

Sentencia T-721-09

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

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA-Condición para que proceda su amparo por tutela

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA-Las partes en realidad pactaron un contrato a término fijo inferior a un año y no por la labor u obra contratada

Al haber estipulado un periodo de tres meses como término de duración del contrato, fijando como fecha de inicio el 18 de noviembre de 2008 y de finalización el 18 de febrero de 2009, los contratantes en realidad hicieron uso de la modalidad de contrato a término fijo inferior a un año, pues la finalización del contrato estaría signada no por la terminación de una obra o labor determinada, sino por el transcurso del tiempo, es decir, por el cumplimiento del término de tres meses fijado. Lo anterior, igualmente, en la medida que no obstante la desvinculación de la actora, las funciones del cargo de "asistente de tesorería" para las cuales fue vinculada, subsistían materialmente, ya que, ningún pronunciamiento sobre la supresión de ese cargo realizó la accionada.

ACCION DE TUTELA-Reintegro al cargo que venía desempeñando o a uno de igual jerarquía

Referencia: expediente T-2306444

Acción de tutela de Ingrid Odalis Gamba Barranco contra Industrias Ivor S.A. Casa Inglesa.

Magistrado Ponente:

Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., ocho (8) de octubre de dos mil nueve (2009).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Mauricio González Cuervo, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados en el asunto de la referencia por el Juzgado Veintiuno (21) Penal Municipal de Bogotá el once (11) de marzo de dos mil nueve (2009), en primera instancia, y el Juzgado Veintiuno (21) Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, el siete (7) de mayo de dos mil nueve (2009), en segunda instancia.

### I. ANTECEDENTES

De los hechos y la demanda.

1. La señora Ingrid Odalis Gamba Barranco interpuso acción de tutela contra Industrias Ivor S.A. Casa Inglesa, por considerar que la accionada vulneró sus derechos fundamentales a la vida, al trabajo, al mínimo vital, a la seguridad social y los derechos del que está por nacer. A continuación se sintetizan los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda:<sup>1</sup>

1.1. Ingrid Odalis Gamba Barranco<sup>2</sup> ingresó a laborar el día dieciocho (18) de noviembre de dos mil ocho (2008) en la empresa Industrias Ivor S.A Casa Inglesa<sup>3</sup>, bajo la modalidad de contrato individual de trabajo a término fijo por un periodo de tres meses, en el cargo de asistente de tesorería.

1.2. El día veintidós (22) de diciembre de dos mil ocho (2008), luego de presentar problemas de salud, la accionante se dirigió a la EPS a la cual se encontraba afiliada, en donde le informaron que no le podían prestar los servicios requeridos por cuanto se encontraba desvinculada.

1.3. Indicó que, posteriormente, presentó nuevamente problemas de salud y por ello se dirigió a un centro médico particular. Allí le fue expedida una incapacidad médica por el término de tres días.

1.4. Luego de los tres días, y al no sentir mejoría en su estado de salud, acudió nuevamente al médico particular. Este, después de practicarle unos exámenes diagnósticos, determinó que se encontraba en estado de embarazo, teniendo para la fecha 4 meses de gestación.

1.5. Afirmó que una vez conoció su estado de gravidez, se comunicó con la accionada por medio telefónico y a través de correo electrónico, informándole de su estado de embarazo.

1.6. Manifestó que el día veintiséis (26) de diciembre de dos mil ocho (2008) tuvo que ser hospitalizada, debido a quebrantos de salud derivados de su estado de embarazo, y en particular, por ser el suyo, un embarazo de alto riesgo con amenaza de aborto.

De la situación recién reseñada avisó, por medio de correo electrónico y correo certificado, a su empleador, en concreto, al área de recursos humanos y a Pompilio Rojas, su jefe inmediato<sup>4</sup>.

1.7. El día veintiséis (26) de enero de dos mil nueve (2009) nuevamente fue hospitalizada, esta vez por dieciocho (18) días, e incapacitada por veintisiete (27). La actora declaró haber asumido los gastos médicos, ante la falta de afiliación a una EPS<sup>5</sup>.

1.8. El dieciséis (16) de febrero del presente año, Casa Inglesa S.A. le comunicó que no fue posible realizar su afiliación<sup>6</sup> al sistema general de seguridad social en salud, por presentarse inconsistencias en los documentos aportados para el efecto. Posteriormente, el día diecinueve (19) de febrero de dos mil nueve (2009), Industrias Ivor S.A. dio por terminado su contrato de trabajo<sup>7</sup>.

1.9. Señaló, que era madre de tres niñas menores de edad que dependían económicamente de ella y, que derivaba el sustento para su familia del salario que recibía por la labor prestada en la empresa accionada. En relación con su situación económica, indicó que esta era apremiante debido a su condición de desempleada y a los múltiples gastos de alimentación, educación, servicios públicos y arriendo.

1.10. Con fundamento en los hechos descritos, la señora Ingrid Odalis Gamba Barranco

solicitó ante el juez de tutela que se ordenara a Industrias Ivor S.A. Casa Inglesa (i) el reintegro a su puesto de trabajo, garantizándole el fuero de maternidad; (ii) le asegure los derechos relacionados con el pago de la seguridad social durante el término del fuero de maternidad; (iii) se le cancelen las facturas de hospitalización que tuvo que pagar por no estar afiliada a una EPS así como el pago de los cheques de caja de compensación de sus hijas, su licencia de maternidad y demás prestaciones a que tiene derecho; y (iv) se conmine al empleador a no incurrir en el futuro en conductas similares y a no desatender la orden que el juez de tutela impartiera.

Intervención de la entidad accionada.

Igualmente, indicó que cumplió con sus obligaciones prestacionales de ley y remitió a la EPS elegida por la señora Gamba los documentos necesarios para su afiliación al régimen contributivo de salud, afiliación que no fue posible por inconsistencias que la accionante presentaba en su historial de afiliación en la EPS Compensar y que la accionada puso en conocimiento de la actora<sup>9</sup>.

Por lo anterior, afirmó que no había violado derecho fundamental alguno a la peticionaria, y por ello, solicitó se denegara el amparo reclamado.

Del fallo de primera instancia.

3. El Juzgado Veintiuno (21) Penal Municipal de Bogotá D.C, mediante providencia del once (11) de marzo de dos mil nueve (2009), denegó el amparo solicitado.

Para el a-quo, no obstante tener la accionante la calidad de beneficiaria del fuero de maternidad, el amparo impetrado no resultaba procedente toda vez que Industrias Ivor S.A. no dio por terminado el contrato de trabajo de la señora Gamba Barranco como consecuencia de su embarazo sino por la finalización de la obra o labor para la cual había sido contratada, lo que a su juicio, y de acuerdo con la sentencia T-1090 de 2001, constituye una causal legal y objetiva que no amerita discusión.

Igualmente, adujo el juez de instancia, no es cierto que el accionado no haya afiliado a la demandante al régimen de seguridad social en salud, pues de las pruebas aportadas a la acción de amparo se infirió que fue Compensar EPS quien no realizó la afiliación, entre

otras razones, por existir incongruencias en los datos suministrados por la señora Gamba Barranco.

Agregó que el perjuicio irremediable no era evidente pues la accionante conocía que solo iba a laborar por tres meses mientras se cumplía el término de la licencia de maternidad de la trabajadora titular.

Impugnación.

4. La actora, impugnó la sentencia proferida por el Juez Veintiuno (21) Penal Municipal de Bogotá, sin dar a conocer los motivos de su desacuerdo.

Del fallo de segunda instancia.

5. El siete (7) de mayo de dos mil nueve (2009), el Juzgado Veintiuno (21) Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá D.C., decidió confirmar la decisión de primera instancia. Consideró que conforme a la jurisprudencia constitucional sobre la materia, le incumbía a la accionante demostrar que la terminación del contrato laboral fue consecuencia de su estado de embarazo, situación no evidenciada en el trámite de tutela.

Insistencia presentada por el Defensor del Pueblo

6. En escrito dirigido a la Corte Constitucional el treinta y uno (31) de julio de dos mil nueve (2009), el Defensor del Pueblo, en uso de sus facultades constitucionales y legales, solicitó la revisión del presente caso, con base en las siguientes consideraciones:

(i) que en el presente caso el empleador conocía el estado de embarazo de la accionante y las complicaciones que se venían presentando en la salud de la actora, pese a lo cual, escudándose en la naturaleza del contrato suscrito por las partes, terminó el mismo, argumentando que la labor para la cual había sido contratada la peticionaria había finalizado;

(ii) la anterior conducta, avalada por los jueces de tutela de instancia, dejó sin efecto el fuero de maternidad y lo que dicho fuero busca proteger;

(iii) en consecuencia, estimó el Defensor del Pueblo, el presente caso debía ser seleccionado por la Corte Constitucional para su revisión, si se tiene en cuenta además, que la situación planteada irroga un grave perjuicio a la demandante respecto de sus derechos al trabajo, igualdad, vida, salud y aquellos derivados de su condición de mujer con fuero de maternidad, así como en los derechos del que está por nacer.

## II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

### Competencia.

Esta Corte es competente para conocer de los fallos materia de revisión, de conformidad con lo determinado en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y, en cumplimiento del auto de seis (6) de agosto de dos mil nueve (2009), expedido por la Sala de Selección Número Ocho de esta Corporación.

### a. Problema jurídico planteado.

Corresponde a la Sala Tercera de Revisión determinar si Industrias Ivor S.A. Casa Inglesa vulneró los derechos fundamentales a la vida, al trabajo, al mínimo vital, a la seguridad social y los derechos del que está por nacer a la señora Ingrid Odalis Gamba Barranco, al (i) no haber materializado la afiliación de la accionante al sistema general de seguridad social en salud en calidad de trabajadora suya y, (ii) haber terminado el contrato de obra o labor determinada que suscribió con la actora no obstante conocer su estado de embarazo.

Para efectos de resolver el anterior problema jurídico, la Sala reiterará la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de: (i) la obligación del empleador de afiliar a sus trabajadores al sistema general de seguridad social en Salud y; (ii) la estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de embarazo y las condiciones especiales para que proceda su amparo por vía de tutela. Por ultimo, la Sala abordará el análisis del caso concreto.

### b. Solución del problema jurídico.

Obligatoriedad de los empleadores de afiliar a sus trabajadores al Sistema General de

Seguridad Social. Los trámites correspondientes corren a cargo del patrono, no de los trabajadores. Reiteración de jurisprudencia.

1. El artículo 48 de la Constitución Nacional consagra el derecho irrenunciable de todos los colombianos a la seguridad social. En desarrollo del mandato constitucional el legislador expidió la ley 100 de 1993 por medio de la cual se creó el sistema de seguridad social integral.

El ordenamiento jurídico colombiano, a través de la anotada ley, radicó en cabeza de todo empleador, la obligación impostergable de afiliar a sus trabajadores al sistema general de seguridad social.

En particular, sobre la vinculación al régimen contributivo de salud, el artículo 153, numeral 2° de la ley 100 de 1993, dispone:

“Obligatoriedad. La afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud es obligatoria para todos los habitantes en Colombia. En consecuencia, corresponde a todo empleador la afiliación de sus trabajadores a este Sistema y del Estado facilitar la afiliación a quienes carezcan de vínculo con algún empleador o de capacidad de pago”. (Énfasis añadido)

Por su parte, el artículo 161 del mismo cuerpo normativo indica:

“Deberes de los empleadores. Como integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud, los empleadores, cualquiera que sea la entidad o institución en nombre de la cual vinculen a los trabajadores, deberán:

1. Inscribir en alguna Entidad Promotora de Salud a todas las personas que tengan alguna vinculación laboral, sea ésta, verbal o escrita, temporal o permanente. La afiliación colectiva en ningún caso podrá coartar la libertad de elección del trabajador sobre la Entidad Promotora de Salud a la cual prefiera afiliarse, de conformidad con el reglamento.

(...)

Parágrafo. Los empleadores que no observen lo dispuesto en el presente artículo estarán

sujetos a las mismas sanciones previstas en los artículos 22 y 23 del Libro Primero de esta Ley. Además, los perjuicios por la negligencia en la información laboral, incluyendo la subdeclaración de ingresos, corren a cargo del patrono. La atención de los accidentes de trabajo, riesgos y eventualidades por enfermedad general, maternidad y ATEP serán cubiertos en su totalidad por el patrono en caso de no haberse efectuado la inscripción del trabajador o no gire oportunamente las cotizaciones en la entidad de seguridad social correspondiente.” (Énfasis añadido)

1.1. A su turno, esta Corporación, de manera reiterada, ha venido enfatizando y concretando la obligación legal que recae sobre los empleadores de afiliar a sus trabajadores al sistema de seguridad social en salud, así como las consecuencias jurídicas aplicables cuando se incumple esta obligación.

En sentencia T-013 de 2003, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional expresó:

“4. Es jurisprudencia reiterada de esta Corporación que la no afiliación de los trabajadores al régimen de salud y de pensiones viola ostensiblemente sus derechos a la seguridad social en conexidad con la vida, al negar la posibilidad de atención médica en salud<sup>10</sup>. La seguridad social para los trabajadores y sus familias no es una dádiva del patrono o de las entidades prestadoras de salud, ni depende de su mero arbitrio; es un derecho inalienable e irrenunciable que hace parte de las condiciones dignas y justas que deben rodear las relaciones de trabajo (arts. 25 y 53 C. P.); lo anterior significa la correlativa y perentoria obligación de todo patrono de hacer efectivo tal derecho, pues no puede eludir la afiliación de sus trabajadores al sistema nacional de seguridad social contemplado en la ley, sin violar las normas constitucionales y legales, y comprometer su responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento.”

Igualmente, en la Sentencia T-760 de 2008, esta Corporación advirtió:

“4.2.2. La jurisprudencia constitucional ha reconocido el derecho constitucional de toda persona a que su empleador la afilie al sistema de seguridad social en salud, de acuerdo con la Constitución (art. 48, 49 y 53) y la ley (art. 152, num. 2, y art. 161, Ley 100 de 1993).<sup>11</sup> En los casos en los que empleadores incumplen su obligación de respetar el derecho a la salud de sus empleados, al no afiliarlos al Sistema de Salud, la

jurisprudencia ha tutelado sus derechos, reconociendo la responsabilidad del empleador de acuerdo con la ley.<sup>12</sup> La jurisprudencia ha subrayado la importancia de la obligación de afiliar al empleado, incluso cuando la condición laboral ya no existe, si el incumplimiento de esta obligación representa una amenaza grave e injustificada a su dignidad y a su vida; tal situación ocurre, por ejemplo, al afectar el mínimo vital y poner en riesgo la subsistencia de una persona de la tercera edad, sujeto de especial protección constitucional.<sup>13</sup> Así pues, una entidad irrespeta el derecho a la salud de una persona cuando se niega a garantizarle el acceso a los servicios de salud que requiera, en virtud del incumplimiento del empleador de dicha persona.”. (Énfasis añadido)

1.2. Del mismo modo, esta Corte ha hecho énfasis en que la referida obligación del empleador y el correlativo derecho del trabajador, debe realizarse en la práctica, pues, para tener por cumplido el mandato que el legislador impuso sobre el empleador, no es suficiente su simple acatamiento formal sino, ante todo, su materialización.

En sentencia T-137 de 2000, la Sala Cuarta de Revisión se pronunció sobre un caso en el cual el Instituto de Seguros Sociales, negó la afiliación que en nombre de una sustituta pensional intentó realizar la Empresa Licorera de Santander. La Corte, luego de recordar los contornos que en el marco constitucional reviste el derecho a la seguridad social, concedió el amparo solicitado, no sin antes precisar que la mencionada obligación, debe concretarse en la realidad e implica la carga para el empleador, de interponer todas aquellas acciones que sean necesarias para alcanzar el cometido que el ordenamiento jurídico delegó en él, so pena, de hacer nugatoria la efectividad del derecho a la seguridad social del trabajador.

En la sentencia que se comenta, la Corte Constitucional se pronunció en los siguientes términos:

“[La seguridad social para los trabajadores sus familias y pensionados (...) es un derecho inalienable e irrenunciable de aquéllos] (...) lo anterior significa la correlativa y perentoria obligación de todo patrono de hacer efectivo tal derecho, pues no puede eludir la afiliación de sus trabajadores y pensionados al sistema nacional de seguridad social contemplado en la ley, sin violar las normas constitucionales y legales, y comprometer su responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento”.

(...)

Dado el caso de que la E.P.S. a la cual acuda no acepte la afiliación de la actora, por razón de su edad u otra cualquiera, la Empresa Licorera de Santander deberá atender directamente los costos de los servicios médicos, tratamientos, intervenciones quirúrgicas, medicamentos, hospitalización, y otros que llegue a requerir la accionante, y realizará todas las gestiones, e interpondrá todas las acciones que resulten necesarias para lograr la afiliación efectiva de la actora (sic) al sistema nacional de seguridad social. (Énfasis añadido)

1.3. Así las cosas, de la jurisprudencia y normatividad recogida, se revela de manera clara y precisa el alcance de la obligación que el ordenamiento jurídico impuso al empleador en lo atinente a la afiliación de sus trabajadores al sistema general de seguridad social en Salud, y las consecuencias derivadas del incumplimiento del referido mandato<sup>14</sup>.

La estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de embarazo y las condiciones especiales para que proceda su amparo por vía de tutela. Reiteración de jurisprudencia.

2. El ordenamiento constitucional consagra a favor de la mujer gestante una especial protección durante el embarazo y luego del parto. La aludida protección surge a partir de varios mandatos constitucionales y en especial de lo prescrito en los artículos 13, 43 y 53 del texto superior.

Según lo señalado en el artículo 13 de la Constitución Nacional, “[t]odas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo (...).

A su turno, el artículo 43 de la misma obra dispone: “La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”

Finalmente, y en el sentido trazado, el mandato contenido en el artículo 53 constitucional consagra los principios mínimos fundamentales del estatuto del trabajo, implementando dentro de los mismos, la “protección especial a la mujer [y] a la maternidad”.

2.1. Como concreción de la protección constitucional a la mujer embarazada, el ordenamiento jurídico colombiano desarrolló la figura del fuero de maternidad, el cual comprende el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer gestante o lactante, o lo que es lo mismo, el derecho fundamental a no ser despedida por causa del embarazo<sup>15</sup>, figura que encuentra su desarrollo en los artículos 239<sup>16</sup> y 240<sup>17</sup> del Código Sustantivo del Trabajo y en la propia jurisprudencia constitucional como pasa a exponerse.

De las anteriores disposiciones legales, la Corte Constitucional, en armonía con la norma fundamental, precisó una serie de condiciones que se deben acreditar en el caso concreto para que proceda el amparo constitucional a la estabilidad laboral reforzada de la mujer gestante. Estas subreglas han sido plasmadas en múltiples sentencias, entre otras, en la T-992 de 2005:

1. que el despido se ocasione en la época del embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto.

1. que a la fecha del despido el empleador conocía o debía conocer la existencia del estado de gravidez, ya sea porque el embarazo es un hecho notorio o porque fue comunicado al empleador.

1. 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.

1. 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.

1. que el despido amenace el mínimo vital de la actora o del niño que está por nacer.”

2.2. No obstante lo expresado, resulta pertinente precisar que las anteriores subreglas jurisprudenciales, y en particular la segunda de ellas, fue reinterpretada por esta Corporación en el sentido indicado en la Sentencia T-095 de 200818. En aquella ocasión, la Corte Constitucional, luego de rememorar las disposiciones constitucionales y legales que sustentan el fuero de maternidad y la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo, indicó lo siguiente:

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

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.”(Énfasis añadido)

2.3. Cabe concluir, en lo que aquí respecta, que conforme a la presunción constitucional reseñada, basta con que la terminación del contrato de trabajo de la mujer objeto de protección se haya presentado en el periodo comprendido entre la fecha de gestación y los tres meses posteriores al nacimiento de la criatura, para que la carga de la prueba sobre la legalidad del despido se traslade al empleador, el que, sólo puede eximirse de su responsabilidad acreditando (i) que el despido de la mujer embarazada obedeció a una de aquellas justas causas contempladas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo, y, (ii) que siguió el procedimiento ordenado por el artículo 240 ibídem.

En cuanto a lo primero, es decir, la acreditación del acaecimiento de la justa causa alegada por el empleador para dar por terminada la relación contractual a la mujer cobijada por el fuero de maternidad, es indispensable precisar que esta Corporación ha considerado como necesaria, la evaluación en el caso concreto de la justa causa alegada, esto es, no resulta suficiente su justificación formal, siendo forzoso incluso, la demostración, por parte del empleador, de la ocurrencia material de la causal alegada.

En efecto, en sentencia T-687 de 2008, en la que se revisaron cuatro expedientes acumulados de mujeres que laboraban para empresas de servicios temporales y a las que les fueron terminados sus contratos bajo el argumento de la finalización de la labor pactada o la naturaleza civil del vínculo contractual, este Tribunal concedió el amparo invocado, luego de comprobar que subsistían las causas que dieron origen al respectivo contrato; así lo precisó esta Corporación:

“En este contexto, resulta pertinente recordar la ya mencionada y decantada regla jurisprudencial de la Corte en el sentido de que siempre que subsistan las causas que le dieron origen al contrato, el cumplimiento del término y la finalización de una obra no constituyen una justa causa para concluir los contratos a término fijo o por labor contratada.”.

Ahora bien, en torno a la segunda arista anunciada para tener por ajustado al orden constitucional la terminación del contrato laboral a la mujer embarazada, es decir, el respeto por el procedimiento prescrito en el artículo 240 del Código Sustantivo del Trabajo, esta Corte, al estudiar la constitucionalidad del artículo 239 del estatuto laboral, sentenció su exequibilidad, pero bajo el “entendido de que, en los términos de esta sentencia, y debido al principio de igualdad (CP art. 13) y a la especial protección constitucional a la maternidad (CP arts. 43 y 53), 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”. 19

Subrayado fuera del texto original.

Regla que ha sido aplicada y reiterada, entre otras, en la sentencia T-977 de 2007; en ella, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, revisó un caso en el que una mujer

trabajadora en estado de embarazo, se vio precisada a dar por terminado unilateralmente el vínculo laboral que mantenía con su empleador, amparándose en las justas causas contempladas en el artículo 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo.

Al abordar el asunto objeto de estudio, la Corte hizo énfasis en la obligatoriedad del permiso previo del Inspector del Trabajo o del Alcalde Municipal para proceder a dar por terminado el contrato de trabajo a una mujer cobijada por el fuero de maternidad. Así mismo, resaltó la perentoriedad de seguir el procedimiento estatuido para el efecto, es decir, la necesidad de oír a las partes y practicar las pruebas a que hubiere lugar.

En el caso allí planteado, la Sala, al comprobar la no intervención de las autoridades anotadas, concedió el amparo impetrado, señalando para ello lo siguiente:

“Ahora bien, en aplicación de la garantía sobre la permanencia en el empleo de la mujer gestante, el Código Sustantivo del Trabajo prevé la previa autorización del Inspector del Trabajo o del Alcalde Municipal del lugar<sup>20</sup>, para dar lugar a la terminación del vínculo de trabajo, la cual habrá de concederse con fundamento en las causales enumeradas en los artículos 62 y 63 de la legislación laboral, una vez oídas las partes y practicadas las pruebas respectivas.

(...)

Terminación unilateral de la relación laboral que, en aras de hacer realidad la estabilidad laboral reforzada por maternidad, habrá de calificar y autorizar el inspector del trabajo o, en su defecto, la primera autoridad administrativa del municipio, porque, de no ser esto así, “no produce ninguna consecuencia jurídica, lo cual significa que la relación laboral trabajo se mantiene. La trabajadora sigue entonces bajo las órdenes del patrono, aun cuando éste no utilice sus servicios, por lo cual la empleada tiene derecho a percibir los salarios y las prestaciones sociales de rigor, pudiendo recurrir para su cobro a las vías judiciales pertinentes<sup>21</sup>”.

Posteriormente, en la sentencia T-687 de 2008 ya citada, y en la que como se dijo, se acumularon cuatro expedientes de mujeres a las que les fue terminado su contrato de trabajo bajo el argumento de la finalización de la labor contratada o la naturaleza civil

del nexo contractual, la Sala Tercera de Revisión, concedió el amparo constitucional a todas las accionantes, señalando en uno de los casos lo siguiente:

“la empresa demandada desconoció la garantía constitucional y legal que ampara el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la madre. Esto, porque no existió una justa causa que impidiera la renovación del contrato ni se solicitó la previa autorización a la autoridad laboral competente para que avalara la pretendida justa causa” (Énfasis añadido).

Del mismo modo, en otro de los expedientes de la misma sentencia, la Corte indicó:

“Comoquiera que la causal invocada por la empleadora ha debido ser puesta en conocimiento de la autoridad laboral competente para que ésta estableciera la existencia de una justa causa, la Corte considera que la demandada desconoció la garantía constitucional y legal que ampara el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la madre. En efecto, la existencia de un contrato laboral entre las partes exigía que la estructuración de una justa causa de despido fuera avalada por la autoridad laboral competente.”(Énfasis añadido).

2.4. Puestas así las cosas, resulta dable ahora, indagar acerca de la naturaleza que debe reunir la relación contractual para que proceda el amparo constitucional a la estabilidad laboral reforzada de la mujer gestante. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado de manera constante que “cuando exista una relación laboral, sin importar cual sea la forma laboral estipulada o pactada, pública o privada, la mujer embarazada o lactante, tiene derecho a una estabilidad laboral reforzada como consecuencia del principio de igualdad; lo que se traduce en que su relación laboral no pueda suspenderse ni terminarse abruptamente.<sup>22</sup>”<sup>23</sup>.

En particular, sobre los contratos por obra o labor contratada, la Corte Constitucional en sentencia T-862 de 2003 expresó:

“Ahora, específicamente respecto de los contratos individuales de trabajo por el tiempo que dure la realización de la obra o por la naturaleza de la labor contratada, los cuales son suscritos generalmente con empresas de servicios temporales, debe advertirse que, en principio, la labor o servicio que deben prestar estos trabajadores tiene un límite, sea

en el tiempo o al culminarse una actividad determinada, de tal suerte que la relación de trabajo subsiste mientras el usuario requiera los servicios del trabajador o se haya finalizado la obra para la cual fue contratado (art. 71 y s.s. Ley 50 de 1990).

Sin embargo, debe observarse que a pesar de que la estabilidad en tales contratos resulta restringida a los requerimientos del usuario, si se trata de mujeres en estado de gestación las prerrogativas propias de la protección a la maternidad son impostergables<sup>24</sup> y en tal sentido, para proceder a su despido se deberá configurar una justa causa o razón objetiva, y conseguirse la autorización del funcionario competente pues, de lo contrario, tendrá lugar la aplicación de la presunción de despido en razón del embarazo, con la consecuente ineficacia del mismo y la posibilidad de obtener el reintegro.”(Énfasis añadido)

La anterior regla jurisprudencial referida en particular a los contratos por obra o labor contratada, ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T-003 de 2008, T-824, T-095 y T-687 del mismo año; en esta última, recogiendo la jurisprudencia vertida en la sentencia T-095 de 2008, esta Corporación indicó:

“6. Ahora bien, sobre los a contratos término fijo y por obra, la Corte fue enfática en la sentencia T- 095 de 2008, en reconocer que: “(...) 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”. (Énfasis fuera del original)

2.5. En conclusión, la acción de tutela es procedente para garantizar la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada o lactante, sin importar el tipo de vinculación que esta tenga con su empleador o contratista, cuando quiera que la terminación del contrato ocurra durante el embarazo o en los tres meses siguientes al parto, previa comprobación, además, de los restantes presupuestos fácticos que en el particular escenario constitucional de la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada exige

la jurisprudencia de esta Corporación.

### III. Del caso concreto.

Revisión de los fallos de instancia.

1. En el presente caso, la accionante solicita el amparo de las garantías constitucionales a la vida, al trabajo, al mínimo vital, a la seguridad social y los derechos del que está por nacer. Considera que la entidad accionada vulneró sus derechos fundamentales al no concretar su afiliación al régimen contributivo de salud y al haber dado por terminado su contrato laboral no obstante conocer su estado de gravidez.

3. El juez de primera instancia negó el amparo solicitado, expresando para el efecto, que Industrias Ivor S.A. no dio por terminado el contrato de trabajo de la accionante como consecuencia de su embarazo, sino por la finalización de la obra o labor para la cual había sido contratada. Igualmente, relató que no es cierto que el accionado no haya afiliado a la señora Gamba Barranco al régimen de seguridad social en salud, pues de las pruebas aportadas a la acción de amparo se infiere que fue Compensar EPS quien no realizó la afiliación, entre otras razones, por existir incongruencias en los datos suministrados por la peticionaria.

4. A su turno, el juez de segunda instancia confirmó la decisión del a quo, ya que, según sostiene, la accionante debió demostrar que la terminación del contrato laboral fue consecuencia de su estado de embarazo, situación que no se evidenció en el trámite de tutela, pues, por el contrario, el accionado demostró que la disolución del vínculo contractual se motivó en la finalización de la obra o labor para la que la peticionaria había sido contratada.

5. Al respecto, considera la Sala, no le asiste razón a la accionada en sus argumentos de defensa ni a los jueces de instancia en la motivación de sus providencias.

5.1. En cuanto a la no afiliación de la accionante a la EPS Compensar, resulta claro, a partir de la jurisprudencia relacionada en torno a la obligación del empleador de afiliar a sus trabajadores al régimen contributivo de salud, que Industrias Ivor S.A. no cumplió con esta respecto de la accionante, pues este imperativo legal no se perfecciona con el

simple envío de los documentos necesarios para la afiliación, sino que implica la real y material vinculación al referido régimen de salud.

Del mismo modo, revisado el expediente, se tiene que la discusión sobre la afiliación de la accionante involucra, en principio, al empleador y la EPS, siendo por ello una relación que a primera vista resulta ajena a la peticionaria, prueba de ello es el cruce de correspondencia entre la EPS y la empresa accionada<sup>25</sup>.

Con todo, es evidente que al suscribirse contrato laboral entre la actora y Casa Inglesa S.A., se presentó una asunción de responsabilidad de esta última en lo que tiene que ver con las necesidades en salud de la segunda, no siendo aceptable entonces que Industrias Ivor S.A. descargue sin más su responsabilidad en la EPS y la señora Gamba Barranco. Ello en la medida que el ordenamiento jurídico radica en cabeza del empleador la obligación de afiliar a sus trabajadores al sistema general de seguridad social en salud o, en su defecto, cubrir por cuenta propia los gastos derivados de la atención en salud de estos y sus beneficiarios.

Igualmente, en criterio de la Sala, si la accionada pretendía justificar su proceder en la negativa de la EPS a afiliar a Gamba Barranco, debió desplegar la diligencia debida, iniciando en su momento los trámites administrativos pertinentes e interponiendo las acciones judiciales del caso o, en su defecto, a usanza de la figura procesal del llamamiento en garantía, solicitando ante el Juez de tutela la vinculación de Compensar EPS al trámite de amparo.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que los argumentos de la EPS para negar la afiliación de la accionante se observan, en principio, como desacertados<sup>26</sup>, pues, de una parte, (i) expone como razón de su negativa las supuestas “inconsistencias relacionadas con las incapacidades sin soportes de atenciones prestadas por la EPS [a la accionante]<sup>27</sup>”, justificación discutible habida cuenta de la regla jurisprudencial decantada por esta Corporación relativa a la inoponibilidad de los trámites administrativos internos de las EPS como excusa para negar la atención en salud a los usuarios del SGSSS<sup>28</sup>; y de otra, (ii) la no acreditación por parte de la EPS, en sus comunicaciones a Industrias Ivor S.A., de la realización del procedimiento necesario para la desafiliación de Gamba Barranco, es decir, el establecido en el artículo 111

del Decreto 1703 de 200229.

Así las cosas, ante el incumplimiento comprobado de Casa Inglesa relativo a la afiliación de la accionante al régimen contributivo de seguridad social, se impone la procedencia de la acción de tutela en lo que al derecho a la salud respecta, por lo que esta Sala, luego de estudiar la procedencia o no del amparo de los restantes derechos invocados por la accionante, precisará las ordenes necesarias para la salvaguarda iusfundamental, teniendo en cuenta además, la confesión realizada por la demandante en comunicación del día 16 de febrero de 2009 en el sentido de haber iniciado para dicha fecha una acción de tutela autónoma contra Compensar EPS30.

5.2. Ahora bien, en lo atinente a la terminación del contrato de trabajo suscrito entre Ingrid Odalis Gamba Barranco e Industrias Ivor S.A. Casa Inglesa, la Sala resalta que el accionado no controvertió la fecha de terminación contractual y por el contrario la reafirmó<sup>31</sup>, estando acreditado entonces que esta ocurrió el día 18 de febrero de 2009, es decir, en vigencia del fuero de maternidad, si se tiene en cuenta que para esta fecha la accionante ya se encontraba embarazada<sup>32</sup>, hecho que tampoco fue controvertido por la accionada.

Así las cosas, y conforme a la reformulación de la presunción constitucional sobre el despido de la mujer embarazada expuesta, este Tribunal encuentra que en el caso de la señora Gamba Barranco, ésta se halla amparada por la presunción según la cual, “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”;<sup>33</sup> y en esa medida, correspondía al empleador acreditar ante la autoridad de trabajo competente la existencia de una justa causa para terminar la vinculación laboral.

De entrada, es dable señalar que aunque Industrias Ivor S.A. alega que la desvinculación laboral de la accionante no obedeció a su estado de embarazo sino a la finalización de la labor para la cual fue contratada, lo cierto es que en el trámite de tutela la demandada no logró desvirtuar la presunción constitucional que se acaba de mencionar, ya que por el contrario, de las pruebas yacentes en el expediente, es plausible reafirmar su responsabilidad en la afectación de los derechos fundamentales de la actora.

En efecto, la accionada sostiene que el objeto de la obra o labor para la cual la señora Gamba Barranco fue vinculada, consistía en reemplazar a una de las trabajadoras de la empresa mientras esta última cumplía el término correspondiente a su licencia de maternidad.

Al respecto, la entidad accionada entra en contradicción pues manifiesta que dio por terminado el contrato laboral a la actora el día 18 de febrero de 2009 en razón de la finalización de la obra o labor para la que la demandante fue contratada, momento que, según afirma, “concurría con la finalización de la licencia de maternidad otorgada a Velásquez Dixelis, funcionaria de [la] compañía”<sup>34</sup>. No obstante lo anterior, observa la Sala que la fecha de terminación unilateral del contrato de trabajo de la accionante, es decir, el día 18 de febrero de 2009, no coincide con el 28 de enero de 2009, fecha en que efectivamente finalizó la licencia de maternidad de la trabajadora a la que supuestamente la demandante reemplazaba<sup>35</sup>.

Aunado a lo anterior, advierte la Sala que el cargo supuestamente suplido por la accionante durante el periodo de licencia de maternidad de la trabajadora titular, tampoco coincide con el cargo que esta última ocupaba, pues, mientras a la accionante se le contrató como “asistente de tesorería<sup>36</sup>”, la trabajadora que supuestamente reemplazaba se desempeñaba como “auxiliar contable”<sup>37</sup>; sin que la accionada haya acreditado que a pesar de la diferencia de denominaciones, la actora efectivamente cumplía las funciones de la trabajadora que se encontraba en licencia de maternidad.

De otra parte, la Sala no puede pasar por alto que el contrato laboral allegado al proceso por Industrias Ivor S.A. y que suscribiera con la señora Gamba Barranco, estipula en la casilla correspondiente a “obra o labor contratada” lo siguiente: “Por tres meses reemplazo incapacidad licencia materna a partir de la fecha”<sup>38</sup>. Del aparte traído a cita, y en armonía con el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades que gobierna las relaciones laborales, resulta razonable sostener que las partes en realidad pactaron un contrato individual de trabajo a término fijo inferior a un año.

Y es que, el propio Código Sustantivo del Trabajo, señala la forma de fijación del término de duración del contrato de trabajo, como uno de los criterios a tener en cuenta al

momento de clasificar y distinguir los distintos tipos de vínculos laborales; así, el artículo 45 de la obra comentada indica que el contrato de trabajo puede celebrarse “por [un] tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada, por tiempo indefinido o para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio”.

Así, o bien la duración del contrato se establece de manera precisa desde un principio, indicando su fecha de inicio y finalización, con lo que estaremos en presencia de un contrato a término fijo; o bien, se condiciona al momento en que se termine la obra o labor para la cual el trabajador fue contratado, obra o labor que al finalizarse materialmente determina la terminación del contrato, escenario este último correspondiente entonces al del contrato por obra o labor determinada.

Al haber estipulado un periodo de tres meses como término de duración del contrato, fijando como fecha de inicio el 18 de noviembre de 2008 y de finalización el 18 de febrero de 2009, los contratantes en realidad hicieron uso de la modalidad de contrato a término fijo inferior a un año, pues la finalización del contrato estaría signada no por la terminación de una obra o labor determinada, sino por el transcurso del tiempo, es decir, por el cumplimiento del término de tres meses fijado. Lo anterior, igualmente, en la medida que no obstante la desvinculación de la actora, las funciones del cargo de “asistente de tesorería” para las cuales fue vinculada, subsistían materialmente, ya que, ningún pronunciamiento sobre la supresión de ese cargo realizó la accionada.

De este modo, cuando la entidad demandada dio por terminado el contrato laboral, éste ya se había renovado habida cuenta de la falta de preaviso, con lo que, es dable sustentar que el contrato fue terminado sin atender a las justas causas contempladas en la normatividad sustantiva del trabajo<sup>39</sup>.

Con todo, independientemente de la interpretación que se acoja sobre la naturaleza del contrato, lo cierto es que en cualquiera de los casos la terminación del vínculo contractual entre Ingrid Odalis Gamba Barranco e Industrias Ivor S.A. resulta contrario al ordenamiento constitucional, ya que, al no cumplir la entidad accionada con el trámite estatuido en el artículo 240 del Código Sustantivo del Trabajo y por ello no tener autorización previa de la autoridad municipal o del trabajo competente para dar por

terminado el contrato laboral a la accionante, la justa causa nunca se acreditó, y por ende, deviene aplicable la consecuencia atribuida por el artículo 239 ídem, conforme el condicionamiento integrado por este Tribunal Constitucional en sentencia C-470 de 1997, la cual, inexorablemente sostiene:

“(…) 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”.

Prescripción legal que, como ya se expresó, según reiterados pronunciamientos de la Corte, se hace extensible a los casos de terminación de los contratos a término fijo o de obra, en los que se invoca su finalización no por decisión unilateral sino por el vencimiento del plazo pactado o la finalización de la obra o labor contratada, casos en los cuales la autoridad administrativa también debe intervenir para establecer que el contrato no termina por razón del embarazo sino porque no subsisten las causas que le dieron origen, y por ende, no es viable su prórroga.

6. En virtud de lo expuesto, y teniendo en cuenta que la accionada no desvirtuó las afirmaciones de la accionante relativas a la afectación de su mínimo vital, la Corte revocará las decisiones de los jueces de instancia, amparará los derechos de la peticionaria a la salud, al trabajo, al mínimo vital y a la protección de la mujer trabajadora en estado de embarazo y, en consecuencia, ordenará a Industrias Ivor S.A. Casa Inglesa que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la sentencia, reintegre a la señora Ingrid Odalis Gamba Barranco al cargo que venía ocupando o a uno de semejante jerarquía al que venía desempeñando, bajo la misma modalidad contractual.

De igual manera, esta empresa deberá, concomitantemente con la vinculación laboral, proceder a afiliar a la demandante a la entidad prestadora de salud que la accionante seleccione. Ahora bien, dado el caso de que por cualquier razón la E.P.S. a la cual acuda no acepte la afiliación de la peticionaria, la accionada deberá atender directamente los costos de los servicios médicos, tratamientos, intervenciones quirúrgicas, medicamentos, hospitalización, y otros que llegue a requerir la accionante, mientras Casa

Inglesa realiza todas las gestiones, e interpone las acciones que resulten necesarias para lograr la afiliación efectiva de la actora al sistema general de seguridad social en salud. Esta protección se mantendrá por el tiempo que permanezca vigente la relación laboral.

La accionante puede acudir a la jurisdicción ordinaria con el fin de reclamar los salarios, la indemnización prevista en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo y las demás prestaciones que dejó de percibir durante el tiempo que fue desvinculada de la empresa demandada, si a ellas considera tener derecho.

### III. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

#### RESUELVE:

Primero.- REVOCAR las sentencias denegatorias de amparo proferidas por el Juzgado Veintiuno (21) Penal Municipal de Bogotá y el Juzgado Veintiuno (21) Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, en el proceso de tutela adelantado por Ingrid Odalis Gamba Barranco contra Industrias Ivor S.A. Casa Inglesa, para en su lugar CONCEDER la tutela de los derechos a la salud, al trabajo, al mínimo vital y a la protección de la mujer trabajadora en estado de embarazo de la señora Ingrid Odalis Gamba Barranco.

Segundo.- ORDENAR a la sociedad Industrias Ivor S.A. Casa Inglesa, que a través de su representante legal o quien haga sus veces, en el término de las cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia:

a. Reintegre, bajo la misma modalidad contractual, a la señora Ingrid Odalis Gamba Barranco, al cargo que venía ocupando o a uno de semejante jerarquía al que venía desempeñando en Industrias Ivor S.A. Casa Inglesa,

a. Afilie a la señora Ingrid Odalis Gamba Barranco a la entidad prestadora de salud que la actora seleccione. Dado el caso de que la E.P.S. a la cual acuda no acepte la afiliación de la señora Gamba Barranco por cualquier razón, Industrias Ivor S.A. Casa Inglesa deberá atender directamente los gastos de los servicios médicos, tratamientos, intervenciones quirúrgicas, medicamentos, hospitalización, y otros que llegue a requerir la señora Ingrid Odalis Gamba Barranco, mientras Casa Inglesa realiza todas las gestiones, e interpone todas las acciones que resulten necesarias para lograr la afiliación efectiva de su trabajadora al Sistema General de Seguridad Social. Esta protección se mantendrá por el tiempo que permanezca vigente la relación laboral.

Tercero.- ORDENAR a la sociedad Industrias Ivor S.A. Casa Inglesa, que dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta sentencia, a través de su representante legal o quien haga sus veces, pague a la señora Ingrid Odalis Gamba Barranco las sumas de dinero correspondientes a:

a. El descanso remunerado en la época del parto, correspondiente

a la licencia de maternidad de la señora Ingrid Odalis Gamba Barranco. B.

a. Los gastos médicos en que incurrió la señora Gamba Barranco . relacionados con su embarazo y que de haber sido afiliada por Industrias Ivor S.A. a una EPS, habrían sido cubiertos por esta . última y,

a. Las incapacidades por enfermedad y embarazo concedidas a favor de la accionante durante el fuero de maternidad.

Lo anterior siempre y cuando estos valores no hayan sido ya reconocidos por alguna EPS o

el empleador.

Cuarto.- DÉSE cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado Ponente

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria

1 En este aparte la Sala sigue la exposición de la accionante. La posición de Industrias Ivor S.A. Casa Inglesa será sintetizada a su vez cuando se haga referencia a sus distintas intervenciones en el proceso.

2 En adelante la accionante, la peticionaria, la actora o la demandante.

3 En adelante la accionada, la demandada, Industrias Ivor S.A., o Casa Inglesa.

4 Al respecto pueden observarse: (i) Copia simple de prueba de embarazo positivo de la paciente Ingrid Odalis Gamba emitida por la Cruz Roja Seccional Cundinamarca el día 24 de diciembre de 2008 (Folio 5); (ii) Copia simple de comunicación de diciembre de 2008 dirigida a Casa Inglesa -recursos humanos- y suscrita por Ingrid Odalis Gamba en la que se expresa: “Por medio de la presente me dirijo a ustedes para enviarles mis incapacidades (...) con gran sorpresa me dirigí la semana

pasada a urgencias y me informa que casa inglesa ivor no ha hecho legal mi vinculación a la eps (Sic) lo cual me a tocado ir a hospitales (Sic) y generar pago como particular la cual estoy enviando (Sic)” (Folio 6).

5 Ver, (i) copia de comunicación de febrero 16 de 2009 dirigida a Casa Inglesa y suscrita por la actora, en la que se señala: “Les envió una vez más las copias de los registros de mis hijas con soportes de envíos anteriores, copia de factura de diciembre enviado por correo a la empresa. También les envió copia de historia clínica del tiempo que estuve hospitalizada desde el 26 de enero hasta el día 13 de febrero del presente año, con incapacidad, y con factura la cual informa los gastos que he tenido que asumir por no estar afiliada a una EPS desde que entre ala empresa el 18 de noviembre de 2008 (sic)” (Folio 7); (ii) copia de certificados de incapacidad médica de la paciente Ingrid Odalis Gamba (Folios 9 a 12); (iii) copia de recibos de caja y facturas cambiarias por concepto de gastos médicos de la paciente Ingrid Odalis Gamba Barranco (Folios 21 a 23).

6 Ver, copia de certificación emitida por Compensar EPS en la que se indica: “Que el (la) señor(a) Ingrid Odalis Gamba Barranco identificado(a) con cédula 52.322.421, se encuentra retirado en el Plan Obligatorio de Salud POS en la EPS Compensar, por la empresa Industrias Ivor S.A. Casa Inglesa (...) fecha de afiliación 2007/04/30; fecha de retiro 2008/11/26” (Folio 8).

7 Ver, copia de “notificación de terminación de contrato por vencimiento labor determinada” (sic); dirigida a Ingrid Odalis Gamba y suscrita por el gerente administrativo de Industrias Ivor S.A. el día 18 de febrero de 2009. Como motivo para la terminación del contrato de trabajo se expresa: Terminación de la incapacidad [de la trabajadora que la accionante estaba remplazando] (Folio 24 y 68).

8 Ver, copia de contrato de trabajo por el término que dure la realización de la obra o labor determinada, de 18 de noviembre de 2008, suscrito entre Industrias Ivor S.A. Casa Inglesa y Ingrid Odalis Gamba, donde se indica en la casilla obra o labor contratada lo siguiente: “Por tres meses reemplazo incapacidad licencia materna a partir de la fecha” (Folio 41).

9 Ver, (i) Copia simple de la planilla integrada de autoliquidaciones de aportes, del empleador Industrias Ivor S.A. Casa Inglesa, en la que se resalta los periodos de

cotización correspondientes a enero y febrero de 2009 a favor de Gamba Barranco Odalis (Folio 54 a 61); (ii) Copia simple de comunicación de diciembre 31 de 2008 dirigida a Ingrid Odalis Gamba y suscrita por Industrias Ivor S.A. Casa Inglesa en la que se le señala: “te informo que no nos es posible radicar una afiliación con la entidad de Compensar ya que en la base de datos de la misma, apareces reflejada con fraude por consiguiente te adjunto la información que emitió la asesora acerca de tu caso. De igual forma nos asombra que haya omitido esta información en el momento en que se le pidió el certificado de afiliación a EPS, en la solicitud de documentos para la contratación. Por favor informar cual sería la opción de una EPS, para realizar una nueva afiliación, para dejar así solucionado este inconveniente” (Folio 62).

10 Sentencia T-347 de 2000. M. P. José Gregorio Hernández Galindo, T- 853 de 2002 Rodrigo Escobar Gil, entre otras. (Se conservan las referencias del original)

11 Ley 100 de 1993, artículo 152, numeral 2° ‘Obligatoriedad. La afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud es obligatoria para todos los habitantes en Colombia. En consecuencia, corresponde a todo empleador la afiliación de sus trabajadores a este Sistema y del Estado facilitar la afiliación a quienes carezcan de vínculo con algún empleador o de capacidad de pago.’

12 La Ley 100 de 1993 reconoce el derecho a ser afiliado en salud (artículo 152, numeral 2), la obligación de los empleadores y su responsabilidad en caso de incumplimiento (artículo 161), así como las sanciones (artículo 210). Al respecto ver, entre otras, las sentencias T-005 de 1995 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), T-072 de 1997 (MP Vladimiro Naranjo Mesa), T-295 de 1997 (MP José Gregorio Hernández Galindo), T-137 de 2000 (MP Carlos Gaviria Díaz) y T-013 de 2003 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-1202 de 2005 (MP Álvaro Tafur Galvis), T-1287 de 2005 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-387 de 2006 (MP Clara Inés Vargas Hernández). (Se conservan las referencias del original)

13 Corte Constitucional, sentencia SU-062 de 1999 (MP Vladimiro Naranjo Mesa). En este caso, la Corte decidió tutelar los derechos a la vida, al mínimo vital, a la seguridad social y a la salud de una mujer de la tercera edad (69 años) que había trabajado durante 17 años como empleada del servicio, mediante contrato laboral verbal, y a la cual se le

había mantenido en condiciones laborales precarias, sin haber sido afiliada a la seguridad social para cotizar su pensión ni para salud, y ahora dependía de la caridad pública. La Corte Constitucional resolvió ordenar a quienes fueran sus patronos (Herlinda Ordóñez de Millán y Federico Millán Ordóñez), entre otras cosas, afiliar a la demandante a la EPS que ella eligiera. (Se conservan las referencias del original)

14 En similar sentido pueden consultarse además las sentencias T-005 de 1995, T-072 de 1997, T-295 de 1997, T-347 de 2000, T-853 de 2002, T-1202 de 2005 y T-387 de 2006.

15 Sobre el citado tópico, la jurisprudencia constitucional, desde hace tiempo, se ha venido pronunciando en los siguientes términos: “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.” 15Sent. T-373 de 1998. (Énfasis fuera del original).

16 Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia. 2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivos del embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin la autorización de que trata el artículo siguiente. 3. La trabajadora despedida sin autorización de la autoridad tiene el derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de (60) días fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiera lugar de acuerdo con el contrato de trabajo y, además, al pago de las doce (12) semanas de descanso remunerado de que trata este capítulo si no lo ha tomado.

171. Para poder despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o los tres meses posteriores al parto, el empleador necesita la autorización del Inspector del Trabajo, o del Alcalde Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario. / El permiso de que trata este artículo sólo puede concederse con el fundamento en alguna de las causas que tiene para dar por terminado el contrato de trabajo y que se enumeran en los artículos 62 y 63. Antes de resolver, el funcionario debe oír a la

trabajadora y practicar todas las pruebas conducentes solicitadas por las partes. 3. Cuando sea un Alcalde Municipal quien conozca de la solicitud de permiso, su providencia tiene carácter provisional y debe ser revisada por el Inspector del Trabajo residente en el lugar más cercano.

18 Interpretación que ha sido reiterada en las sentencias T-964 de 2008, T-1069 de 2008, T-181 de 2009, T-371 de 2009, T-471 de 2009, entre otras.

19 Corte Constitucional. Sentencia C-470/97.

20 Al respecto consultar la Sentencia C-710 de 1996 M.P. Jorge Arango Mejía. (Se conservan las referencias del original)

21 Sentencia C-470 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero. (Se conservan las referencias del original)

22 Esta estabilidad ha sido concedida en distintos tipos contractuales tales como: contratos de trabajo por duración de obra o labor, contratos a término fijo e indefinido, contratos temporales y contratos de prestación de servicios.

23 Corte Constitucional. Sentencia T-181 de 2009.

24 Ver, entre otras, las sentencias T-014/92, MP: Fabio Morón Díaz; T-479/92, MP: José Gregorio Hernández Galindo; T-457/92, MP: Ciro Angarita Barón. (Se conservan las referencias del original)

25 Ver folios 44 y 46. Copia simple de carta confirmación afiliaciones emitida por Compensar el 26 de noviembre de 2008 y dirigida a Industrias Ivor Ltda. Casa Inglesa, en la que señala: "A continuación ofrecemos el detalle de los registros por ustedes reportados así: (...) Apellidos y nombres: Gamba Barranco Ingrid Odalis (...) fecha de radicación: 18/11/2008" (Folio 44); Copia simple de carta confirmación afiliaciones emitida por Compensar EPS el 26 de noviembre de 2008 y dirigida a Industrias Ivor Ltda. Casa Inglesa, en la que señala: "De acuerdo con la información por ustedes aportada (...) el trabajador Gamba Barranco Ingrid Odalis (...) presenta radicación de afiliación en Compensar EPS a partir de el 26/11/8008 (...). Los datos que ustedes informaron por el trabajador en mención son: Fecha de Ingreso a la Empresa 18/11/2008, Cargo

desempeñado Asist Tesoreri, salario reportado 650000” (Folio 46).

26 La Sala no profundizará en el estudio de la conducta desplegada por la EPS, ya que, (i) esta no ha sido vinculada a la presente acción, y, (ii) la accionante confesó que interpuso una acción de tutela contra la EPS Compensar (fl. 7), proceso que es autónomo del que aquí se revisa, sin que pueda por ello esta Sala invadir la competencia de los jueces de instancia ni del eventual Juez de Revisión.

27 Ver, folio 65.

28 Al respecto, ver sentencia T-504 de 2003.

29 Esta norma consagra el procedimiento que deben seguir las EPS al momento de desafiliar unilateralmente a una persona. La Corte ha considerado que la inobservancia de este trámite implica la vulneración del debido proceso del afiliado. Al respecto, ver sentencia T-861 de 2007.

31 Ver, folios 24 y 68. Copia de “notificación de terminación de contrato por vencimiento labor determinada” (sic); dirigida a Ingrid Odalis Gamba y suscrita por el gerente administrativo de Industrias Ivor S.A. el día 18 de febrero de 2009. Como motivo para la terminación del contrato de trabajo se expresa: Terminación de la incapacidad [de la trabajadora que la accionante estaba remplazando].

32 Ver, folio 5. Copia simple de prueba de embarazo positivo de la paciente Ingrid Odalis Gamba emitida por la Cruz Roja Seccional Cundinamarca el día 24 de diciembre de 2008.

33 Corte Constitucional. Sentencia T-095 de 2008.

34 Ver, folio 32, hecho 17.

35 Ver, folios 70 a 72. Copia simple de autorización por incapacidad general o licencia de maternidad emitida por Famisanar EPS a favor de la afiliada Nidia Patricia Velásquez Dicelis, con fecha de inicio 6 de noviembre de 2008 y fecha de terminación el día 28 de enero de 2009.

36 Ver, folio 41.

37 Ver, folio 69.

38 Ídem. Énfasis añadido.

39 Ver, código sustantivo del trabajo. Artículo 46. "Contrato a Término Fijo. <Artículo subrogado por el artículo 3o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente.1. Si antes de la fecha del vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta (30) días, éste se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente".(Énfasis añadido)

40 Órdenes en el mismo sentido aquí trazado han sido impartidas en las sentencias T-352 de 2008; T-1069 de 2008; T-1230 de 2008; T-371 de 2009, entre otras.