

T-656-14

Sentencia T-656/14

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD E INMEDIATEZ EN LA ACCION DE TUTELA-Requisitos de procedibilidad

En el caso de mujeres que afirman haber sido despedidas por causa de su estado de embarazo o en periodo de lactancia, el término que puede ser considerado como razonable para acudir a la acción de tutela es hasta un año después de la fecha de parto. De acuerdo con la mencionada sentencia: “la Sala considera que en los casos en que hay indicios que la trabajadora fue despedida con ocasión de su estado de embarazo, la acción de tutela podrá igualmente ser presentada dentro del año siguiente al nacimiento de su hijo. En consecuencia, en el presente caso la peticionaria no incumplió el requisito de inmediatez de la acción de tutela, puesto que fue presentada dentro de un término estimado como prudencial, adecuado y justo por esta Corporación”.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA O EN ESTADO DE LACTANCIA-Sujeto de especial protección

La mujer embarazada o lactante es un sujeto de especial protección constitucional, que por esta razón le asiste una garantía de estabilidad laboral reforzada y que la protección de sus derechos por vía de tutela solo debe cumplir en esencia dos requisitos “a) la existencia de una relación laboral o de prestación y, b) que la mujer se encuentre en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguiente al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación.” El alcance de la protección se determinará de acuerdo a la modalidad bajo la cual se encuentre vinculada y si su empleador conocía o no de su estado. Para este caso en concreto, debe tenerse en cuenta que se trataba de un contrato verbal de trabajo, que se entiende a término indefinido y que el empleador conocía del estado de embarazo de la demandante.

FUNDAMENTOS NORMATIVOS DE LA PROTECCION LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA O EN LACTANCIA/PROTECCION LABORAL REFORZADA DE MUJER TRABAJADORA EMBARAZADA O EN LACTANCIA-Fuerza vinculante con instrumentos internacionales

EMPLEADOR-Obligación de afiliar a sus trabajadores al Sistema General de Seguridad Social y los trámites corren por su cuenta y no del trabajador

FUERO DE MATERNIDAD-Permiso del inspector de trabajo para despedir a mujer embarazada o en periodo de lactancia

UNIFICACION DE JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE DESPIDO DE MUJER EMBARAZADA-SU-070/2013

CONOCIMIENTO DEL EMBARAZO POR PARTE DEL EMPLEADOR-No es requisito para la protección de la mujer embarazada sino para determinar el grado de protección

DERECHO AL MINIMO VITAL, SEGURIDAD SOCIAL Y ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA-Orden de reconocer licencia de maternidad, pagar aportes al Sistema General de Pensiones y reconocer indemnización por despido injusto de mujer embarazada

Referencia: expediente T-4335824

Acción de tutela presentada por Leidy Karina González Rueda contra Ramiro Muñoz Cárdenas

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., cuatro (4) de septiembre de dos mil catorce (2014)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y previas a el cumplimiento de los requisitos y trámites legales y reglamentarios, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de las sentencias proferidas, en primera instancia, por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Chía, el quince (15) de enero de dos mil catorce (2014), y en segunda instancia por Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de

Zipaquirá el veinticuatro (24) de febrero de dos mil catorce (2014)[1].

I. ANTECEDENTES

1. Hechos de la demanda

La señora Leidy Karina González Rueda presentó acción de tutela contra el señor Ramiro Muñoz Cárdenas, propietario del establecimiento de comercio Boutique Samantha -Venta y Alquiler-, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales y los de su hijo a la dignidad humana, al trabajo, seguridad social, mínimo vital, protección especial de los menores y fuero especial constitucional de maternidad. Los hechos alegados por la accionante son los siguientes:

1. La actora fue vinculada por el demandado por medio de un contrato verbal de trabajo para realizar labores de atención al cliente y oficios varios en el establecimiento denominado Boutique Samantha Venta y Alquiler en el municipio de Chía (Cundinamarca). En la demanda no determina la fecha de inicio de la relación laboral; no obstante en interrogatorio de parte realizado por el juez de primera instancia fija el inicio de la misma en los últimos fines de semana de agosto de dos mil doce (2012).
2. La accionante recibía por concepto de salario la suma de trescientos mil pesos quincenales (\$300.000). No fue afiliada a salud, pensiones ni riesgos laborales.
3. De acuerdo con lo afirmado en la tutela, a finales de diciembre de dos mil doce (2012) el empleador le dijo que la esperaba el quince (15) de enero de dos mil trece (2013) para continuar labores. Sin embargo, el veintidós (22) de diciembre de dos mil doce (2012), según relata, le comunicó verbalmente[2] a su jefe de su estado de embarazo, respondiéndole éste: “¡ah, eso sí lo tenemos que hablar[3]!”.
4. El catorce (14) de enero de dos mil trece (2013), la tutelante se comunicó con su empleador con el fin de preguntarle si volvía a trabajar, a lo que este respondió que se comunicaría con ella posteriormente. Adiciona que: “me reintegró con muchos reparos, que usted va estar incapacitada, me va a perder tiempo en la citas, etc., luego me desmejoró cambiándome las reglas del juego le pago 23 mil diarios y me descansa dos días, así empezó y terminé trabajando sol (sic) 2 o 3 días a la semana, recibiendo 23 mil diarios.”[4]

5. La accionante afirma que trabajó hasta el día veintiséis (26) de mayo de dos mil trece (2013). Su hijo nació el treinta (30) de mayo de dos mil trece (2013).

6. Posteriormente, el empleador no la quiso vincular de nuevo argumentando que ella había dañado un teléfono. Dado que nunca cotizó al sistema de seguridad social, no le fue reconocida su licencia de maternidad.

7. En la actualidad se encuentra desempleada y su compañero permanente asume la seguridad social tanto de ella como de su menor hijo.

2. Respuesta del demandado y de las entidades vinculadas

El diez (10) de diciembre de dos mil trece (2013) el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Chía[5] admitió la acción y ordenó notificar al demandado. Así mismo decidió vincular a Salud Total EPS y al Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA-.

2.1. Respuesta del señor Ramiro Muñoz Cárdenas.

El doce (12) de diciembre de 2013, el accionado respondió la tutela y expuso los siguientes argumentos en su defensa. En primer lugar, sostuvo que la acción de tutela es una herramienta de protección subsidiaria y que en este caso la accionante cuenta con otro mecanismo judicial de defensa en la justicia ordinaria laboral. En segundo lugar, señaló que la acción presentada tampoco cumple con el principio de inmediatez. Dijo al respecto: “[...] si su hijo nació en mayo de 2013, a la fecha han transcurrido 7 meses, igualmente término superior al consagrado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional que se ha definido en cuatro meses, por lo tanto, el amparo constitucional carece del principio de inmediatez”[6].

Niega que haya recibido el aviso de su embarazo el día veintidós (22) de diciembre porque “ésta se desempeñó hasta el día 14 de diciembre de 2012, luego no podía darme el supuesto aviso de su embarazo el día 22 de diciembre como lo relata en el hecho tercero”. Afirma que se enteró del embarazo cuando volvió a trabajar con él (no precisa la fecha) ya que era un hecho notorio. Confirma que la accionada trabajó hasta el veintiséis (26) de mayo “sin que haya vuelto a laborar” y que no hubo despido[7].

2.2. Respuesta de la EPS Salud Total.

El dieciséis (16) de diciembre de dos mil trece (2013) la EPS Salud Total contestó la tutela argumentando que no ha vulnerado los derechos fundamentales de la accionante, pues revisada la base de datos la demandante no se afilió nunca como cotizante. Informa que desde el treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011) se encuentra afiliada en calidad de beneficiaria del señor Cristian Camilo Chavarro Cifuentes, su compañero permanente.

Aclara además que, el reconocimiento de las prestaciones económicas derivadas de la Licencia de Maternidad, “según lo ha dispuesto la normatividad vigente se encuentra relacionado con el hecho que el trabajador, quien es el COTIZANTE va a estar cesante y no debe dejar de percibir su sustento; sin embargo, en el caso que nos ocupa, encontramos que la señora LEYDI KARINA GONZALEZ RUEDA no ha cotizado dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud ni un solo día a través de la entidad que represento[8].” (Énfasis fuera de texto)

2.3. Respuesta del Ministerio de Salud y Protección Social

En atención a la vinculación realizada al Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA-, el Ministerio de Salud y Protección Social a través de su director jurídico respondió oponiéndose a la acción de tutela y solicitando la desvinculación del Ministerio, considerando que en el caso en concreto existe otro medio de defensa y que en caso de surgir “entre el cotizante y la EPS una controversia por el reconocimiento de incapacidades, la misma debe ser dirimida por la Superintendencia Nacional de Salud, dentro de las funciones jurisdiccionales que el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 le concediera para el efecto.[9]”

3. Sentencia de primera instancia

El quince (15) de enero de dos mil catorce (2014), el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Chía, negó la tutela interpuesta por Leidy Karina González. Argumentó que la accionante cuenta con otros medios de defensa judicial de sus derechos y que no demostró la existencia de un perjuicio irremediable[10].

La juez, a petición del demandado, accedió a la realización de pruebas testimoniales, las

cuales no se llevaron a cabo porque los citados se excusaron por compromisos adquiridos con anterioridad a la fecha fijada para la diligencia judicial.

4. Impugnación.

La accionante impugnó la sentencia de primera instancia el día veintiuno (21) de enero de dos mil catorce (2014).

De acuerdo con la accionante, el proceso laboral no resulta ser el medio idóneo y eficaz para resolver su situación toda vez que “soy una persona de escasos recursos económicos y las obligaciones no dan espera”. Manifestó que ante la falta de pruebas sobre la afectación del mínimo vital “no sé cómo probar el hambre y las necesidades básicas insatisfechas. Esto se me convierte en una obligación de imposible cumplimiento”. En ese orden de ideas, afirmó que la tutela se constituye en el mecanismo idóneo para la protección transitoria de sus derechos.

5. Sentencia de segunda instancia.

El veinticuatro (24) de febrero de dos mil catorce (2014), el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Zipaquirá, confirmó el fallo de primera instancia considerando que la accionante no logró demostrar la existencia de un perjuicio irremediable ni en la demanda ni en la impugnación presentada. En palabras del juez “[c]omo se puede apreciar, la escasez probatoria de la actora juega en su contra, destacando que a pesar de la informalidad de la tutela, bastaba con que al menos se relacionara las dificultades que sobrevinieron con el despido y que se han mantenido en el tiempo”[11].

Así mismo considera que la accionante desconoció la regla de inmediatez toda vez que “recurrió al mecanismo de amparo constitucional un (1) año y dos (2) meses después de que se presentara su despido, sin que exista una razón o causa válida que justifique la demora en el ejercicio de la acción de tutela, ni el surgimiento de hechos nuevos que obliguen a la protección actual de los derechos alegados”[12].

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1. Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos 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.

Presentación del caso y aclaraciones previas

2. Antes de dar respuesta al caso objeto de controversia, es preciso hacer claridad sobre varios puntos en relación con los hechos pertinentes para hacer el estudio del caso. Se encuentra probada la existencia de una relación laboral entre la tutelante y el accionado, que se dio por terminada el día veintiséis (26) de mayo de dos mil trece (2013) (en ello coinciden las partes). La relación finalizó estando la accionante en estado de embarazo y desde antes de darla por terminada, el empleador tenía conocimiento de su condición, porque incluso afirma en su escrito de contestación a la tutela, que tal estado era notorio[13]. Por último, no obra en el expediente prueba alguna de que el empleador haya solicitado autorización al Inspector de Trabajo para dar por terminada la relación laboral.

Problema Jurídico

3. De acuerdo con los antecedentes expuestos, corresponde a la Sala resolver el siguiente problema jurídico: ¿Se vulnera, por parte de un empleador el derecho a la estabilidad laboral reforzada y a la seguridad social, de la mujer embarazada o lactante, cuando se da por terminado, sin justa causa, y sin autorización del Inspector de Trabajo, un contrato de trabajo verbal a término indefinido?

4. Para dar solución al anterior problema la Corte reiterará su jurisprudencia en relación con la protección especial a la mujer en estado de embarazo o lactante así como el deber de los empleadores de afiliar a sus trabajadores al Sistema de Seguridad Social Integral. Con fundamento en ello, dará respuesta al caso concreto.

Procedencia.

5. Con respecto a la procedencia formal de la acción de tutela se deben resolver dos (2) aspectos que fueron controvertidos por el demandado. En primer lugar, si se satisface el requisito de inmediatez de la acción, en segundo lugar, si se cumple con el principio de

subsidiariedad.

a. En el caso de mujeres que afirman haber sido despedidas por causa de su estado de embarazo o en periodo de lactancia, el término que puede ser considerado como razonable para acudir a la acción de tutela es hasta un año después de la fecha de parto, cumpliendo así el principio de inmediatez.

Esta Sala considera que la accionante interpuso la demanda de tutela dentro de un tiempo razonable teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

6. La sentencia T-900 de 2004 (MP. Jaime Córdoba Triviño), estableció que en el caso de mujeres que afirman haber sido despedidas por causa de su estado de embarazo o en periodo de lactancia, el término que puede ser considerado como razonable para acudir a la acción de tutela es hasta un año después de la fecha de parto. De acuerdo con la mencionada sentencia: “la Sala considera que en los casos en que hay indicios que la trabajadora fue despedida con ocasión de su estado de embarazo, la acción de tutela podrá igualmente ser presentada dentro del año siguiente al nacimiento de su hijo. En consecuencia, en el presente caso la peticionaria no incumplió el requisito de inmediatez de la acción de tutela, puesto que fue presentada dentro de un término estimado como prudencial, adecuado y justo por esta Corporación”[14].

7. Así mismo, más recientemente esta Corte, en caso similar, en el cual la accionante presentó la solicitud de amparo siete (7) meses después de la terminación del contrato consideró que este constituía un plazo razonable[15].

8. Deben tenerse en cuenta varios aspectos adicionales como (i) que la incapacidad médico legal entregada por la Clínica Chía fue de noventa y ocho (98) días, la cual se terminó el cuatro (4) de septiembre de dos mil trece (2013); (ii) que la demandante elevó una queja ante la Superintendencia Nacional de Salud contra la EPS Salud Total, por el reconocimiento de su licencia de maternidad[16]; (iii) que recurrió a la Casa de Justicia con el fin de ser asesorada en su situación “como a los tres meses de nacido mi bebe y allá me dijeron con el Inspector de Trabajo, me dijo que eso era para una acción de tutela, de ahí pasé con el defensor del pueblo y me ayudó a hacer la tutela, por el tema de la licencia de maternidad.[17]”. Ante la pregunta de la jueza de primera instancia sobre la demora en instaurar la acción de tutela, la accionante manifestó: “Yo después de que terminé la

licencia hablé con él para saber porque razón no me llamaba, después me dijeron que hiciera unas cartas a la salud y mientras las respuestas pues paso mucho tiempo y después de todo ese trámite el 10 de diciembre de 2013, fue que pude traer la acción de tutela”.

9. Como puede verse, la actora buscó por otros medios la efectividad de su derecho y tuvo la expectativa de que su empleador la recibiera de nuevo. Concluye esta Sala que la demandante presentó el amparo de tutela el diez (10) de diciembre de dos mil trece (2013), es decir seis (6) meses y 10 (diez) días después de haber dado a luz lo que constituye un término razonable.

b. Subsidiariedad. La acción de tutela en casos como el presente procede de manera excepcional no solo por la afectación o amenaza del derecho fundamental al mínimo vital sino de otros derechos fundamentales como a no ser discriminado y a la estabilidad laboral reforzada.

10. Conforme al artículo 86 de la Carta la acción de tutela está revestida de un carácter subsidiario, al respecto la Corte, en reiterada jurisprudencia, ha determinado que puede ser utilizada para evitar un perjuicio irremediable. Para determinar la existencia de un perjuicio irremediable deben tenerse en cuenta los siguientes criterios: (i) una amenaza actual e inminente, (ii) se trate de un perjuicio grave, (iii) que sea necesaria la adopción de medidas urgentes y (iv) que las mismas sean impostergables.

11. En el caso concreto, considera la Sala que existe una afectación del derecho de la accionante la estabilidad laboral reforzada, al mínimo vital y a su derecho a no ser discriminada; que esta afectación es grave teniendo en cuenta la especial protección constitucional de la mujer embarazada o lactante y que se hace indispensable tomar medidas inmediatas para cesar la afectación de estos derechos. En este caso, los mecanismos ordinarios no son idóneos para amparar los derechos afectados de la accionante, pues no protegen de manera oportuna la garantía invocada.

12. Adicionalmente, no encuentra esta Sala prueba alguna de que lo manifestado por la accionante, en relación la afectación a su mínimo vital haya sido desvirtuado. No obstante, es importante aclarar que en el caso de las trabajadoras que consideran que han sido despedidas por su condición de embarazo o lactancia, no solo ven amenazado o vulnerado su derecho al mínimo vital, sino a no ser discriminadas y a la estabilidad laboral reforzada,

que como se verá más adelante, tiene una connotación constitucional plurivalente en la medida en que busca proteger varios derechos de orden constitucional.

13. Concluye la Sala que en este caso se cumplen con los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela y que se debe estudiar el fondo del asunto.

Análisis de fondo

14. Para resolver de fondo sobre la vulneración de los derechos a la dignidad humana, al trabajo, seguridad social, mínimo vital protección especial de los menores y fuero especial constitucional de maternidad se analizarán los siguientes presupuestos: (i) La mujer embarazada o lactante como sujeto de especial protección constitucional a través de la estabilidad laboral reforzada (reiteración de jurisprudencia); (ii) la obligación de los empleadores de afiliar a sus trabajadores a la seguridad social; (iii) el caso concreto.

La mujer embarazada o lactante como sujeto de especial protección constitucional a través de la estabilidad laboral reforzada (reiteración de jurisprudencia).

15. La protección especial a la mujer trabajadora gestante no es un simple agregado dentro del texto constitucional. Los fundamentos de esta protección, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, pueden resumirse en cuatro premisas: En primer lugar, el mandato contenido en el artículo 43 en relación con la “especial asistencia y protección del Estado” a la mujer en estado de embarazo y después del parto. De acuerdo con esta Corte “Este enunciado constitucional implica a su vez dos obligaciones: la especial protección estatal de la mujer embarazada y lactante, sin distinción, y un deber prestacional también a cargo del Estado: otorgar un subsidio cuando esté desempleada o desamparada”[18].

16. En segundo lugar, la protección de la mujer embarazada o lactante contra la discriminación en el ámbito del trabajo; garantía habitualmente conocida como fuero de maternidad[19], que tiene como fin impedir el despido o la terminación del contrato, causados por el embarazo o la lactancia. Tal y como lo ha sostenido esta Corte “una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual ha sido, y sigue siendo, el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, debido a los eventuales sobre costos o incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las

empresas”[20].

17. En tercer lugar, esta protección se asienta en la concepción de la vida como valor fundante dentro del ordenamiento constitucional (Preámbulo y artículos 11 y 44 Superior), “[p]or ello la mujer en estado de embarazo es también protegida en forma preferencial por el ordenamiento como gestadora de la vida que es”[21]. Tal y como lo ha expresado esta Corte, “la protección a la mujer trabajadora gestante tiene como fundamento a la presunción de que la vida que se está gestando es protegida, cuando la madre goza efectivamente de sus derechos fundamentales, especialmente de su derecho al trabajo, del cual se deriva el sustento económico que le va proveer lo necesario para cuidar de su hijo por nacer.”[22].

18. Finalmente, se considera que esta protección tiene fundamento en la protección constitucional a la familia contenida en los artículos 5 y 42 constitucionales[23].

19. Debe tenerse en cuenta además, que esta protección se encuentra contenida en los distintos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos ratificados por Colombia como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 2, 6 y 10.2); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 3 y 26); la Convención Americana de Derechos Humanos (artículos 1 y 24) y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer -CEDAW- (artículos 11 y 12.2)

20. Así mismo, en el rango legal, el Código Sustantivo del Trabajo artículo 239[24], establece la prohibición de despido de mujer por motivo del embarazo o lactancia, la presunción de que dicho despido se ha efectuado por motivo del embarazo o lactancia y las sanciones imponibles en caso de que se vulnere dicha prohibición.

21. El artículo 240 del mismo estatuto señala que el despido de una mujer en estado de embarazo o lactante debe ser autorizado por el Inspector de Trabajo o el Alcalde Municipal, en los lugares en los que no exista inspector. Quien emita la autorización de despido, debe constatar que la solicitud del empleador se hizo con fundamento en alguna de las causales consagradas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo y haber escuchado previamente a la trabajadora.[25] La infracción de lo dispuesto en esta norma genera la ineficacia del despido.

22. La jurisprudencia ha establecido unos criterios[26] que le permiten determinar, al juez constitucional, si es procedente el amparo en virtud del fuero de maternidad los cuales fueron unificados en la citada sentencia SU-070 de 2013.

23. El primero de estos criterios es que “el conocimiento del embarazo de la trabajadora no es requisito para establecer si existe o no protección, sino para determinar el grado de la protección”. Al respecto la Corte distinguió dos situaciones: si el empleador tenía conocimiento, hay lugar a una “protección integral y completa, pues se asume que el despido se basó en el embarazo y por ende en un factor de discriminación en razón del sexo”. Mientras que, en el caso en que el empleador no tenía conocimiento del embarazo, “dará lugar a una protección más débil, basada en el principio de solidaridad y en la garantía de estabilidad en el trabajo durante el embarazo y la lactancia, como un medio para asegurar un salario o un ingreso económico a la madre y como garantía de los derechos del recién nacido”.

Así mismo aclaró que el conocimiento del empleador del embarazo de la trabajadora, “no exige mayores formalidades” y que los criterios para inferir el conocimiento tienen carácter indicativo y no taxativo. En ese sentido estimó la Corte que “[e]ste puede darse por medio de la notificación directa, método que resulta más fácil de probar, pero también, porque se configure un hecho notorio o por la noticia de un tercero, por ejemplo”. También se infiere el conocimiento del empleador de las circunstancias que rodean el despido.

24. También unificó los criterios en relación con la forma de vinculación de la mujer en estado de embarazo o lactancia que resultan pertinentes para determinar el alcance de la protección. Precisa que “resulta ineludible concluir que la modalidad de contratación no hace nugatoria la protección, sino remite al estudio de la pertinencia o alcance de una u otra medida de protección.” Así por ejemplo y por ser pertinente para el caso concreto, cuando se trata de un contrato a término indefinido, el empleador conoce del estado de la trabajadora y la despide sin la autorización de la autoridad administrativa, “en este caso se debe aplicar la protección derivada del fuero consistente en la ineficacia del despido y el consecuente reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de percibir. Se trata de la protección establecida legalmente en el artículo 239 del CST y obedece al supuesto de protección contra la discriminación[27].”

25. La ineficacia del despido de mujer embarazada o lactante se acompaña con la obligación del empleador de indemnizarla cuando la despide a pesar de la prohibición legal y sin cumplir los requisitos contemplados en la ley. Así lo estableció esta Corte en sentencia C-470 de 1997[28] (MP. Alejandro Martínez Caballero) en los siguientes términos: “Por todo lo anterior, la Corte Constitucional concluye que la única decisión admisible en este caso es integrar en el ordenamiento legal los mandatos constitucionales sobre la igualdad (CP art 13) y la protección a la maternidad en el ámbito laboral (CP arts 43 y 53), de suerte que debe entenderse 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 competente. Esto significa que para que el despido sea eficaz, el patrono debe obtener la previa autorización del funcionario del trabajo, para entonces poder entregar la correspondiente carta de terminación del contrato. Y en caso de que no lo haga, no sólo debe pagar la correspondiente indemnización sino que, además, el despido es ineficaz.”

26. Visto lo anterior puede concluirse que la mujer embarazada o lactante es un sujeto de especial protección constitucional, que por esta razón le asiste una garantía de estabilidad laboral reforzada y que la protección de sus derechos por vía de tutela solo debe cumplir en esencia dos requisitos “a) la existencia de una relación laboral o de prestación y, b) que la mujer se encuentre en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguiente al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación.” El alcance de la protección se determinará de acuerdo a la modalidad bajo la cual se encuentre vinculada y si su empleador conocía o no de su estado. Para este caso en concreto, debe tenerse en cuenta que se trataba de un contrato verbal de trabajo, que se entiende a término indefinido y que el empleador conocía del estado de embarazo de la demandante.

La obligación de los empleadores de afiliar a sus trabajadores a la seguridad social (Reiteración de jurisprudencia)

27. El artículo 25 Constitucional establece el trabajo como un derecho y una obligación social, con una especial protección y con garantía de condiciones dignas y justas. Para esta Corporación una de las condiciones para dar cumplimiento a este mandato constitucional es el pago oportuno de los salarios[29] y el cumplimiento del deber de los empleadores de afiliar a sus trabajadores al sistema de seguridad social integral. Esta garantía incluye la

afiliación del trabajador a pensiones, salud y riesgos laborales.

28. La afiliación de los trabajadores al sistema de seguridad social no solo constituye un desarrollo de la garantía de condiciones dignas y justas, se trata de una garantía destinada a la protección de varios derechos también de orden constitucional: la vida, la salud y la seguridad social en sí misma. En ese sentido, la sentencia T-346 de 2000[30] determinó:

“En cuanto se refiere a la omisión de afiliar a la actora al sistema de seguridad social, debe recordarse que, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente (Ley 100 de 1993), el patrono está obligado a efectuar dicha afiliación con el fin de proteger al trabajador de los riesgos en salud y por vejez, y su incumplimiento comporta, además de sanciones pecuniarias, la carga de asumir el patrono, de su peculio, todos los costos que generen dichos riesgos, en los campos de la prevención y atención médica, evaluación clínica, exámenes, cirugías y tratamientos. El desconocimiento de ese deber patronal pone en peligro los derechos a la vida, a la salud y viola directamente el derecho a la seguridad social.”

29. En ese sentido, es indispensable que el empleador cumpla con su obligación legal de afiliar a sus empleados a seguridad social con el fin de garantizar al trabajador, entre otros derechos, la vida, la salud, la seguridad social y el trabajo en condiciones dignas y justas.

Caso concreto: la vulneración de los derechos a la estabilidad laboral reforzada, a la no discriminación y a la seguridad social de Leidy Karina González Rueda por parte de su empleador.

30. Como se observa, en este caso la señora González prestó sus servicios personales al señor Ramiro Muñoz Cárdenas.[31] Se trató de un contrato verbal que se presume a término indefinido.[32]

31. Frente a la forma como la actora informó a su empleador de su estado de embarazo existen dos versiones. De acuerdo con lo dicho por ella: “El 20 de diciembre me enteré que estaba embarazada, ese día descansé y el 21 que regresé a trabajar yo lo esperé a él para contarle pero él llegó como a las 6:30pm, me pagó la prima y la semana que laboré, [...] en ese momento le dije que estaba embarazada y me dijo ahí no, ese lo tenemos que hablar...”[33]. Según la versión del empleador la trabajadora laboró hasta el día catorce

(14) de diciembre, fecha en la cual salió a disfrutar de sus vacaciones, por lo que no podría haberle dado el aviso el día veintidós (22) de diciembre. Afirma que se enteró del estado de embarazo de la trabajadora cuando volvió a trabajar con él, luego de su descanso y que ya para entonces era un hecho notorio su estado de gestación.[34]

Sostuvo la Corte a propósito de este tema en la sentencia T-589 de 2006,[35] que: “(...) el conocimiento del embarazo por parte del empleador da lugar a una protección integral y completa, pues se asume que el despido se basó en el embarazo y por ende en un factor de discriminación en razón del sexo”, criterio que fue reiterado en la SU-070 de 2013.

En cuanto a la forma como debe darse a conocer al empleador el estado de embarazo, como quedó expuesto, la jurisprudencia ha sido clara en sostener: “(...) Ahora bien, el conocimiento del empleador del embarazo de la trabajadora, no exige mayores formalidades. Este puede darse por medio de la notificación directa, método que resulta más fácil de probar, pero también, porque se configure un hecho notorio o por la noticia de un tercero, por ejemplo. En este orden de ideas, la notificación directa “es sólo una de las formas por las cuales el empleador puede llegar al conocimiento de la situación del embarazo de sus trabajadoras, pero no la única”.[36] En conclusión no sería necesaria “la notificación expresa del embarazo al empleador, sino su conocimiento por cualquier medio”.

Para la Sala no existe duda sobre el hecho de que el empleador conocía del estado de embarazo de la señora González, ya fuera a través de la manifestación por ella realizada o por hecho notorio tal y como lo reconoce en su documento de oposición.

32. Adicionalmente, según se estableció en el interrogatorio de parte llevado a cabo en el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Chía, la accionante afirmó que laboró inicialmente de la siguiente forma: (i) de lunes a sábado de 9:30a.m. a 8p.m. y (ii) los domingos de 10a.m. a p.m., con una hora de almuerzo. Devengaba un salario quincenal de trescientos mil pesos (\$300.000). Agregó que estas condiciones le fueron modificadas, hacia el mes de enero[37], pasando a laborar solo dos días a la semana con una remuneración de veintitrés mil pesos diarios (\$23.000).[38]Hubo entonces una variación a las condiciones de trabajo de la actora una vez se conoció su estado de gravidez.

33. En ninguno de estos periodos el empleador cumplió con su obligación de afiliar a la

señora González a seguridad social pues, como quedó establecido, durante todo este tiempo aparecía solo como beneficiaria de su compañero.

34. La Sala concluye que, de acuerdo con las pruebas que reposan en el expediente, el empleador terminó unilateralmente la relación laboral el día veintiséis (26) de mayo de dos mil trece (2013) y que dicha terminación, precedida de la modificación en las condiciones de trabajo de la accionante, se ajusta a la presunción legal de una desvinculación por causa del embarazo de la trabajadora. El empleador no demostró, por ningún medio, que la relación laboral se hubiera finalizado porque la actividad que venía realizando la trabajadora ya no fuera necesaria para su establecimiento de comercio. Ello es así porque de acuerdo con lo afirmado por la actora, es claro que la actividad que realizaba antes de su embarazo en la Boutique aún se requería. Según afirma y su empleador no lo desvirtúa, en una ocasión requirió de sus servicios nuevamente con posterioridad al despido. Describiendo el hecho en la Diligencia de Interrogatorio de Parte: “Estando incapacitada él me llamó a mitad de agosto de 2013, me llamó casi una semana que por favor fuera, a cuidarle ese fin de semana y toda la semana llámeme y llámeme y ya faltando dos días yo lo llamé con tiempo y le dije que no podía porque tenía delicado al bebé porque estaba muy pequeño y me dijo que no había problema y que podía llegar (sic) al niño, entonces yo fui el viernes y el sábado si tuve al bebe conmigo en el negocio, el domingo yo fui y el domingo ya me llamó y me dijo que no fuera el lunes”[39].

36. Sin embargo, debido al carácter informal de la relación, la protección que se brinda a la actora no puede convertirse en una afectación desproporcionada al accionado, lo anterior teniendo en cuenta que se trata de un pequeño establecimiento dedicado al comercio al por menor de prendas de vestir y accesorios y de régimen simplificado[40], en otras palabras una pequeña unidad económica.

En ese sentido esta Sala ordenará (i) el reconocimiento de la licencia de maternidad a la que tiene derecho la trabajadora, (ii) el pago de los aportes al Sistema General de Pensiones por el término de la licencia de maternidad, (iii) además de la indemnización prevista en el numeral tercero del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 2 de la Ley 1468 de 2011.

III. DECISIÓN

En mérito 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 los fallos proferidos en segunda instancia por Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Zipaquirá el veinticuatro (24) de febrero de dos mil catorce (2014), que confirmó el de primera instancia del Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Chía del quince (15) de enero de dos mil catorce (2014), y que negaron el amparo por considerar que la accionante tenía otros medios de defensa judicial y no demostró la existencia de una afectación a su mínimo vital, y en su lugar AMPARAR los derechos fundamentales de la peticionaria a la estabilidad laboral reforzada, a la no discriminación y a la seguridad social.

Segundo.- ORDENAR al señor Ramiro Muñoz Cárdenas que en el término de quince (15) días contados a partir de la notificación de esta providencia que, (i) le reconozca la respectiva la licencia de maternidad comprendida entre el veintiséis (26) de mayo de dos mil trece (2013) y el primero (1) de septiembre de dos mil trece (2013); (ii) pague los aportes al Sistema General de Pensiones por el término de la licencia de maternidad y, (iii) reconozca la respectiva indemnización por despido injusto, así como las demás prestaciones sociales a que haya lugar de acuerdo a la legislación colombiana vigente.

Tercero.- Por Secretaría General LÍBRENSE las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ANDRES MUTIS VANEGAS

Secretario General (E)

[1] El proceso de la referencia fue escogido para su revisión por la Corte por medio de un auto proferido por la Sala de Selección número cinco del quince (15) de mayo de dos mil catorce (2014).

[2] Folios 2 y 61. En adelante cuando se cita un folio se entenderá que hace parte del cuaderno principal a menos que se diga expresamente lo contrario.

[3] Folio 2.

[4] Folio 2.

[5] Folio 13.

[6] Folio 19.

[7] Folio 19.

[8] Folio 34.

[9] Folio 60.

[10] Folios 66-73.

[11] Folio 8 del cuaderno dos.

[12] Folio 9 del cuaderno dos.

[13] Folio 19.

[14] En esta ocasión se tutelaron los derechos fundamentales de la accionante y su hijo de nueve (9) meses de edad. La demandante presentó la solicitud de amparo el veinticinco (25) de febrero de dos mil cuatro (2004), seis (6) meses y quince (15) días después de

haber sido despedida y dos (2) meses después del nacimiento de su hijo.

[15] Sentencia T-222 de 2012 (MP. Mauricio González Cuervo).

[16] Oficio de 12 de noviembre a través del cual Salud Total da respuesta a la queja NURC 1-2013-088842 SIGSC 11011319775. Folio 5 cuaderno principal.

[17] Folio 62.

[18] Sentencia SU-070 de 2013 (MP. Alexei Julio Estrada SV. Mauricio González Cuervo. SPV. María Victoria Calle Correa y Luis Ernesto Vargas Silva. AV. Luis Guillermo Guerrero Pérez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Nilson Pinilla Pinilla). En esta sentencia la Sala Plena de esta Corporación decidió unificar los criterios para el estudio de los casos de protección a la estabilidad laboral reforzada de la mujer gestante y lactante en las diferentes modalidades contractuales. Estudió el caso de treinta y tres (33) mujeres que en estado de embarazo fueron desvinculadas de sus actividades laborales, y han solicitado a jueces de tutela el amparo de su derecho a la protección laboral reforzada.

[19] *Ibíd.*

[20] Sentencia T-005 de 2009. MP. Jaime Córdoba Triviño. En esta sentencia se resolvió negar el amparo de tutela a la estabilidad laboral por la maternidad, a la salud, a la seguridad social y los derechos fundamentales de los niños por considerar que la causa de terminación del contrato de trabajo fue la decisión unilateral de no prorrogar el contrato y que para la fecha en que se tomó la decisión la accionante no se encontraba en estado de gravidez.

[21] Sentencia SU-070 de 2013.

[22] Sentencia T- 180 de 2012 MP. María Victoria Calle Correa. En esta sentencia se tutelaron los derechos a la estabilidad laboral reforzada de una mujer que se desempeñaba como empleada de servicios generales en Embajada de la República Islámica de Irán y que fue despedida estando en estado de embarazo.

[23] *Ibíd.*

[24] El artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 2 de la Ley 1468 de 2011, establece: “Artículo 239. Prohibición de despedir. //1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.//2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del periodo del embarazo dentro de los tres meses posteriores al parto y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente.// 3. Las trabajadoras de que trata el numeral uno (1) de este artículo que sean despedidas sin autorización de las autoridades competentes, tienen derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta días (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo.// 4. En el caso de la mujer trabajadora además, tendrá derecho al pago de las catorce (14) semanas de descanso remunerado a que hace referencia la presente ley, si no ha disfrutado de su licencia por maternidad; en caso de parto múltiple tendrá el derecho al pago de dos (2) semanas adicionales y, en caso de que el hijo sea prematuro, al pago de la diferencia de tiempo entre la fecha del alumbramiento y el nacimiento a término.”

[25] Sobre la ineficacia del despido de la mujer trabajadora en estado de embarazo ver la sentencia C-470 de 1997 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

[26] Al respecto dice la sentencia SU-070 de 2013 “Procede la protección reforzada derivada de la maternidad, luego la adopción de medidas protectoras en caso de cesación de la alternativa laboral, cuando se demuestre, sin alguna otra exigencia adicional: a) la existencia de una relación laboral o de prestación y, b) que la mujer se encuentre en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguiente al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación. De igual manera el alcance de la protección se determinará según la modalidad de contrato y según si el empleador (o contratista) conocía o no del estado de embarazo de la empleada al momento de la desvinculación.”

[27] Sentencia SU-070 de 2013 que cita “Hay precedentes incluso cuando se trata de trabajadoras en período de prueba (T-371 de 2009)”.

[28] Esta posición de la Corte sigue vigente y de hecho es recogida en la sentencia SU-070 de 2013. En ese momento la Corte analizó la demanda presentada por un ciudadano contra el numeral tercero del artículo 239 por considerar esta facultaba al empleador a despedir a

una mujer embarazada sin el permiso correspondiente y por considerar que con ella se discrimina a la mujer embarazada, dado que no le otorgaba la misma protección de la cual gozan los trabajadores aforados. La Corte encontró exequible la norma aclarando 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”.

[29] Ver entre otras Sentencias: T-271 de 1997 (MP. Antonio Barrera Carbonell), T-346/00 (MP. José Gregorio Hernández Galindo), T- 180 de 2000 (MP. José Gregorio Hernández Galindo), T-093 de 2010 (MP. Humberto Sierra Porto), T-214 de 2011 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio).

[30] MP. José Gregorio Hernández Galindo En esta sentencia se resolvió amparar los derechos de un trabajador que había celebrado con el demandado un contrato verbal de trabajo, y en el cual el patrono no le había pagado sus salarios ni le había afiliado al sistema de seguridad social. Ordenó entonces el pago de las sumas adeudadas así como la inmediata afiliación de la trabajadora al sistema de seguridad social.

[31] Folio 61.

[32] De acuerdo con el artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo, el contrato a término fijo debe ser pactado por escrito. Dado que en el presente caso no se presenta dicha solemnidad, se presume a término indefinido.

[33] Folio 61.

[34] Folio 19.

[35] MP. Jaime Araujo Rentería, recogida en la SU-070 de 2013, (MP. Alexei Julio Estrada SV. Mauricio González Cuervo. SPV. María Victoria Calle Correa y Luis Ernesto Vargas Silva. AV. Luis Guillermo Guerrero Pérez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Nilson Pinilla Pinilla). Posición reiterada en la T-362 de 1999, T-778 de 2000 y T-1084 de 2002.

[36] Sentencia T-589 de 2006 (MP. Jaime Araujo Rentería).

[38] Interrogatorio de Parte folio 61 a 64.

[39] Folio 62.

[40] Folio 12.