa bajo subordinación el 22 de agosto de 2008 para el cargo de oficios varios, en calidad de empleada de misión de conformidad con lo previsto en la Ley 50 de 1990, desempeñando las actividades laborales en el establecimiento de comercio denominado Punto Sabroso, con una jornada de trabajo de 48 horas a la semana.

Aseveró que por tratarse de una empresa de empleos temporales, la actora al momento de su vinculación suscribió un contrato de trabajo cuyo término de duración estaba determinado por la labor contratada, que a su turno dependía de la temporalidad de los servicios prestados a un tercero contratante, recalcando que desde el inicio de la relación contractual fue vinculada al Sistema General de Seguridad Social tal como lo prevé la Ley 100 de 1993.

Manifestó que la labor para la que fue contratada la peticionaria finalizó el 10 de febrero de 2009, razón por la cual fue cancelado unilateralmente el contrato individual de trabajo, amparada en la cláusula quinta del precitado documento, recalcando que por un error de digitación en la comunicación inicial se indicó que la terminación de sus labores se efectuaría el 15 de enero de 2009, “pero en realidad la RECLAMANTE laboró efectivamente hasta el 10 de febrero del 2009, tal como se fechó en la carta inicial”², añadiendo que todas las acreencias laborales fueron pagadas en su totalidad, encontrándose a paz y salvo por todo concepto.

Respecto del asunto puesto a consideración del juez de tutela, sostuvo que hasta el momento de la contestación de la acción de tutela no fue enterada de ninguna manera del estado de gravidez de la actora, requisito necesario tal como lo dispone el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo para que el empleador realice el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad y demás beneficios que se deriven de su especial condición. Al respecto sostuvo:

“De lo anterior se infiere, que necesariamente para dar trámite a la relación presentada la TRABAJADORA hoy RECLAMANTE, debió haber informado en su momento su estado biológico de gravidez, con anterioridad a la decisión tomada por parte del empleador de finalizar el contrato de trabajo en comento o en su defecto al mismo

momento de recibir la comunicación de la cancelación de actividades laborales, pero de manera palmaria en el caso que nos ocupa se observa que no se presentaron observaciones de ninguna naturaleza de parte de la ACCIONANTE, ni durante la vigencia de su relación contractual, ni en el momento de recibir la carta de despido, lo que impidió que el empleador en virtud a ese silencio observado por la ACCIONANTE, tomara una determinación diferente en razón a su presunto estado biológico de GRAVIDEZ de dos meses que pregona en su escrito.”³

Así las cosas, apoyada en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de esta Corporación, enfatizó en la obligación que tiene la empleadora grávida de informar al empleador sobre su estado de embarazo “de cualquier forma, para que este, de manera inmediata efectúe los cambios necesarios y tome las determinaciones correspondientes conforme a derecho, con la finalidad de otorgarle a la empleada embarazada, la estabilidad laboral reforzada que predica nuestra Carta magna y las demás disposiciones legales vigentes.”⁴

Las consideraciones expuestas, llevaron a la entidad demandada a solicitar la exoneración de todos los cargos planteados y en consecuencia la declaratoria de improcedencia de la acción de tutela “por carecer de sustentación jurídica”⁵.

3. Diligencia de ampliación de la acción de tutela.

El 25 de febrero de 2009, la señora Nillered Morales Vallejo sostuvo ante la Jueza 34 Civil Municipal de Cali que el 28 de enero de la misma anualidad, informó telefónicamente sobre su estado de embarazo al jefe de personal del restaurante Punto Sabroso, pues solamente hasta ese día le entregaron el resultado de la prueba realizada, procediendo el día siguiente a hacer entrega al mismo funcionario de una copia del mismo junto con una incapacidad de tres días que daba cuenta de que se encontraba “enferma de un sangrado o amenaza de aborto”⁶, incapacidad que no pudo tomar por cuanto no tenía quien la reemplazara, circunstancia que deterioró su estado de salud y que conllevó a que fuera incapacitada en dos oportunidades más.

Finalmente, aseveró que empezó a trabajar en el citado establecimiento el 12 de agosto de 2008 y que el contrato de trabajo lo suscribió el 22 del mismo mes, recalcando que los permisos, citas médicas y demás, siempre los solicitó al jefe de personal de esa

organización, por lo que “nunca me dirigí a la empresa GESTIÓN DINÁMICA”.⁷

4. Decisiones judiciales objeto de revisión.

4.1. Sentencia de primera instancia.

En sentencia del 26 de febrero de 2009, el Juzgado 34 Civil Municipal de Cali concedió el amparo constitucional solicitado y ordenó a la empresa demandada dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la sentencia, reintegrar a la peticionaria al cargo que venía ocupando en Punto Sabroso, disponiendo adicionalmente su afiliación al Sistema Integral de Seguridad Social en Salud, así como el pago de todos los gastos en los que incurrió derivados de la maternidad que le correspondían a la E.P.S., en caso de no haberse interrumpido la relación laboral.

A juicio de la citada autoridad judicial, el alcance dado por la Corte Constitucional en sentencia T-095 de 2008 a las previsiones del Código Sustantivo del Trabajo que hacen referencia a la protección a la maternidad, resulta aplicable a la situación fáctica planteada por la accionante, razón por la cual luego de encontrar afectado el mínimo vital dispuso la tutela de los derechos fundamentales, toda vez que “[l]a manifestación de no renovación del contrato tuvo lugar durante el embarazo, así que el fuero de maternidad se encontraba vigente, tal como lo indica el examen practicado por (sic) Laboratorio Clínico el día 28 de enero de 2009.”⁸

4.2. Impugnación.

Mediante escrito presentado dentro de la oportunidad procesal prevista en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, el Jefe del Departamento Jurídico de la sociedad comercial demandada solicitó la revocatoria de la sentencia dictada, bajo la consideración de que (i) la terminación del contrato de trabajo no obedeció a una actitud caprichosa, ni amañada y menos aún derivada del estado de gravidez de la accionante como lo afirmó el a quo, sino que tuvo lugar por la finalización de la labor para la cual fue contratada; (ii) la actora no puso de presente su estado de embarazo, ni allegó las incapacidades que daban cuenta de una posible amenaza de aborto, lo cual de haber sido informado oportunamente a la empresa no hubiera implicado ningún tipo de dificultad para garantizar la continuidad de la relación laboral; (iii) para que proceda la aplicación del

derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo prevista en el Ordenamiento Superior, es necesario que por cualquier medio el empleador se entere de tal circunstancia, lo cual no fue realizado por la accionante; (iv) el derecho de defensa y contradicción fue vulnerado al haberse omitido trasladar los documentos allegados por la demandante en la diligencia de ampliación de la acción de tutela, cuales fueron, la prueba de embarazo y las incapacidades médicas.

4.3. Sentencia de segunda instancia.

El 20 de abril de 2009, el Juzgado 12 Civil del Circuito de Cali revocó la sentencia impugnada por considerar que la razón que motivó la terminación del contrato de trabajo suscrito entre la accionante y la empresa Gestión Dinámica S. A., fue la finalización de la labor contratada “lo que deja sin lógica la continuidad”⁹, no siendo el estado de embarazo el motivo del despido.

Así mismo, indicó que no se avizora vulneración a derechos fundamentales en tanto no aparece prueba en el expediente que permita corroborar que la actora puso en conocimiento de la entidad accionada su estado de gravidez, ni tampoco la existencia de una calamidad doméstica ocasionada por la desvinculación, por lo que no encontró afectación al mínimo vital, ni la existencia de un perjuicio irremediable.

Por último, sostuvo que tampoco está probado que la labor desarrollada por la peticionaria hubiera continuado en el tiempo, “pues de ser así, hubiera sido evidente la terminación de la relación laboral en razón a su condición de mujer embarazada y no por agotamiento o terminación de la labor contratada”.¹⁰

5. Pruebas que reposan en el expediente.

- Cédula de ciudadanía de la accionante (folio 3 del cuaderno N° 1).
- Comunicación del 10 de febrero de 2009, firmada por el Gerente General de la empresa Gestión Dinámica S.A., en la que puso de presente a la accionante (folio 4 ibídem):

“Por medio de la presente nos permitimos informarle que la empresa ha decidido cancelar unilateralmente el contrato de trabajo a Enero 15 de 2009 Por (sic) la terminación de la labor para la cual fue contratado (sic) en misión en la empresa: MULTICENTRO 9

Lo anterior teniendo en cuenta lo estipulado en el contrato suscrito por usted, de acuerdo con la cláusula 5. Favor presentarse en nuestras oficinas para cancelar los salarios y demás prestaciones sociales de conformidad a la ley, previa presentación de su paz y salvo.”

- Contrato individual de trabajo de duración por labor contratada (folios 17 y 18 ibíd.).
- Comunicación del 11 de febrero de 2009, suscrita por el Gerente General de la empresa demandada, en la que informó a la peticionaria lo siguiente (folio 20 ibíd.):

“Por un error involuntario de digitación se colocó en la carta que su contrato finalizaba el día 15 de enero pero su contrato finaliza realmente el día 10 de febrero de 2009 contratada en misión en la empresa PUNTO SABROSO.”

- Prueba de embarazo (folio 25 ibíd.).
- Incapacidades médicas N° 284790, 284759 y 277897 (folios 26 a 28 ibíd.).

6. Trámite en sede de revisión.

El Magistrado Sustanciador, considerando que en el trámite de instancia no se conformó en debida forma el contradictorio, dispuso mediante auto del 4 de agosto de 2009 poner en conocimiento del restaurante Punto Sabroso, como tercero con interés legítimo, el contenido de la solicitud de tutela formulada por Nillered Morales Vallejo, para que se pronunciara acerca de las pretensiones planteadas.

En escrito allegado a esta Corporación el 20 del mismo mes, por intermedio de su representante legal se allanó a la argumentación presentada por la empresa demandada, reiterando que la actora ingresó bajo subordinación y dependencia a la citada compañía de empleos temporales como empleada en misión desde el 22 de agosto de 2008 hasta el 10 de febrero de 2009, desempeñándose en oficios varios en el “Establecimiento de Comercio denominado PUNTO SABROSO”¹¹, vinculación realizada mediante contrato de trabajo por labor contratada “debido al incremento en la producción por la época de fin de año”¹², enfatizando en que la demandada desconocía el estado de salud de la demandante y más aún que se encontraba en estado de gravidez.

Agregó, que el actuar de Gestión Dinámica S. A. se ajusta a los cánones constitucionales y legales, en tanto la comunicación del estado de embarazo fue realizada por la actora extemporáneamente, por lo que la justificación para terminar el vínculo laboral obedeció a la finalización de las labores para las que fue contratada y no a su estado de embarazo.

Igualmente, señaló que como empresa usuaria hizo uso de la prestación del servicio de la demandante, teniendo en cuenta el incremento de la producción para fin de año y comienzos del siguiente, “por lo cual se vinculó personal de la empresa temporal y que habiendo cesado las causas de dicho incremento se tomó la decisión de informarle a la empresa Accionada acerca de no continuar en la prestación del servicio para dicha persona, por lo cual GESTION DINAMICA toma la decisión de terminar el contrato suscrito con la señora MORALES VALLEJO ya que las causas que dieron origen al contrato ya no subsistían.”¹³

Por último, indicó que la labor realizada por la demandante era la de oficios varios “consistentes en la prestación del servicio en los diferentes puntos del Establecimiento, indicando que su labor principal era, la atención al cliente en cuanto a venta de los productos y también el registro de las mismas en las cajas registradoras.”¹⁴

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Esta Sala de la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico.

El 11 de febrero de 2009, la señora Nillered Morales Vallejo presentó acción de tutela contra la empresa de servicios temporales Gestión Dinámica S.A., con el fin de que sean restablecidos los derechos fundamentales a la vida digna, trabajo y seguridad social

supuestamente vulnerados con la terminación unilateral de la relación laboral a partir del 10 del mismo mes, por lo que solicita el reintegro al cargo que venía desempeñando “para poder sostener mi embarazo de 2 meses y mi hijo de 5 años ya que me despidieron sin ninguna explicación.”¹⁵

Para la empresa demandada, la finalización de la labor para la cual fue contratada la accionante, que estaba subordinada a la duración de la tarea encomendada, tal como lo prevé la cláusula quinta del contrato de trabajo y el artículo 45 del Código Sustantivo del Trabajo, y la circunstancia de que no hubiera informado sobre su estado de gravidez estando vigente la relación laboral o inclusive al momento de recibir la comunicación de terminación del contrato, de conformidad con la normatividad, la jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Suprema de Justicia, son razones suficientes para que el juez de tutela declare la improcedencia de la acción propuesta.

Por su parte, los jueces de instancia divergieron en sus decisiones. El a quo luego de constatar el cumplimiento de los supuestos fácticos previstos por la jurisprudencia constitucional accedió a la protección solicitada, mientras que el ad quem revocó la sentencia bajo la consideración de que la terminación de la labor para la cual fue contratada la accionante es una causal objetiva, por lo que el despido no obedece al estado de embarazo, a lo que debe sumarse la falta de probanza en la afectación del mínimo vital y la inexistencia de un perjuicio irremediable.

Con fundamento en la situación fáctica expuesta y las decisiones proferidas por los jueces de tutela, le corresponde a esta Sala determinar si la decisión de la empresa demandada de dar por terminado el contrato de trabajo por labor determinada de la señora Nillered Morales Vallejo a pesar de encontrarse en estado de embarazo, vulnera sus derechos fundamentales a la vida digna, seguridad social, trabajo y estabilidad laboral reforzada.

Para resolver el problema jurídico propuesto, la Sala hará referencia a la procedencia de la acción de tutela frente a particulares, al derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo y durante el período de lactancia y el alcance de la sentencia T-095 de 2008, algunas consideraciones sobre las empresas de servicios temporales y finalmente estudiará el caso concreto.

3. Procedencia de la acción de tutela frente a particulares. Reiteración de jurisprudencia.

De conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo preferente, cautelar, residual y sumario de protección de los derechos fundamentales que sean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos establecidos en la ley¹⁶ (i) encargados de la prestación de un servicio público; (ii) cuando su conducta afecte grave y directamente el interés colectivo o (iii) respecto de quienes el solicitante se encuentre en estado de subordinación o indefensión.¹⁷

En relación con la procedencia de la acción de amparo contra particulares, esta Sala en sentencia T-632 de 2007 señaló que el Constituyente de 1991 al definir una cuestión procesal, cual es la legitimidad pasiva del mecanismo constitucional de protección de los derechos fundamentales, resolvió un asunto de naturaleza sustancial referido a la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, concluyendo en esa oportunidad que “sería errado sostener que como el artículo 86 constitucional señala que la acción de tutela procede contra los particulares que prestan un servicio público, aquellos que con su conducta afecten de manera grave y directa el interés colectivo o en los supuestos de subordinación o de indefensión, la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares queda limitada a esos eventos. Por el contrario, debido precisamente al lugar que ocupan los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional colombiano y a su efecto de irradiación se puede sostener que el influjo de éstos cubija todas las relaciones jurídicas particulares, las cuales se deben ajustar al ‘orden objetivo de valores’ establecido por la Carta política de 1991. Cosa distinta es que la acción de tutela, como mecanismo idóneo de protección de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares sólo proceda prima facie en los supuestos contemplados por el artículo 86 constitucional.”

En tal contexto, uno es el ámbito sustancial de los derechos fundamentales entre los particulares el cual está referido estrictamente a su eficacia la cual no puede estar limitada únicamente a los supuestos establecidos en el inciso 5° del artículo 86 Superior, pues sería tanto como plantear una tesis restrictiva y lesiva de derechos fundamentales en las diferentes relaciones que surgen entre particulares, y otro el ámbito procesal, que tiene que ver con la protección que por vía de tutela puede lograrse de las eventuales

vulneraciones que surjan entre los particulares, para lo cual deberán aplicarse las reglas adjetivas dispuestas en la citada norma constitucional.

Ahora bien, como desarrollo del artículo 86 Superior el legislador extraordinario dispuso los casos en los que procede la acción de tutela contra particulares, en los siguientes términos (Decreto 2591 de 1991, Art. 42):

“Procedencia. La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos:

1. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de educación.
2. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud.
3. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación de servicios públicos domiciliarios.
4. Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controla efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivó la acción, siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización.
5. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud viole o amenace violar el artículo 17 de la Constitución.
6. Cuando la entidad privada sea aquella contra quien se hubiere hecho la solicitud en ejercicio del habeas data, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Constitución.
7. Cuando se solicite rectificación de informaciones inexactas o erróneas. En este caso se deberá anexar la transcripción de la información o la copia de la publicación y de la rectificación solicitada que no fue publicada en condiciones que aseguren la eficacia de la misma.

8. Cuando el particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, en cuyo caso se aplicará el mismo régimen que a las autoridades públicas.

9. Cuando la solicitud sea para tutelar quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. Se presume la indefensión del menor que solicite la tutela.”

Respecto de la permisión constitucional y legal que hace viable interponer acciones de tutela contra particulares cuando se demuestre que el afectado se encuentra en estado de indefensión y que resulta ser de una alta importancia para determinar la procedencia de la acción de tutela objeto de estudio, la jurisprudencia constitucional ha considerado que alude a la persona que “ha sido puesta en una situación que la hace incapaz de repeler física o jurídicamente las agresiones de las cuales viene siendo objeto por parte de un particular, las cuales ponen en peligro sus derechos fundamentales. En otras palabras, no tiene posibilidades jurídicas ni fácticas para reaccionar defendiendo sus intereses. En cada caso, el juez debe realizar un análisis relacional con la finalidad de determinar el estado de indefensión en la que se encuentra la persona.”¹⁸

Entonces, en armonía con la jurisprudencia constitucional debe entenderse que el vocablo “indefensión” tiene una dimensión indeterminada en tanto los supuestos son más amplios que los de la subordinación, pues no implican la existencia de un vínculo de carácter jurídico entre la persona que alega la vulneración de sus derechos fundamentales y el particular demandado, lo cual significa que se trata de un ámbito autónomo de procedibilidad de la acción de tutela contra particulares que está presente por ejemplo (i) cuando la persona está en ausencia de medios de defensa judiciales eficaces e idóneos que permitan conjurar la vulneración iusfundamental por parte de un particular; (ii) personas que se hallan en situación de marginación social y económica¹⁹; (iii) personas de la tercera edad²⁰; (iv) discapacitados²¹ y (v) menores de edad²².

Asimismo, esta Corporación ha estimado que ante la existencia de una posición de preeminencia social y económica que resquebraja el plano de igualdad en las relaciones entre particulares, o también cuando se trata de poderes sociales y económicos los cuales

disponen de instrumentos que pueden afectar la autonomía privada del individuo, es procedente igualmente la acción de tutela. Tal es el caso de los medios de comunicación²³, clubes de fútbol²⁴, empresas que gozan de una posición dominante en el mercado²⁵ o las organizaciones privadas de carácter asociativo, como asociaciones profesionales²⁶, cooperativas²⁷ o sindicatos²⁸.

4. El derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo y durante el período de lactancia y alcance de la sentencia T-095 de 2008.

Uno de los principios constitucionales que debe orientar las relaciones laborales es la estabilidad en el empleo (Art. 53 C. P.), entendido como una garantía institucional que debe gobernar en nuestro Estado Social de Derecho y que tiene por finalidad garantizar la primacía de los derechos inalienables de la persona, mandato que adquiere una importancia mayor cuando se trata de mujeres en estado de embarazo y después del parto, en tanto no brindar una protección oportuna y eficaz es constitutivo de un acto discriminatorio que resulta insostenible a la luz de la igualdad real (Arts. 13 y 43 C. P.).

Esta especial protección y asistencia por parte del Estado, ha sido entendida por el intérprete constitucional como una estabilidad laboral reforzada que le permite a la trabajadora “permanecer en el empleo y (...) obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, inclusive, en contra de la propia voluntad de su empleador, en caso de no existir una causa que justifique el despido, que de ninguna manera puede ser consecuencia de su estado de embarazo o de lactancia”²⁹, garantía que igualmente se hace presente en instrumentos internacionales que tienen fuerza vinculante en el ordenamiento jurídico colombiano y que constituyen criterios auxiliares de interpretación de los derechos constitucionales. Al respecto, esta Corte ha indicado³⁰:

“Por no citar sino algunos ejemplos, la Corte destaca que la Declaración Universal de derechos Humanos, en el artículo 25, señala que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”. Por su parte, el artículo 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, aprobado por Colombia por la Ley 74 de 1968, establece que “se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto.” Igualmente, el artículo 11 de la

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, expedida en Nueva York, el 18 de diciembre de 1979, por la Asamblea General de la ONU, y aprobada por la ley 51 de 1981, establece que es obligación de los Estados adoptar “todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo” a fin de asegurarle, en condiciones de igualdad con los hombres, “el derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano”. Por su parte, el Convenio 111 de la OIT prohíbe la discriminación en materia de empleo y ocupación, entre otros motivos por el de sexo. Pero es más; desde principios de siglo, la OIT promulgó regulaciones específicas para amparar a la mujer embarazada. Así, el Convenio No 3, que entró en vigor el 13 de junio de 1921 y fue aprobado por Colombia por la Ley 129 de 1931”.

Descendiendo al marco legal, el Código Sustantivo del Trabajo establece en el título VIII, capítulo V, previsiones normativas referentes a (i) descanso remunerado para la época del parto, en caso de aborto y durante la lactancia (Arts. 236 a 238); (ii) prohibición de despedir trabajadoras por motivo de embarazo o lactancia (Art. 239) y (iii) permiso para despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o los tres meses posteriores al parto (Art. 240), las cuales concretan los contenidos generales previstos en la Constitución Política, en tanto “sin la protección especial que confiere el Estado a la mujer embarazada, muchas mujeres no podrán optar libremente por la maternidad, dadas las circunstancias adversas que tal decisión podría tener sobre la situación social, económica y laboral que deben afrontar muchas de ellas.”³¹

Al respecto, esta Corte sobre el ámbito de protección legal de la mujer en estado de embarazo, ha considerado que “la legislación laboral ha proscrito la posibilidad de despedir a cualquier mujer trabajadora por razón o por causa del embarazo y ha elevado a la categoría de presunción de despido por motivo de embarazo o de lactancia aquel que tiene lugar durante el período del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al momento del parto cuando no media autorización del inspector de trabajo o del alcalde ni se tienen en cuenta los procedimientos legalmente establecidos. Ha dispuesto, además, que la mujer que ha sido despedida en estas circunstancias debe ser indemnizada y el empleador es obligado a conservar el puesto de la trabajadora durante el término que ésta disfruta de sus descansos remunerados o de licencia por motivo de embarazo o parto. Ha preceptuado por consiguiente que en los casos en que

eventualmente podría proceder el despido con base en alguno de los motivos que exigen dar por terminado el contrato de trabajo enumerados en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo, debe escucharse a la trabajadora y practicarse todas las pruebas conducentes solicitadas por las partes. Si quien conoce de la solicitud de permiso es la Alcaldía municipal, la providencia que se emite tiene únicamente carácter provisional y ha de ser revisada por la Inspección de Trabajo.”³²

Empero, un escenario procesal distinto surge cuando la protección recae sobre un derecho como la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo o durante el período de lactancia que para esta Corporación tiene el estatus de fundamental³³, pues el mecanismo constitucional arriba indicado se constituye en idóneo y eficaz para causar su protección, máxime cuando está involucrado el mínimo vital o se trata de una situación que para la mujer es insostenible y amerita la adopción de medidas urgentes del juez constitucional.

En este contexto, la jurisprudencia constitucional para evitar el vaciamiento de las competencias de la autoridad judicial correspondiente, llámese jurisdicción ordinaria o de lo contencioso administrativo, según sea el caso, ha dispuesto para la procedencia de la acción de amparo constitucional el cumplimiento concurrente de unos supuestos fácticos con el fin de proteger el fuero de maternidad y en consecuencia proteger a la mujer en estado de embarazo, ordenando el reconocimiento de las prestaciones económicas y en salud que derivan de su condición. Tales requerimientos ha considerado este Tribunal son los siguientes³⁴:

“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; // Que a la fecha del despido el empleador conociera o debiera conocer la existencia del estado de gravidez, pues la trabajadora notificó su estado oportunamente y en las condiciones que establece la ley; // Que el despido sea una consecuencia del embarazo, por ende que el despido no está directamente relacionado con una causal objetiva y relevante que lo justifique; // 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 que el despido amenace el mínimo vital de la actora o del niño que está por nacer.”

Esta Corporación en sentencia T-095 de 2008, respecto del segundo requisito mencionado indicó que su aplicación en armonía con los valores, principios y el derecho internacional de los derechos humanos no debe efectuarse de manera rígida o restrictiva, pues la protección prodigada por el ordenamiento jurídico a la mujer en estado de embarazo o en el período posparto, únicamente sería viable cuando se ha constatado que la mujer ha sido despedida por causa o con ocasión del embarazo.

Estimó el Tribunal Constitucional que las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, no establecen que el estado de gravidez debe ser conocido por el empleador antes de la terminación del contrato de trabajo, sino que la protección para la mujer opera siempre y cuando la terminación del vínculo laboral se haya efectuado dentro del período del embarazo o de lactancia, es decir que se trata de una protección objetiva en tanto se trata de “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 para abusos y termina por colocar a las mujeres en una situación grave de indefensión.”

Sobre el particular indicó:

“El sentido de la legislación es precisamente desarrollar los preceptos constitucionales que configuran el fuero de maternidad, el cual abarca, a su turno, un conjunto de prestaciones económicas y no económicas tendientes a brindar protección a la mujer gestante y luego a la madre y al (a la) recién nacido (a). Por el contrario, una interpretación rígida que marque el énfasis para otorgar la protección en que el empleador sabía del estado de gravidez de la trabajadora y no en que quedó embarazada durante la vigencia del contrato, trae como consecuencia que en los contratos a término fijo o por obra los empleadores tiendan a deshacerse muy fácilmente de las obligaciones en cabeza suya alegando que nunca supieron del estado de embarazo de la trabajadora o que tal circunstancia les fue comunicada cuando ya le habían dado aviso de la no prórroga del contrato.”

En ese orden de ideas, juzgó necesario interpretar la legislación laboral vigente a la luz de los mandatos constitucionales, con el fin de asegurar la protección a las mujeres en estado de embarazo y durante el período de lactancia, resultando irrelevante distinguir si se trata de contratos a término indefinido, fijo o por obra. Al respecto sostuvo esta Corporación:

“[e]n el caso de los contratos a término indefinido la protección se confiere durante todo el tiempo y el empleador debe no solo reconocer las prestaciones a que tiene derecho la madre y el (la) recién nacido (a) antes y luego del parto, sino que en caso de haber despedido a la trabajadora encontrándose esta en estado de gravidez se presume que el despido fue por causa o en razón del embarazo y el empleador está obligado a reintegrar a la mujer al puesto que ocupaba. Dicho de otro modo: un despido de la trabajadora embarazada - es decir - dentro del período de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto - se presume que fue por causa o en razón del embarazo a menos que quepa aplicar las causales de despido con justa causa, asunto en el cual, se debe cumplir con las exigencias previstas en la legislación. Esta presunción opera también en relación con los contratos a término fijo que por prorrogarse de modo consecutivo se equiparan a contratos a término indefinido.”

En el caso de los contratos a término fijo y por obra, la protección debe otorgarse a las mujeres gestantes que hayan quedado embarazadas durante la vigencia del contrato, con independencia de si el empleador ha previsto o no una prórroga del mismo. La madre gestante debe comprobar que quedó embarazada antes del vencimiento del contrato a término fijo o por obra pero no resulta indispensable que lo haga con antelación al preaviso. Esto último resulta de la mayor importancia porque muchos empleadores niegan la protección con el argumento de que desconocían el estado de la trabajadora al momento de comunicarles el preaviso.” (Subrayas por fuera del texto original).

Ahora bien, una es la protección objetiva que deviene del Texto Superior y otra cuestión diferente es el ámbito de protección iusfundamental. En efecto, es necesario que el juez de tutela verifique las particularidades de cada tipo de contratación para determinar la prestación económica a la que tiene derecho la mujer gestante, pues si bien la protección constitucional es de naturaleza objetiva, es decir, la exonera del deber de notificar a su empleador sobre su estado de gravidez por tratarse de un asunto de difícil superación probatoria y es suficiente que el embarazo hubiera empezado durante la vigencia del contrato para que opere la presunción de despido por motivo de embarazo o lactancia, como quedó dicho en la sentencia T-095 de 2008, lo único cierto es que el juez de tutela en cada caso concreto determinará las medidas necesarias para restablecer los derechos afectados.

Tiene sentido lo dicho, en la medida en que una práctica que puede resultar perniciosa y contraria a los preceptos constitucionales es la utilización fraudulenta por parte de los empleadores de una modalidad específica de contratación para despojarse de los compromisos económicos que surgen cuando la mujer se encuentra en período de gravidez, razón por la cual debe garantizarse el reintegro con el pago de la indemnización equivalente a los salarios de 60 días (Art. 239 C.S.T.), en este evento, o el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad (art. 236 C.S.T.), cuando a pesar de que la relación laboral hubiera finalizado, logra constatarse que la modalidad contractual era la adecuada para alcanzar el objetivo perseguido, como puede ser el caso de los contratos de obra o por labor contratada.

El primer supuesto planteado fue el que condujo a esta Corporación a acceder a la totalidad de las prestaciones económicas en la citada sentencia, pues la accionada (Hoteles Avenida del Dorado S. A) vinculó a la demandante para desempeñarse como auxiliar de lavandería -oficios varios- mediante contrato de trabajo a término fijo por 184 días, que fue prorrogado en tres ocasiones, concluyendo en esa oportunidad el intérprete constitucional que no era posible dar por terminada la relación laboral en tanto la materia de trabajo subsistía y la trabajadora había cumplido con las obligaciones pactadas, razones más que suficientes para garantizar su renovación.

Con todo, es suficiente que la terminación de la relación contractual se produzca durante el período de gestación o de lactancia para que opere la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo, como garantía de naturaleza objetiva en los términos ya indicados, cuando no medie autorización administrativa del inspector del trabajo. Sin embargo, es necesario que el juez constitucional en cada caso concreto verifique las circunstancias de hecho para determinar si la modalidad de contrato a la que acudió el empleador busca eludir el pago de las prestaciones económicas que se derivan del fuero de maternidad, o si por el contrario, el vínculo obedece realmente a la finalidad para la cual fue suscrito y no persigue el desconocimiento de los derechos que de él se deriven. Identificado el primer ámbito, no le queda más remedio al juez de tutela que acceder a todas las prestaciones que prevé el Código Sustantivo del Trabajo (Art. 239), mientras que en el segundo, como garantía de la protección prodigada por el Ordenamiento Superior, debe reconocerse la licencia de maternidad conforme a los parámetros establecidos en la misma normativa (Art. 239).

5. Algunas consideraciones sobre las empresas de servicios temporales.

Esta forma de contratación denominada genéricamente “tercerización laboral”, surgió³⁵ en nuestro país a mediados de los años setenta con fundamento en la libertad de empresa, como una forma de vinculación laboral “por medio de la cual un empresario suministra en forma independiente a trabajadores a una empresa usuaria, para que, sin perder la condición de verdadero empleador de dichos trabajadores, presten servicios subordinados al usuario.”³⁶

“Primera etapa: abstención normativa (1963-1983)

Según lo registran los pocos análisis que se han hecho sobre el tema en el país, en 1963 hizo su entrada en Colombia la primera empresa de servicio temporal: la multinacional “Manpower”, que operó hasta 1971, cuando se desarticuló y se fraccionó en varias EST con capital nacional. // La característica básica de este primer período está en que el funcionamiento de las EST careció de regulación normativa específica. Pese a que esa carencia podía favorecer su funcionamiento, en cuanto les permitía fijar sus propias reglas de juego, el asunto resultaba más complicado, por cuanto las EST eran vistas como un “apéndice” de las agencias de colocación de empleo, que en su tiempo estaban reguladas por un decreto del gobierno (Decreto 2676/71), y cuya actividad estaba controlada por Convenios de la OIT. El propio gremio de las empresas temporales - ACOSET- inició un plan de propuesta legislativa tendiente a demostrar una regulación autónoma para las EST.

Segunda etapa: regulación permisiva (1983-1991)

Dentro de las iniciativas para regular la actividad de las EST, el Gobierno presentó al Congreso proyectos de ley sobre el tema, hasta que en la administración del Presidente Belisario Betancur el Gobierno llegó a la conclusión de que la regulación de las EST podía efectuarse por decreto. En la elaboración del proyecto tuvo notable injerencia el propio gremio de la actividad, es decir, ACOSET. // Se expidió entonces el Decreto 1433 de 1983, que reconoce a las EST como empleadores de sus trabajadores y no como intermediarios. El decreto establecía los requisitos de constitución de las EST, y asignaba al Ministerio de Trabajo la vigilancia y control de su actividad. El mayor defecto de esta reglamentación consiste en que no se establece término alguno a la “temporalidad” del

servicio suministrado por la EST. // La regulación del Decreto 1433/83 dejó satisfechas a las EST, que podían ofrecer a sus usuarios la condición de “verdaderos patronos” de los trabajadores temporales contratados, pero que podían mantener indefinidamente a estos trabajadores, eludiendo así responsabilidades extralegales. // Desde el punto de vista jurídico, la legalidad de esta regulación fue cuestionada: algunos analistas consideraron que no era posible considerar, por vía de decreto reglamentario, que las EST fueran verdaderos patronos, cuando frente al marco legal general (CST, art. 34 y 35) constituían una modalidad de “simple intermediario”. // Al amparo de este marco normativo permisivo y favorable a sus intereses, las EST continuaron su crecimiento en el mercado laboral colombiano.

Tercera etapa: regulación y control formal (desde 1991)

Con los debates de la reforma laboral que culminó en la Ley 50 de 1990 se introdujeron en la legislación laboral colombiana importantes mecanismos de flexibilidad laboral. Entre ellos, se facilitó que los empleadores contrataran directamente trabajadores por períodos de corta duración (contratos de trabajo a término fijo inferior a un año), situación que la legislación anterior dificultaba, lo que a su vez estimulaba la contratación a través de las EST. En ese contexto, la reforma se propuso crear un nuevo marco normativo para las mismas.”³⁷

En el contexto actual, la Ley 50 de 1990 reglamentada por el Decreto 4369 de 200638, dispone que la empresa de servicios temporales es aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios (usuarios) 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 con respecto de éstas el carácter de empleador (Arts. 71 y 72).

Agrega la misma normativa que los trabajadores vinculados a estas empresas pueden ser de planta, quienes desarrollan su actividad en las dependencias propias de las empresas de servicios temporales y de misión que son aquellos enviados por la empresa a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por estos, a los que se aplicarán en lo pertinente las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo y demás normas del régimen laboral, teniendo derecho a la compensación monetaria

por vacaciones y primas de servicios proporcional al tiempo laborado, cualquier que éste sea (Arts. 73 a 76).

Adicionalmente, pueden resaltarse los siguientes aspectos que igualmente son objeto de regulación: (i) los casos en los que los usuarios de las empresas de servicios temporales pueden contratar con éstas (Art. 77); (ii) la responsabilidad de la salud ocupacional de los trabajadores en misión está a cargo de la empresa de servicios temporales (Art. 78); (iii) estos trabajadores tendrán derecho a un salario ordinario equivalente al de los trabajadores de la empresa usuaria que desempeñan la misma actividad, aplicando escalas de antigüedad vigentes en la empresa, así como podrán gozar de los beneficios que el usuario tenga establecidos para sus trabajadores en materia de transporte, alimentación y recreación (Art. 79); (iv) imposibilidad de que la empresa de servicios temporales preste sus servicios a usuarios con las que tenga vinculación económica en los términos previstos en el capítulo XI del libro segundo del Código de Comercio (Art. 80); (v) parámetros que deben reunir los contratos celebrados entre las empresas de servicios temporales y los usuarios (Art. 81); (vi) atribución conferida al Ministerio de la Protección Social para aprobar las solicitudes de funcionamiento de las empresas con los requisitos establecidos en la misma ley (Arts. 82 a 85); (vii) otorgamiento y renovación de las licencias de funcionamiento a cargo de las alcaldías municipales, previa presentación de la resolución de aprobación expedida por el citado Ministerio, debidamente ejecutoriada (Arts. 86 y 87); (viii) imposibilidad de que las empresas de servicios temporales presten sus servicios a usuarios cuyos trabajadores se encuentren en huelga (Art. 89); (ix) la función de control y vigilancia de estas empresas le corresponde al Ministerio de la Protección Social (Art. 91).

Esta Corporación con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad presentada contra la expresión “por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más”, contenida en el numeral 3° del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 consideró que ese límite temporal para que los usuarios de las empresas de servicios temporales contraten con éstas, se aviene a los preceptos constitucionales pues su finalidad es proteger a los trabajadores para que las empresas no abusen de la posibilidad de contratar trabajadores temporales, dejando de lado los permanentes. En esa oportunidad este Tribunal sostuvo³⁹:

“El fijar en el caso de este numeral un término mínimo de seis meses, prorrogable ‘hasta por seis (6) meses más’, es, precisamente, la protección del trabajador permanente. Si la empresa quiere incrementar su producción permanentemente, no podrá seguir este camino (...)

(...)

Si se compara esta norma con el artículo 25 de la Constitución, se ve que se ajusta al principio de que el trabajo ‘goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado.’

(...)

El fijar límites a la forma de contratar de las empresas de servicios temporales, consulta su razón de ser. Y esos límites que se establecen para la protección de los trabajadores, interpretan el inciso final del artículo 13, según el cual ‘El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta’. Pues, dígase lo que se quiera, en la compleja relación empresa de servicios temporales, usuario y trabajador, la parte más débil es este último.

(...) Precisamente, la norma acusada, al trazar límites a la contratación de los servicios temporales, defiende la estabilidad en el trabajo [e] impide que lo que es excepcional, la contratación de servicios temporales, se convierta en lo ordinario, en la regla general.”

También ha sostenido esta Corte que la garantía de la estabilidad laboral en el empleo cobija todas las modalidades de contratos incluidos los que suscriben las empresas de servicios temporales, los cuales tienen en principio una vigencia condicionada al cumplimiento del tiempo pactado o a la finalización de una labor determinada, “de tal suerte que, la relación laboral pervive, mientras el usuario requiera de los servicios del trabajador o se haya finalizado la obra para la cual fue contratado.”⁴⁰

Sin embargo, este parámetro no debe entenderse de manera absoluta toda vez que entrándose de mujeres en estado de gestación, las prerrogativas o beneficios propios del

fuero de maternidad las cobija, por lo que se hace necesario para el empleador el agotamiento de las condiciones establecidas en la legislación laboral para dar por terminado el vínculo contractual, pues de lo contrario, además de vulnerar el debido proceso, daría lugar a la aplicación de la presunción de despido por discriminación en razón del embarazo, surgiendo inclusive la posibilidad de obtener el reintegro ya sea a través de este mecanismo constitucional, siempre y cuando esté demostrada la afectación del mínimo vital, o en su defecto ante el juez natural.

Esta especial protección constitucional debe prevalecer atendiendo las particularidades del caso concreto como se indicó en el apartado anterior, por lo que se hace necesario analizar los supuestos de hecho que dieron lugar al despido con el fin de verificar si la labor finalizó para determinar el tipo de protección que debe darse, parámetro que sin duda armoniza con el deber del Estado de proteger especialmente el derecho al trabajo y con los principios mínimos fundamentales que buscan resguardar a la mujer en estado de embarazo y evitar que se cometan injusticias durante este período de especial fragilidad. Sobre el particular ha indicado el intérprete constitucional:

“De todo lo expuesto se impone una conclusión: la mujer en el periodo de gestación o de lactancia goza de una estabilidad laboral cualificada o reforzada, en consecuencia, debe garantizarse su derecho efectivo a trabajar, independientemente de la clase de contrato, esto es, de si es a término indefinido, o a término fijo, o por el tiempo que dure la realización de la obra o por la naturaleza de la labor contratada (contratos generalmente suscritos con empresas de servicios temporales). El despido de una mujer que se halla en esta condición, debe obedecer a una causal objetiva o causa justa debidamente comprobada, además de la autorización de la autoridad administrativa competente. El desconocimiento de los requisitos aludidos, hace que el despido sea ineficaz y procede el reintegro. Las controversias así generadas, en principio, deben plantearse ante la jurisdicción ordinaria laboral, o de lo contencioso administrativo, según la clase de vinculación, pero si tal actuar compromete el mínimo vital de la mujer o se incurrió en una grosera trasgresión de las normas constitucionales, el conflicto puede plantearse ante el juez de tutela, buscando el amparo de los derechos fundamentales vulnerados.”⁴¹ (Negrilla por fuera del texto original).

Efectuadas las correspondientes precisiones normativas y jurisprudenciales, pasa la Sala

a realizar el estudio del caso concreto para determinar si el amparo constitucional solicitado debe ser o no concedido.

7. El asunto objeto de estudio.

7.1. La situación fáctica y las pruebas que reposan en el expediente de tutela permiten concluir en grado de certeza que (i) la señora Nillered Morales Vallejo estuvo vinculada a la empresa de servicios temporales Gestión Dinámica S. A. desde el 22 de agosto de 2008 hasta el 10 de febrero de 2009, mediante contrato de trabajo de duración por labor determinada, prestando sus servicios como trabajadora en misión en el establecimiento de comercio Punto Sabroso y recibiendo como remuneración mensual la suma de \$ 461.500" (folios 17 a 20 del cuaderno N° 1); (ii) la actora se enteró de su estado de gravidez el 28 de enero de 2009, contando para ese momento con aproximadamente 2 meses de gestación (folio 24 del cuaderno N° 1); (iii) en razón de la amenaza de aborto que fue diagnosticada por su médico tratante fue incapacitada en el período comprendido entre el 31 de enero y 7 de febrero de 2009 (folios 26 a 28 ibíd.); (iv) fue enterada de la finalización de la labor para la cual fue contratada el 10 de febrero (folios 19 y 20 ibíd.).

7.2. Una secuencia lógica en el estudio del asunto que ocupa la atención de esta Corporación, hace necesario constatar inicialmente el cumplimiento del requisito de subsidiariedad como presupuesto de procedencia de la acción de tutela y que la supuesta afrenta a derechos fundamentales proveniente de un particular pueda ser ventilada en este escenario procesal, para posteriormente, efectuar la verificación de los supuestos fácticos dispuestos por la jurisprudencia constitucional con el fin de establecer si la actora es titular de los beneficios derivados del fuero de maternidad.

7.3. En ese orden de ideas y como se indicó en las consideraciones de esta providencia, la acción de tutela es un mecanismo procesal de naturaleza residual que busca la protección inmediata de los derechos fundamentales, en el evento de que el titular de la vulneración no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Sin embargo, es posible que el juez constitucional acceda a la salvaguarda solicitada de manera definitiva cuando las circunstancias particulares del asunto objeto de estudio lo lleven al convencimiento de

que el mecanismo de defensa que en principio provee el ordenamiento jurídico no es idóneo, ni eficaz, caso en el cual surge un ámbito autónomo de procedencia del mecanismo tuitivo por encontrarse el afectado en estado de indefensión.

Lo anterior, permite desvirtuar la efectividad de la acción ordinaria laboral en tanto se trata de un mecanismo judicial en el que si bien impera la oralidad, resulta excesivo en términos de tiempo para lograr el restablecimiento de los derechos fundamentales que estima vulnerados la actora con ocasión de la terminación repentina de su contrato de trabajo cuando se encontraba en estado de gestación, siendo evidente el estado de indefensión en el que se encuentra, por lo que el mecanismo constitucional establecido en el artículo 86 de la Constitución se impone por resultar más eficaz.

7.4. Ahora bien, conforme a la prueba de embarazo practicada por la actora el 28 de enero de 2009 que arrojó como resultado “positivo”, allegada al expediente de tutela en la diligencia de ampliación de la acción tutelar realizada por el Juzgado de primera instancia y las comunicaciones que dan cuenta de la finalización del vínculo laboral a partir del 10 de febrero del mismo año, es inobjetable que la señora Nillered Morales Vallejo es titular de los beneficios establecidos en la normatividad propios del fuero de maternidad, los cuales deben ser garantizados por la empresa demandada, a menos que la labor para la cual fue contratada hubiera realmente terminado y no existiera posibilidad alguna de reubicarla en otra empresa usuaria, caso en el cual deberá garantizarse únicamente el pago de la licencia de maternidad como quedó dicho en las consideraciones de esta providencia.

Aunque la demandada fue enfática en señalar que la actora no informó sobre su estado de gravidez ni siquiera al momento de ser informada de la terminación del contrato de trabajo, la Sala a partir de la reorientación jurisprudencial realizada en sentencia T-095 de 200842, reitera que por tratarse de un asunto de difícil superación probatoria debe efectuarse una verificación del mismo menos rígida, pues “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.”⁴³

Fue así como este Tribunal concluyó que ninguno de los preceptos del Código Sustantivo del Trabajo “exige que el estado de gravidez haya sido conocido por el empleador antes de la terminación del contrato sino que el despido se haya efectuado dentro del período del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto”⁴⁴, alcance que además de armonizar con el catálogo de valores y principios constitucionales, confiere una protección objetiva a la mujer gestante eximiéndola de situaciones complejas desde el punto de vista probatorio que terminan por dejarla desprotegida de las garantías que dimanaban del fuero de maternidad. Sobre el particular sostuvo:

“Dado que la circunstancia delineada en el párrafo inmediatamente anterior se ha prestado para sinnúmero de abusos y en vista de que la ciencia médica ha avanzado hasta el punto en que mediante una ecografía puede determinarse de modo bastante seguro el momento del embarazo, resulta más garantista a la luz de la constitución entender la protección a la mujer en estado de gravidez como aquella que debe brindarse cuando quiera que la mujer ha quedado embarazada durante la vigencia del contrato de trabajo independientemente de la modalidad que caracterice la relación laboral. Así, sin importar cuál sea el tipo de contrato pactado - indefinido, a término fijo o por obra - el empleador estará obligado a reconocerle a la mujer gestante las prestaciones vinculadas con el fuero de maternidad que abarca la protección constitucional de la mujer trabajadora durante el embarazo, en el parto y luego de los tres meses de haber dado luz.” (Subrayas y negrillas por fuera del texto original).

En ese orden de ideas y con pleno convencimiento de que el embarazo inició cuando aún se encontraba vigente la relación laboral, la única alternativa jurídica loable con la que contaba la empresa demandada era el agotamiento del trámite administrativo previsto en el Código Sustantivo del Trabajo (Art. 240). Dicho de otra manera, la sola circunstancia de que hubiera terminado la labor para la cual fue contratada la accionante, así hipotéticamente la demandada no conociera sobre el estado de gravidez, no es desde el punto de vista constitucional una razón suficiente para justificar el cese de la relación laboral por parte del empleador.

En efecto, teniendo en cuenta que la actora realizaba oficios varios “consistentes en la prestación del servicio en los diferentes puntos del Establecimiento, (...) su labor principal

era la atención al cliente en cuanto a venta de los productos y también el registro de las mismas en las cajas registradoras”⁴⁵, no vacila la Sala en considerar que la labor que desempeñaba permitía reubicarla fácilmente en cualquiera de las empresas usuarias, como garantía del principio constitucional de estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo.

Nótese que en condiciones normales, esta causal hubiera sido suficiente para cesar el vínculo contractual por estar prevista en la legislación laboral (C.S.T. Art. 61, literal d), pero al tratarse de una mujer en estado de embarazo se torna trivial e insostenible a la luz de los mandatos constitucionales, por lo que era deber de la accionada darle continuidad a la relación laboral suscrita con la actora.

En consecuencia, la Sala estima que el despido de la accionante efectuado por la empresa de servicios temporales Gestión Dinámica S. A. en el que no medió autorización de la autoridad administrativa, estuvo motivado por su estado de embarazo, razón suficiente para disponer el pago de la indemnización equivalente a los salarios de 60 días prevista en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, aspecto que el a quo no incluyó en su decisión.

7.5. Verificado que la accionante fue despedida durante el período en el que estaba amparada por el fuero de maternidad, que el embarazo inició estando vigente el contrato de trabajo de duración por labor determinada, que la empresa demandada omitió el trámite administrativo para lograr la autorización que exige el Código Sustantivo del Trabajo, que existió relación de causalidad entre la situación grávida de la peticionaria y el cese del vínculo laboral y que la afectación del mínimo vital está demostrada, no vacila este Tribunal en concluir que la terminación unilateral del contrato de trabajo de la actora carece de eficacia jurídica lo que conlleva necesariamente al restablecimiento de los derechos fundamentales quebrantados.

7.6. Por las razones expuestas, la Sala revocará la sentencia dictada por el Juzgado 12 Civil del Circuito de Cali, el 20 de abril de 2009, y en su lugar, confirmará la proferida por el Juzgado 34 Civil Municipal de Cali, el 26 de febrero de la misma anualidad que dispuso tutelar los derechos fundamentales de Nillered Morales Vallejo vulnerados por la empresa de servicios temporales Gestión Dinámica S.A., pero precisando la orden en el sentido de

que el reintegro deberá realizarse en el restaurante Punto Sabroso y que en caso de que realmente no exista ninguna posibilidad de que continúe prestado la labor para la cual fue contratada en ese establecimiento de comercio, deberá ser reubicada en cualquiera otra empresa usuaria.

Adicionalmente, ordenará que la indemnización equivalente a los salarios de 60 días prevista en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, deberá pagarse a la actora dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia. No sobra precisar que las demás prestaciones consustanciales a la maternidad, deberán hacerse efectivas en los términos que la ley y la jurisprudencia de esta Corporación han dispuesto, tan pronto como se presente el alumbramiento.

Por último, es necesario advertir a la accionante que la protección concedida no es obstáculo, para que, si lo considera conveniente acuda ante la jurisdicción ordinaria para buscar el reconocimiento de los salarios y demás prestaciones económicas que dejó de percibir mientras cesó la relación laboral.

III. 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 la sentencia dictada por el Juzgado 12 Civil del Circuito de Cali, el 20 de abril de 2009, y en su lugar, CONFIRMAR la proferida por el Juzgado 34 Civil Municipal de Cali, el 26 de febrero de la misma anualidad que dispuso tutelar los derechos fundamentales de Nillered Morales Vallejo vulnerados por la empresa de servicios temporales Gestión Dinámica S.A., pero precisando la orden en el sentido de que el reintegro deberá realizarse en el restaurante Punto Sabroso y que en caso de que realmente no exista ninguna posibilidad de que continúe prestado la labor para la cual fue contratada en ese establecimiento de comercio, deberá ser reubicada en cualquiera otra empresa usuaria.

Segundo.- ADICIONAR la sentencia dictada por el Juzgado 34 Civil Municipal de Cali, en

el sentido de que la indemnización equivalente a los salarios de 60 días prevista en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, deberá pagarse a la actora dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia.

Tercero.- ADVERTIR a la accionante que la protección concedida no es obstáculo, para que, si lo considera conveniente acuda ante la jurisdicción ordinaria para buscar el reconocimiento de los salarios y demás prestaciones económicas que dejó de percibir mientras cesó la relación laboral.

Cuarto.- Por Secretaría LÍBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Folio 2 del cuaderno N° 1.

3 Folio 13 ibíd.

4 Folio 15 ibíd.

5 Ibídem.

6 Folio 24 ibíd.

7 Ibídem.

8 Folio 39 ibíd.

9 Folio 8 ibíd.

10 Folio 9 ibíd.

11 Folio 15 del cuaderno de revisión.

12 Folio 16 ibídem.

13 Ibíd.

14 Ibíd.

15 Folio 1 del cuaderno N° 1.

16 La fuente directa que el constituyente de 1991 tuvo para establecer la procedencia de la acción de tutela contra particulares, está recogida en la doctrina alemana denominada "Drittwirkung der Grundrechte" (literalmente, efecto frente a terceros de los derechos fundamentales), que suele denotar la incidencia de los derechos fundamentales en el derecho privado y en las relaciones jurídicas privadas, cuya fuente es de carácter jurisprudencial desde 1958, a raíz del pronunciamiento del Tribunal Constitucional Alemán en la sentencia dictada en el caso "Lüth". GARCIA TORRES, Jesús y JIMENEZ BLANCO, Antonio. Derechos Fundamentales y relaciones entre particulares. Cuadernos Civitas. Editorial Civitas S. A., Madrid 1986, Pág. 11. Cita realizada en la sentencia T-099 de 1993.

17 La Corte como justificación a la posibilidad de impetrar acción de tutela contra particulares, sostuvo: "3.1. En su génesis, los derechos fundamentales aparecen vinculados a la defensa de los individuos y grupos minoritarios frente al ejercicio abusivo de los poderes públicos. Tradición que se sustenta en el reconocimiento de que la

relación entre el Estado y el individuo descansa en una asimetría de poderes que es preciso compensar otorgando a la parte más débil, el individuo, unos derechos que sirvan como instrumentos de protección frente a los eventuales excesos en los que pueda incurrir el más poderoso. // 3.2. No obstante, esta incesante búsqueda de límites al poder en que consiste el constitucionalismo ha llevado a reconocer que también al interior de la sociedad existen relaciones de desigual poder que es preciso someter al control del derecho; que las amenazas para la libertad y demás derechos del individuo no proceden sólo de los poderes públicos sino también de los privados, ya sea de aquellos micropoderes que se ejercen al interior de los espacios domésticos o de esos otros, más visibles, macropoderes sociales y económicos de muy diverso tipo, como son los que detentan los medios de comunicación, los grupos económicos, los empresarios, los partidos políticos, las asociaciones, etc. Por tal razón, los derechos fundamentales y las garantías diseñadas para su protección no se conciben sólo como una herramienta para controlar la arbitrariedad de los poderes públicos, sino también como instrumentos para compensar las situaciones de desigual poder que se presentan en las relaciones entre particulares” (T-198 de 2007).

18 T-1040 de 2006. En sentencia T-277 de 1999, la Corte estableció como parámetro general, que el juez constitucional es quien debe darle contenido al vocablo “indefensión”, para determinar la procedencia de la acción de tutela en cada caso concreto. Sobre el particular señaló: “3.4. El estado de indefensión, para efectos de la procedencia de la acción de tutela, debe ser analizado por el juez constitucional atendiendo las circunstancias propias del caso sometido a estudio. No existe definición ni circunstancia única que permita delimitar el contenido de este concepto, pues, como lo ha reconocido la jurisprudencia, éste puede consistir, entre otros en: i) la falta, ausencia o ineficacia de medios de defensa de carácter legal, material o físico, que le permitan al particular que instaura la acción, contrarrestar los ataques o agravios que, contra sus derechos constitucionales fundamentales, sean inferidos por el particular contra el cual se impetra la acción -sentencias T-573 de 1992; 190 de 1994 y 498 de 1994, entre otras-. ii) la imposibilidad del particular de satisfacer una necesidad básica o vital, por la forma irracional, irrazonable y desproporcionada como otro particular activa o pasivamente ejerce una posición o un derecho del que es titular -sentencias T-605 de 1992; T-036; T-379 de 1995; T-375 de 1996 y T-801 de 1998, entre otras- iii) la existencia de un vínculo afectivo, moral, social o contractual, que facilite la ejecución de acciones u

omisiones que resulten lesivas de derechos fundamentales de una de las partes v.gr. la relación entre padres e hijos, entre cónyuges, entre copropietarios, entre socios, etc. -sentencias 174 de 1994; T-529 de 1992; T-; T-233 de 1994, T-351 de 1997. iv) El uso de medios o recursos que buscan, a través de la presión social que puede causar su utilización, el que un particular haga o deje de hacer algo en favor de otro. v.gr. la publicación de la condición de deudor de una persona por parte de su acreedor en un diario de amplia circulación -sentencia 411 de 1995- la utilización de personas con determinadas características -chepitos-, para efectuar el cobro de acreencias -sentencia 412 de 1992-; etc.”.

19 T-605 de 1992.

20 T-1087 de 2007, T-046 de 2005, T-302 de 2005, T-561 de 2003, T-1330 de 2001, T-125 de 1994, T-036 de 1995, T-351 de 1997, T-1008 de 1999.

21 T-1118 de 2002, T-174 de 1994 y T-288 de 1995.

22 Según lo previsto en el numeral 9° del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, “se presume la indefensión del menor que solicite la tutela.” Al respecto, pueden consultarse las sentencias T-356 de 2002, T-900 de 2006 y T-433 de 2008.

23 T-066 de 1998.

24 T-498 de 1994, T-368 de 1998, T-796 de 1999.

25 T-584 de 2006, T-152 de 2006, T-579 de 1995 y T-375 de 1997, T-602 de 1998.

26 T-697 de 1996.

27 T-394 de 1999.

28 T-329 de 2005 y T-331 de 2005.

29 T-1202 de 2005.

30 C-470 de 1997.

31 T-095 de 2008

32 Ibídem.

33 Respecto de la fundamentalidad de este derecho, la Corte en sentencia T-373 de 1998, sostuvo: “En suma, una interpretación del artículo 13 de la Carta, a la luz de los artículos 43 y 53 del mismo texto, permite afirmar que la mujer embarazada tiene el derecho constitucional fundamental a no ser discriminada en el campo laboral por razón de su estado de gravidez, lo que apareja, necesariamente, el derecho fundamental a no ser despedida por causa del embarazo, es decir, a una estabilidad laboral reforzada o a lo que se ha denominado el “fuero de maternidad.”

34 Cfr. T-373 de 1998, T-426 de 1998, T-362 de 1999, T-879 de 1999, T-375 de 2000, T-778 de 2000, T-832 de 2000, T-352 de 2001, T-404 de 2001, T-206 de 2002, T-961 de 2002, T-862 de 2003, T-1138 de 2003, T-1177 de 2003, T-848 de 2004, T-900 de 2004, T-173 de 2005, T-176 de 2005, T-185 de 2005, T-291 de 2005, T-006 de 2006, T-021 de 2006, T-546 de 2006, T-589 de 2005, T-807 de 2006, T-1003 de 2006, T-1040 de 2006, T-354 de 2007, T-546 de 2007, T-095 de 2008, T-687 de 2008, T-371 de 2009.

35 Esta modalidad de vinculación laboral surgió en los Estados Unidos a partir de la segunda post-guerra y tuvo como finalidad primordial satisfacer una necesidad de la vida empresarial moderna: la de resolver, en forma rápida y eficiente, las necesidades ocasionales de personal, mediante el envío de trabajadores que dependían de la empresa temporal y no ocasionaban responsabilidades laborales a la empresa que utilizaba el servicio (Las empresas de servicios temporales en Colombia. Revista Latinoamérica de Derecho Social. Núm. 5, julio-diciembre de 2007, p. 231).

36 Op. Cit.

37 La contratación de trabajadores a través de empresas de servicios temporales. Revista precedente 2002, pp. 211 y 212.

38 Ante la fuerza de los hechos y los reclamos presentados por trabajadores y organizaciones sobre los posibles abusos en la utilización de esta figura jurídica, se dictó el Decreto reglamentario 4369 del 4 de diciembre de 2006 que enfatiza sobre la

naturaleza, requisitos y límites, funciones y demás características fundamentales para evitar las relaciones laborales disfrazadas, simuladas o aparentes entre usuarias y prestadoras de servicios temporales (Las empresas de servicios temporales en Colombia. Revista Latinoamérica de Derecho Social. Núm. 5, julio-diciembre de 2007, p. 232).

39 C-330 de 1995.

40 T-1040 de 2006.

41 T-404 de 2005.

42 Este criterio fue reiterado en las sentencias T-687 de 2008, T-1069 de 2008 y T-371 de 2009.

43 T-095 de 2008.

44 *Ibíd.*

45 Folio 16 del cuaderno de revisión.