

Sentencia T-796/13

MUJER TRABAJADORA EMBARAZADA-Protección constitucional especial

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA-Alcance del derecho a partir de sentencia SU070/13

REGLAS SOBRE EL ALCANCE DE LA PROTECCION REFORZADA A LA MATERNIDAD Y A LA LACTANCIA EN EL AMBITO DEL TRABAJO-Alcance distinto según la modalidad del contrato y según el empleador haya conocido o no del embarazo al momento del despido

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS-Debe ser atendido en forma inmediata y prioritaria

Al igual que con las mujeres embarazadas, nuestro ordenamiento jurídico atribuye a los niños la condición de sujetos de especial protección constitucional, razón por la cual, también deben ser objeto de medidas de discriminación positiva, orientadas a materializar en ellos el fin ulterior del Estado social de derecho. La protección de sus derechos fundamentales constituye un deber para el Estado. El artículo 44 de la Constitución señala que “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social (...)", entre otros. En el mismo orden, declara que “Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. Resulta contrario al precedente de esta corporación, que las EPS pretermitan la afiliación de estos sujetos de especial protección, bajo supuestos fuera de contexto o, peor aún, sin proporcionar razones objetivas para ello. Así las cosas, la protección de su derecho fundamental a la salud no se traduce en una simple labor social, sino en un mandato constitucional, que debe interpretar el verbo del constituyente a través del despliegue institucional, al cual no escapan los jueces de tutela.

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 FUNDAMENTAL A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS-Vulneración por EPS al no adelantar, de forma oportuna, afiliación al menor como miembro del núcleo familiar de la

accionante

MUJER TRABAJADORA EMBARAZADA-Improcedencia de reintegro por cuanto terminación del vínculo laboral obedeció a una justa causa

MUJER TRABAJADORA EMBARAZADA-Orden a empleador desembolse directamente a la accionante la licencia de maternidad

Referencia: expedientes acumulados T-3.961.299 y T-3.963.827

Demandante: Laudith Senith Escobar Montenegro y Yiceth Molina Ortiz

Demandado: Coomeva EPS, Solsalud EPS y Almacenes Éxito S.A.

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá, D.C., doce (12) de noviembre de dos mil trece (2013)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Nilson Elías Pinilla Pinilla, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos: (i) en segunda instancia, por el Juzgado 4º Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga, ante la impugnación presentada contra la sentencia que, en primera instancia, dictó el Juzgado 23 Penal Municipal de Depuración de Bucaramanga, dentro del expediente T-3.961.299, en el trámite de la acción de tutela promovida por Laudith Senith Escobar Montenegro, en nombre propio y de su hijo de 4 años de edad, contra Coomeva EPS y Solsalud EPS; (ii) en única instancia, por el Juzgado 23 Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Medellín, dentro del expediente T-3.963.827, en el trámite de la acción de tutela impetrada por Yiceth Molina Ortiz contra Almacenes Éxito S.A.

Los presentes expedientes fueron escogidos para su revisión por la Sala de Selección

Número Siete, mediante auto del 18 de julio de 2013, en el que además se dispuso que fueran acumulados y repartidos a la Sala Cuarta de Revisión, para que se pronunciara sobre ambos casos en una misma sentencia, al considerar que entre ellos existe unidad de materia.

I. ANTECEDENTES

1.1. La solicitud

Laudith Senith Escobar Montenegro impetró acción de tutela contra Coomeva EPS y Solsalud EPS, invocando el amparo de sus derechos fundamentales, y los de su hijo de 4 años de edad, a la vida, a la salud en condiciones dignas y justas y a la seguridad social, los cuales considera conculcados por esas entidades al negarse a afiliarla y prestarle atención médica integral, respectivamente, pese a estar embarazada.

1.2. Hechos

La demandante los narra, en síntesis, así:

1.2.1. Desde fecha no especificada, se encontraba laborando para la empresa LINCO S.A., quien la tenía afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud[1], como cotizante dependiente, a través de Coomeva EPS.

1.2.2. El 11 de diciembre de 2012, fue despedida por haberse ausentado durante cuatro días, mientras procuraba la atención de su hijo Daniel, de cuatro años de edad, quien, en ese momento, se encontraba enfermo. Como consecuencia, también fue desafiliada de Coomeva EPS.

1.2.3. Para la fecha del despido, se hallaba en estado de embarazo, situación que trató de acreditar ante el empleador, quien se negó a recibirla los correspondientes documentos.

1.2.4. Luego, se afilió a Solsalud EPS, en calidad de beneficiaria de su compañero permanente. No obstante, señala que esa entidad le manifestó que solo sería atendida por urgencias y no recibiría los servicios médicos que demanda su embarazo, por no haber informado su estado al momento de la afiliación. Igualmente, sostiene que bajo el mismo argumento le ha sido negada la cobertura en salud a su hijo.

1.2.5. Indica que la única solución que esta le propone es acudir a Coomeva EPS para continuar afiliada como cotizante, pero en esa entidad le informan que ello no es posible debido a su vínculo con Solsalud.

1.2.6. Por último, expresa que se encuentra desempleada; que ni su hijo de 4 años ni ella, pese a sus siete meses de embarazo, poseen cobertura en salud, pues ninguna de las dos entidades la quiere afiliar; y que es su deseo permanecer en Coomeva EPS.

1.3. Pretensiones

La actora depreca el amparo de sus derechos fundamentales y los de su hijo de 4 años de edad a la vida, a la salud en condiciones dignas y justas y a la seguridad social y, como consecuencia, que se le ordene a Coomeva EPS continuar con su afiliación, brindándole el tratamiento integral que demanda su embarazo, junto con la exoneración de copagos y cuotas moderadoras.

1.4. Pruebas

La actora aporta los siguientes documentos:

- Copia simple del resultado del examen de embarazo. N° de orden 413899 de Idime (folio 6 del cuaderno 2 del respectivo expediente).
- Copia simple del resultado de la ecografía obstétrica transabdominal nivel II, practicada el 20 de diciembre de 2012 por Alianza Diagnóstica S.A. (folios 7 a 8 del cuaderno 2 del respectivo expediente).
- Copia simple del resultado de la ecografía obstétrica transabdominal nivel II, practicada el 9 de enero de 2013 por Alianza Diagnóstica S.A. (folios 9 a 10 del cuaderno 2 del respectivo expediente).
- Copia simple del certificado de semanas cotizadas, expedido por Coomeva EPS el 26 de febrero de 2013, que da cuenta de que estuvo afiliada a esa entidad hasta el 3 de enero de 2013 y que actualmente se encuentra retirada (folio 11 del cuaderno 2 del respectivo expediente).

- Copia simple del registro civil de nacimiento de su hijo menor de edad (folio 12 del cuaderno 2 del respectivo expediente).
- Copia simple de la cédula de ciudadanía de la actora por ambas caras (folio 13 del cuaderno 2 del respectivo expediente).

1.5. Oposición a la demanda de tutela

Mediante auto de 15 de marzo de 2013, el Juzgado 23 Penal Municipal de Depuración de Bucaramanga admitió la tutela y dispuso: (i) vincular de oficio a la empresa LINCO S.A.; (ii) escuchar a la actora en declaración para ampliar los hechos de la demanda y, (iii) correr traslado a las partes para que se pronunciaran sobre los supuestos de hecho que sustentan la demanda.

1.5.1. Declaración de la actora

En declaración juramentada rendida ante el juez de primera instancia[2], el 22 de marzo de 2013, la actora manifestó que la despidieron de LINCO -su último empleador-, luego de ausentarse por cuatro días seguidos del trabajo. Así mismo, señaló que en ese momento el empleador no tenía conocimiento de su embarazo, pero cuando se dispuso a entregarle los documentos para acreditárselo este se negó a recibirlos; fue entonces cuando decidió interponer la presente acción.

Igualmente, reiteró que no está trabajando, que no percibe ingresos económicos y que, al igual que su hijo, sigue sin cobertura en salud. Aclaró, que su compañero permanente no es el padre biológico de su hijo de 4 años y que es este quien cubre los gastos del núcleo familiar -conformado por los 3-.

1.5.2. Respuesta de Coomeva EPS

Coomeva EPS se opuso a las pretensiones de la tutela y solicitó que se declarara su improcedencia, luego de anotar que la actora se encuentra retirada de esa entidad desde el 3 de enero de 2013, en razón de la novedad reportada por LINCO S.A.

En igual sentido, afirmó que el 22 de enero de 2013 se evidencia proceso de movilidad de la afiliada hacia Solsalud EPS, el cual no se concretó, debido a que esta última omitió el

registro de su hijo Daniel, quien integraba su núcleo familiar como beneficiario. Sobre el particular, indica que es necesario que Solsalud EPS presente solicitud de traslado por el grupo familiar completo, es decir, la actora y su hijo.

1.5.3. Respuesta de Solsalud EPS

Solsalud EPS también solicitó que se denegara, por improcedente, el amparo deprecado, exponiendo que la afiliación de la actora en esa entidad se encuentra activada desde el 15 de marzo de 2013, inclusive, con IPS asignada y que, hasta la fecha, aquella no le ha presentado ninguna solicitud para trasladarse a Coomeva EPS.

Del mismo modo, sustentó que, en el presente caso, se configura un hecho superado, habida cuenta que la atención en salud requerida está garantizada y no hay solicitud de servicios médicos pendiente de trámite.

1.5.4. Respuesta de LINCO S.A.

Por su parte, LINCO S.A. arguyó que el despido de la accionante obedeció a una justa causa legal, fundamentada en el abandono del cargo. También indicó que no tenía conocimiento de su embarazo.

Frente a la prestación de los servicios médicos demandados, refiere que la novedad de retiro reportada a Coomeva EPS fue una consecuencia obvia de su desvinculación de la empresa, a la cual, en todo caso, no compete brindar la atención médica relacionada con su estado de salud.

Para fines probatorios, aportó carta de despido original del 11 de diciembre de 2012, firmada por la actora[3].

2. Expediente T-3.963.827

2.1. La solicitud

Yiceth Molina Ortiz impetró acción de tutela contra Almacenes Éxito S.A., invocando el amparo de sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, al mínimo vital, a la seguridad social, y a la dignidad humana, los cuales considera transgredidos por esa entidad, por

cuanto resolvió despedirla, sin consideración a su estado de embarazo.

2.2. Hechos

La demandante los narra, en síntesis, así:

2.2.1. El 4 de agosto de 2008, se vinculó a Almacenes Éxito S.A., mediante contrato a término indefinido, para desempeñar el cargo de auxiliar operativo, siendo asignada a la sección de charcutería.

2.2.2. El 22 de enero de 2013, unilateralmente y alegando justa causa, la empleadora decide dar por terminada la relación laboral, con fundamento en que debido a irregularidades en el último inventario realizado por ella, fue necesario efectuar un ajuste por \$2.000.000, puesto que no incluyó en el conteo determinados productos.

2.2.3. Manifiesta la actora que, para ese momento, se encontraba embarazada y que, verbalmente, había puesto esa situación en conocimiento del supervisor encargado.

2.2.4. En el mismo orden, sostiene que actualmente no recibe salario ni cuenta con ingresos económicos que le permitan proveerse el mínimo vital, pues el padre de su hijo la abandonó, convirtiéndola en madre cabeza de hogar a sus 31 años de edad.

2.3. Pretensiones

La actora pretende que a través de esta acción le sean amparados sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana y, al efecto, solicita se ordene su reintegro a la entidad demandada, con la consecuente afiliación al sistema de seguridad social, a fin de que se le garantice la atención médica que requiere su embarazo, junto con el respectivo pago de la licencia de maternidad.

2.4. Pruebas

A la demanda de tutela, la actora anexó los siguientes documentos:

- Copia simple de su cédula de ciudadanía (folio 4 del cuaderno 2 del respectivo expediente).

- Copia simple del resultado, de 7 de marzo de 2013, de la ecografía del primer semestre que se le practicó, emitido por Promedan IPS (folio 5 del cuaderno 2 del respectivo expediente).
- Copia simple del resultado de laboratorio clínico, que le fue practicado el 4 de febrero de 2013, por la Clínica Comfenalco Antioquia (folio 6 del cuaderno 2 del respectivo expediente).
- Copia simple de su carta de despido de 22 de enero de 2013 (folio 7 del cuaderno 2 del respectivo expediente).

2.5. Oposición a la demanda de tutela

Mediante auto de 22 de marzo de 2013, el Juzgado 23 Penal con Funciones de Conocimiento de Medellín admitió la tutela y corrió traslado a las partes para que se pronunciaran sobre los supuestos de hecho que la sustentan.

El Representante Legal de Almacenes Éxito S.A. pidió que la tutela fuera rechazada por improcedente, alegando que el despido obedeció a una justa causa, debidamente motivada, y que la actora no puso a la empresa en conocimiento de su embarazo, pues, al momento del despido, ni ella misma lo sabía, ya que la prueba de embarazo que se anexa a esta acción fue posterior a tal evento.

Señaló que no es cierto lo dicho por la actora en cuanto a su condición familiar, ya que, en reiteradas ocasiones, acudió a la empresa en compañía de un hombre que se identificaba como su esposo.

Por otro lado, precisó que compareció al Ministerio del Trabajo para conciliar con la actora, al punto de ofrecerle el reintegro que ahora reclama, pero tal diligencia fracasó porque sus intereses apuntaban a una indemnización.

En respaldo de sus afirmaciones, aportó los siguientes documentos: copia simple de acta de descargos rendidos por la actora respecto a las irregularidades en los inventarios[4] y copia simple de acta de no conciliación ante el Ministerio del Trabajo[5].

II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

1. Expediente T-3.961.299

1.1. Decisión de primera instancia

El Juzgado 23 Penal Municipal de Depuración de Bucaramanga, en sentencia de 4 de abril de 2013, concedió el amparo deprecado por Laudith Senith Escobar Montegero, luego de concluir que LINCO S.A. terminó unilateralmente el contrato de trabajo a sabiendas de su estado de gravidez y sin contar con la anuencia del Inspector del Trabajo.

Para ello, indicó que, de acuerdo con la Sentencia T-687 de 2008[6], “el énfasis probatorio ya no radica en la comunicación del estado de embarazo al empleador, sino en la existencia de una causa para la terminación del vínculo, la cual debe avalar, previamente, la autoridad del trabajo competente”. Por lo anterior, presumió que el despido obedeció a su especial condición.

Como consecuencia, le ordenó a LINCO S.A. su reintegro, sin solución de continuidad, al mismo cargo o a otro que pueda desempeñar de acuerdo a su estado; le concedió el pago de salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir y; le ordenó a Coomeva EPS brindarle el tratamiento integral, derivado de su embarazo.

1.2. Impugnación

LINCO S.A. reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la tutela, y concretó su desacuerdo con la decisión del a quo en la existencia de otros mecanismos para la protección de los derechos invocados; en la ausencia de un perjuicio irremediable, toda vez que es beneficiaria en salud de su compañero permanente y; en la extralimitación de dicha autoridad judicial al reconocer a la accionante “derechos que ni siquiera la misma pretendía en la acción de tutela”, más aún de manera definitiva, y no transitoria como lo ordena el Estatuto Superior.

Por su parte, Coomeva EPS resignó su inconformidad a la presunta omisión por parte del fallador de instancia de reconocerle el recobro ante el Fosyga del 100% de los gastos que conlleve el tratamiento integral ordenado.

1.3. Decisión de segunda instancia

El Juzgado 4º Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga, mediante providencia de 21 de mayo de 2013, revocó la decisión de primera instancia, con fundamento en que esta controversia debe ser dirimida en la jurisdicción ordinaria, teniendo en cuenta que el despido obedeció a una justa causa y no a su embarazo, como quiera que este no fue informado antes de la terminación unilateral del contrato.

Descartó la existencia de un perjuicio irremediable, dada su afiliación a Solsalud EPS y la falta de elementos que prueben que le haya sido negado algún servicio médico. Y reafirmó su posición, señalando que, según declaró la propia actora, su compañero permanente asume los gastos del hogar.

Respecto de la falta de afiliación de su hijo Daniel, destaca que es “una situación enteramente de responsabilidad de la misma”, al no informar al empleador el motivo por el cual se ausentó durante los cuatro días que motivaron su despido.

2. Expediente T-3.963.827

2.1. Decisión única de instancia

El Juzgado 23 Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Medellín, en fallo de 12 de abril de 2013, denegó el amparo reclamado por Yiceth Molina Ortiz, ante la existencia de otro mecanismo judicial para hacer efectivos sus derechos. A esa conclusión arribó luego de advertir que el despido no obedeció al embarazo, pues, no probó haber informado su condición al empleador; mientras que la entidad demandada, en cambio, sí definió que su desvinculación tuvo soporte en una justa causa.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar las sentencias proferidas dentro de los procesos de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Procedibilidad de la acción de tutela

2.1. Legitimación activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

En consonancia con la norma superior, el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991[7], establece lo siguiente:

“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.”

En esta oportunidad, las acciones de tutela fueron presentadas por Laudith Senith Escobar Montenegro, en nombre propio y de su hijo de 4 años de edad, y Yiceth Molina Ortiz, personas que consideran vulnerados sus derechos fundamentales, razón por la cual se encuentran legitimadas en la causa por activa.

2.2. Legitimación pasiva

Coomeva EPS, Solsalud EPS, LINCO S.A. y Almacenes Éxito están legitimadas en la causa como parte pasiva, en la medida en que se les atribuye la presunta vulneración de los derechos fundamentales cuyo amparo se demanda. Las dos primeras, son entidades de carácter privado, encargadas de la prestación del servicio público de salud; mientras que las últimas, son empresas de carácter privado frente a las cuales las demandantes reputan subordinación. Por lo tanto, en virtud de lo dispuesto en los numerales 2º y 4º del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, esta acción cabe ejercitarse contra las entidades demandadas.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala Cuarta de Revisión determinar, si las entidades demandadas vulneraron los derechos fundamentales a la vida, a la salud, al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida digna, invocados por las peticionarias, con el argumento de que fueron despedidas sin consideración a su estado de embarazo y sin la anuencia del Inspector del Trabajo.

Con el fin de resolver el presente asunto, la Sala abordará, desde la óptica de la jurisprudencia de esta corporación, los siguientes tópicos: (i) la especial protección constitucional al embarazo; (ii) el alcance del derecho a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de gravidez, a partir de la Sentencia SU-070 de 2013[8]; (iii) el derecho fundamental a la salud de los niños y; (iv) el estudio de los casos concretos.

4. La especial protección constitucional a las mujeres en estado de embarazo

La Constitución Política impone como un mandato de rango superior la protección estatal de la mujer en estado de embarazo. Al punto, que se hace necesaria la adopción de acciones afirmativas, que permitan preservar el valor más importante de nuestra sociedad, encarnado en la condición biológica que reviste a la mujer en ese importante momento: la vida.

Por tal motivo, de manera casi tautológica, pero necesaria, el juez constitucional ha aplicado medidas, cada vez más progresivas, para vivificar la directriz que consagra el artículo 43 del Estatuto Superior, en el sentido de que: “Durante el embarazo y después del parto [la mujer] gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”.

En reiterada jurisprudencia, esta corporación ha señalado que la mujer que se encuentra en estado de gravidez es sujeto de especial protección constitucional, pues, el advenimiento de las circunstancias propias de su estado, implican la disminución de su capacidad física, al punto de reducirla a una situación de debilidad manifiesta, que demanda la intervención tutiva de todos los poderes del Estado.

Como ejemplo de los pronunciamientos emitidos en el sentido anotado, basta citar el precedente consignado en la Sentencia T-373 de 1998[9], en el que se dijo:

“En desarrollo de los postulados del Estado Social de Derecho, la Constitución ha considerado que la mujer en estado de embarazo, conforma una categoría social que, por su especial situación, resulta acreedora de una particular protección por parte del Estado. En consecuencia, se consagran, entre otros, el derecho de la mujer a tener el número de hijos que considere adecuado; a no ser discriminada por razón de su estado de embarazo, a recibir algunos derechos o prestaciones especiales mientras se encuentre en estado de gravidez; y, al amparo de su mínimo vital durante el embarazo y después del parto. Adicionalmente, la especial protección constitucional a la mujer en embarazo se produce con el fin de proteger integralmente a la familia”.

No cabe duda que se trata de una categoría eminentemente de amparo, que hace procedente la acción de tutela cuando estén de por medio los derechos fundamentales de esa población. Ello, en razón de los lineamientos supralegales que, unívocamente, convergen a su salvaguarda, los cuales han sido decantados jurisprudencialmente desde su promulgación.

5. El alcance del derecho a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de gravidez, a partir de la Sentencia SU-070 de 2013

La protección a la que se hace referencia en el acápite anterior, se extiende a distintas esferas de la cotidianidad. Así, este tribunal ha acogido la protección especial que el legislador definió para las mujeres embarazadas dentro del ámbito laboral, cuando en el actual Código Sustantivo del Trabajo estableció lo siguiente:

“ARTÍCULO 239. PROHIBICIÓN DE DESPEDIR. <Artículo modificado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

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 período del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente.
3. La trabajadora despedida sin autorización de las autoridades tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta (60) días, fuera de las

indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo y, además, el pago de las doce (12) semanas de descanso remunerado de que trata este capítulo, si no lo ha tomado”.

En desarrollo de esa máxima, la Corte ha dado aplicación a la tesis de la “estabilidad laboral reforzada” para ese grupo de personas, erigiéndose en torno a ellas una especie de “fuero de maternidad”.

Sobre el particular señaló:

“En general el derecho a la estabilidad laboral consiste en la garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido. Una estabilidad reforzada implica que el ordenamiento debe lograr una garantía real y efectiva al derecho constitucional que tiene una mujer embarazada a no ser despedida, en ningún caso, por razón de la maternidad. La protección tiene entonces que ser eficaz, por lo cual su regulación y aplicación está sometida a un control constitucional más estricto pues, la Constitución ordena un amparo especial a la estabilidad laboral de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, por lo cual no es suficiente que el ordenamiento legal asegure unos ingresos monetarios a esas trabajadoras, sino que es necesario protegerles eficazmente su derecho efectivo a trabajar”[10].

En ese orden de ideas, desde los albores de esa figura en la Corte, se planteó que para que operara su amparo, era menester la concurrencia de los siguientes requisitos:

“(...) (i) el despido tuvo lugar durante la época en que está vigente el “fuero de maternidad”, esto es, durante el embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto; (ii) el empleador conocía o debía conocer de la existencia del estado de gravidez de la trabajadora; (iii) el despido haya tenido lugar por motivo o con ocasión del embarazo de la mujer en contravía a lo dispuesto por el Convenio 103 de la OIT “Sobre Protección de la Maternidad”; (iv) no media autorización del inspector de trabajo, si se trata de trabajadora oficial o privada o que no se presenta resolución motivada por parte del jefe del respectivo organismo, si se trata de empleada pública; (v) el despido amenace el mínimo vital de la actora y de quien está por nacer (...)”[11](negrillas propias).

La regla general había sido ordenar el reintegro de la trabajadora, el pago de salarios, prestaciones sociales y otros emolumentos dejados de percibir, solo en el evento de verificarse la totalidad de las anteriores exigencias. Sin embargo, con la Sentencia SU-070 de 2013[12], la posición varió sustancialmente, pues, por ejemplo, el conocimiento del estado de embarazo por parte del empleador, dejó de ser un requisito sine qua non para materializar su protección; constituyendo ese elemento, junto con la modalidad del contrato, apenas un factor para determinar su alcance. Se trata de un criterio mucho más garantista, fundado en el principio de solidaridad y en la preponderancia que se le atribuye a la maternidad en nuestro ordenamiento jurídico.

Esta corporación supeditó el amparo y las eventuales medidas protectoras a que“(...) 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”.

Para efectos prácticos, en tal decisión, se fijaron una serie de reglas, según la modalidad del contrato celebrado y el conocimiento que tuviera el empleador del embarazo. Así, en cuanto a los contratos a término indefinido se indicó que:

“1.1. Cuando el empleador conoce en desarrollo de esta alternativa laboral, el estado de gestación de la empleada y la despidé sin la previa calificación de la justa causa por parte del inspector del trabajo (...) 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 (...).

(...) 1.2.1 Cuando el empleador adujo justa causa (y NO conoce el estado de gestación de la empleada) (...) sólo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la discusión sobre la configuración de la justa causa (si se presenta) se debe ventilar ante el juez ordinario laboral (...).

1.2.2 Cuando el empleador NO adujo justa causa (y NO conoce el estado de gestación de la empleada): En este caso la protección consistiría mínimo en el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y el reintegro sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. Bajo esta hipótesis, se ordenará el pago de los salarios y prestaciones

dejados de percibir, los cuales serán compensados con las indemnizaciones recibidas por concepto de despido sin justa causa”.

Igualmente, del análisis de dicha providencia, se extracta que respecto de los contratos a término fijo, por obra o labor contratada y de prestación de servicios[13] las reglas aplicadas coinciden cuando el empleador no tuvo conocimiento del embarazo al momento del despido y adujo para ello una justa causa, distinta a la modalidad del contrato, es decir, cuando no alegó que el contrato se dio por terminado debido a la expiración del término fijado, el cumplimiento de la obra o labor contratada, o la culminación del servicio prestado, entre otras similares. En estos casos, solo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante todo el período de gestación, y la discusión sobre la configuración de la justa causa se debe ventilar ante el juez ordinario laboral.

6. El derecho fundamental a la salud de los niños. Reiteración de jurisprudencia

Al igual que con las mujeres embarazadas, nuestro ordenamiento jurídico atribuye a los niños la condición de sujetos de especial protección constitucional, razón por la cual, también deben ser objeto de medidas de discriminación positiva, orientadas a materializar en ellos el fin ulterior del Estado social de derecho.

La protección de sus derechos fundamentales constituye un deber para el Estado. El artículo 44 de la Constitución señala que “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social (...)", entre otros. En el mismo orden, declara que “Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

Sobre el particular, la Corte precisó que “(...) cuando está de por medio la salud de un niño, niña o adolescente por el simple hecho de serlo, es merecedor de todas las garantías en materia de salud en aras de su desarrollo físico y mental, sin que ninguna entidad encargada de prestar dicho servicio pueda dilatar injustificadamente la prestación del mismo”[14].

Por tal motivo, resulta contrario al precedente de esta corporación, que las EPS pretermitan la afiliación de estos sujetos de especial protección, bajo supuestos fuera de contexto o, peor aún, sin proporcionar razones objetivas para ello.

Así las cosas, la protección de su derecho fundamental a la salud no se traduce en una simple labor social, sino en un mandato constitucional, que debe interpretar el verbo del constituyente a través del despliegue institucional, al cual no escapan los jueces de tutela.

Ante tal premisa, este tribunal señaló que “la tutela no solo procede para proteger el derecho a la vida reducida a su simple existencia biológica, sino que ésta debe entenderse dentro de una dimensión más amplia, que comprenda una vida digna”[15], pues, de lo contrario, se desdibujaría el fin para el que fue concebida.

7. Casos concretos

Además de las precisiones propias de cada asunto, para darle solución a los casos concretos, resulta oportuno definir en cada uno: (i) si la actora se encontraba embarazada en vigencia de la relación laboral; (ii) si el empleador tuvo conocimiento de su estado al momento de disponer la terminación unilateral del contrato y; (iii) si alegó que tal determinación fue producto de una justa causa.

7.1. Expediente T-3.961.299

Laudith Senith Escobar Montenegro señala que fue despedida de la empresa LINCO S.A., sin autorización del Inspector del Trabajo, a pesar de encontrarse en estado de gravidez y bajo el argumento de haber abandonado su cargo durante 4 días seguidos.

Refiere que ello le ha ocasionado inconvenientes administrativos, que han impedido que le sea prestada la atención médica que demanda en su situación, además de que ha perjudicado a su hijo Daniel, de 4 años de edad, toda vez que ni Coomeva EPS ni Solsalud EPS -a la cual está afiliado su compañero permanente- quieren asumir la atención que requieren.

Tales argumentos la motivaron a impetrar la presente acción de amparo, a efectos de obtener el reintegro y la consecuente vinculación a Coomeva EPS, quien venía atendiéndola en vigencia del vínculo laboral con dicha entidad.

Aunque, inicialmente, la tutela fue dirigida contra las mencionadas EPS, de forma acertada, el a quo advirtió la necesidad de vincular a su trámite a LINCO S.A., habida cuenta que la

accionante hizo hincapié en sus infructuosos intentos por darle a conocer su estado, inclusive, después de finiquitada la relación laboral. Igualmente, tal decisión encontró soporte en lo declarado por la actora ante su despacho, cuando manifestó: "que por favor me reintegren rápido, ya que necesito el seguro para la estabilidad del hijo que estoy esperando, ya que actualmente no cuento con controles prenatales" [16].

Ahora, sobre los elementos necesarios para resolver el sub judice, esta Sala concluye que la gestación de la actora y su vínculo contractual con LINCO S.A., coincidieron en un espacio claro de tiempo, pues, de los exámenes médicos que le fueron practicados [17] se infiere que al momento de ser despedida [18] contaba con alrededor de 4 meses de embarazo.

Producto de un similar ejercicio, se aprecia que para la época de dicha desvinculación el empleador no tuvo conocimiento de su estado, lo cual se corrobora con la información suministrada por la actora en la audiencia de ampliación de hechos de la tutela [19], cuando afirmó que "en donde yo estaba trabajando [sic] la empresa no sabía que yo estaba en embarazo"; dicho que cobra aún más fuerza cuando, en la misma actuación, el a quo le preguntó: "por qué razón usted no informó a la empresa de su estado de embarazo"; a lo que ella respondió "porque mi periodo es irregular [sic] yo esperaba el periodo para esos días".

Así las cosas, resulta irrelevante identificar el tipo de vínculo laboral que existió entre las partes, pues, debido a que la demandada alegó que el despido obedeció a una justa causa y al no tener conocimiento del embarazo en ese momento, el efecto jurídico derivado de las precitadas reglas [20], en cualquier caso, sería el mismo. Aunque no procede el reintegro a través de este mecanismo, es manifiesta la obligación del empleador de realizar los aportes necesarios al SGSSS, para garantizarle a la actora, por lo menos, la atención médica durante el período de gestación y lactancia, junto al pago de la respectiva licencia de maternidad.

Otramente, si bien los perjuicios ocasionados a la actora han sido atenuados por la afiliación actual que reporta como beneficiaria de su compañero permanente [21], lo cierto es que la conducta de LINCO S.A. vulneró sus derechos fundamentales, pues la dejó desprovista de la cobertura en salud que demanda y del eventual reconocimiento de su licencia de maternidad [22], prestación, que según lo ha señalado la Corte [23], es fundamental para

proveerse el mínimo vital y el de su hijo que esta por nacer, independientemente del apoyo que pueda prodigarle su compañero permanente, dado que el sustento económico que requiere en su período de lactancia no puede estar sujeto a hechos futuros e inciertos.

En lo que respecta a su hijo Daniel -de 4 años de edad- es claro que, actualmente, se encuentra desprovisto de afiliación al SGSSS[24], lo cual, amén de lo expuesto en la reseña fáctica del caso, constituye una conculcación flagrante de sus derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social por parte de Solsalud EPS, toda vez que al efectuar el proceso de movilidad en la afiliación de la actora, desde Coomeva EPS, por ser parte de su grupo familiar, debió hacer lo propio con él, quien, de cualquier manera, no tendría restricción alguna para ser beneficiario del compañero permanente de su madre, según lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 26[25] y el artículo 34[26] del Decreto 806 de 1998[27].

De Coomeva EPS, hay que decir que no vulneró derecho fundamental alguno, en vista de que su actuar se encuentra ajustado a la Constitución y a la ley, pues, la desafiliación que efectuó a la actora obedeció a una razón objetiva: la novedad de retiro reportada por el empleador. Además, porque la atención médica que debió proveérsele, antes de ser proferida esta sentencia, correspondía íntegramente a Solsalud, por ser la actora beneficiaria de su compañero permanente en esa entidad.

Conforme con las consideraciones desarrolladas en esta providencia, la Sala revocará el fallo de segunda instancia y, en su lugar, amparará los derechos fundamentales de la actora a la protección a la maternidad, al mínimo vital, a la seguridad social y a la salud.

Como consecuencia, lo propio sería ordenar a la empresa demandada el pago de las cotizaciones que den lugar a la licencia de maternidad a la que tiene derecho la actora, la cual, en principio, debería ser pagada por la EPS a la que estaba afiliada al momento del despido, pero ello no surtiría el efecto pretendido con esta providencia. Por tal motivo, en analogía a la solución aplicada a los casos planteados en las sentencias SU-070 de 2013 y SU-071 del mismo año, la Sala ordenará a LINCO S.A., como medida sustitutiva del pago de cotizaciones, que desembolse directamente a la señora Laudith Senith Escobar Montenegro la licencia de maternidad de que trata el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1º de la Ley 1468 de 2011.

En igual sentido, declarará que Solsalud EPS ha vulnerados los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social de su hijo Daniel al no adelantar, de forma oportuna, su afiliación a esa entidad, como miembro del núcleo familiar de la actora, razón por la cual, le ordenará que, si aun no lo ha hecho, complete su proceso de afiliación.

7.2. Expediente T-3.963.827

Yiceth Molina Ortiz manifiesta que su empleador, Almacenes Éxito S.A., le dio por terminado su contrato de trabajo, de forma unilateral, sin consideración a su embarazo y sobre la base de haber cometido supuestas irregularidades en su cargo.

También expresa, que en razón de tal comportamiento -el cual considera arbitrario- se ha visto perjudicada en sus derechos fundamentales, especialmente el mínimo vital, pues, según advierte, ya ha gastado sus ahorros y el padre del hijo que está esperando la abandonó, por lo que su situación económica actual es precaria.

Tales argumentos, la motivaron a incoar la presente acción de tutela contra Almacenes Éxito S.A., con miras a lograr el reintegro a esa empresa y que se le garantice la protección en seguridad social que necesita en su embarazo, incluida la licencia de maternidad.

De cara a lo argüido por la demandante, es preciso decir que, aunque manifestó haber informado-verbalmente-su embarazo a uno de sus superiores, lo cierto es que, de las pruebas que obran en el plenario del proceso, se evidencia que al momento del despido ya se había gestado su embarazo, aunque la franja de tiempo entre una cosa y otra haya sido muy estrecha. Para ello, se tiene en cuenta que, según dictamen médico[28], a 7 de marzo de 2013 contaba con 8 semanas y seis días de embarazo y que el 22 de enero de 2013 fue despedida[29].

Sin embargo, ello no significa que el empleador haya conocido tal condición cuando le dio por terminado el contrato, pues, inclusive, la propia actora solo lo vino a saber con certeza el 4 de febrero de 2013, fecha en la que se practicó un examen de laboratorio[30].

Ahora, partiendo de que la entidad demandada argumentó que el despido obedeció a una justa causa -irregularidades en un inventario-, habrá lugar, en este caso, a aplicar 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”[31].

En ese orden de ideas, siendo que la relación entre las partes se rigió por un contrato laboral a término indefinido[32], se tiene que la obligación del empleador se subsume en realizar los aportes necesarios al SGSSS, para garantizarle a la actora, por lo menos, la atención médica durante el período de gestación y lactancia, junto al pago de la respectiva licencia de maternidad, pues, dadas las condiciones particulares del caso y lo preceptuado por la Corte, no hay lugar al reintegro.

Por otro lado, se advierte que la actora, en la actualidad, figura como activa dentro del Régimen Subsidiado en Salud e igualmente afiliada como madre cabeza de familia, lo que demuestra que sigue desempleada y, al mismo tiempo, constituye un fuerte indicio de su falta de capacidad económica, además de reflejar su condición de sujeto de especial protección constitucional.

De conformidad con lo anterior, esta Sala revocará el fallo de instancia y, consecuentemente, tutelará sus derechos fundamentales a la protección a la maternidad, al mínimo vital, a la seguridad social y a la salud.

En tal sentido, lo propio sería ordenar a la empresa demandada el pago de las cotizaciones que den lugar a la licencia de maternidad a la que tiene derecho la actora, la cual, en principio, debería ser pagada por la EPS a la que estaba afiliada al momento del despido, pero ello no surtiría el efecto pretendido con esta providencia. Por tal motivo, en analogía a la solución aplicada a los casos planteados en las sentencias SU-070 de 2013 y SU-071 del mismo año, la Sala ordenará a Almacenes Éxito S.A., como medida sustitutiva del pago de cotizaciones, que desembolse directamente a la señora Yiceth Molina Ortiz la licencia de maternidad de que trata el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1º de la Ley 1468 de 2011.

Se previene a las demandantes acerca de que, conforme se indicó en la parte motiva, en aplicación de las directrices sentadas en la Sentencia SU-070 de 2013[33], bien puede acudir ante la justicia ordinaria a controvertir la legalidad de su despido.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR las sentencias proferidas -en segunda instancia -por el Juzgado 4º Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga, el 21 de mayo de 2013y -en única instancia- por el Juzgado 23 Penal Municipal con Función de Conocimiento de Medellín, el 12 de abril de 2013, por medio de las cuales se negó el amparo solicitado, en el trámite de los procesos de tutela T-3.961.299 y T-3.963.827, respectivamente. En su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales de las señoras Laudith Senith Escobar Montenegro y Yiceth Molina Ortiz a la protección a la maternidad, al mínimo vital, a la seguridad social y a la salud, por las razones expuestas en la presente providencia.

SEGUNDO.- ORDENAR a la empresa LINCO S.A. que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, y de acuerdo con los motivos expuestos en su parte considerativa, desembolse directamente a la señora Laudith Senith Escobar Montenegro la licencia de maternidad de que trata el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1º de la Ley 1468 de 2011.

TERCERO.- ORDENAR a la empresa Almacenes Éxito S.A. que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, y de acuerdo con los motivos expuestos en su parte considerativa, desembolse directamente a la señora Yiceth Molina Ortiz la licencia de maternidad de que trata el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1º de la Ley 1468 de 2011.

QUINTO.- LÍBRENSE por Secretaría General las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON ELÍAS PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

[1] En lo sucesivo SGSSS.

[2] Folio 31 del cuaderno 2.

[3] Folio 27 del cuaderno 2 del respectivo expediente.

[4] Folio 41 del cuaderno 2 del respectivo expediente.

[5] Folio 42 del cuaderno 2 del respectivo expediente.

[6] M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[7] Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.

[8] M.P. Alexei Julio Estrada.

[9] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[10] Sentencia C-470 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[11] Sentencia T-095 de 2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[12] M.P. Alexei Julio Estrada.

[13] Frente a este particular, siempre que se demuestre la existencia de un contrato realidad.

[14] Sentencia T-197 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[15] Sentencia T-283 de 2012. M.P. Mauricio González Cuervo.

[16] Folio 31 del cuaderno 2 del respectivo expediente.

[17] Folios 6 a 10 del cuaderno 2 del respectivo expediente.

[18] 11 de diciembre de 2012, según consta en folio 27 del cuaderno 2 del respectivo expediente.

[19] Folio 31 del cuaderno 2 del respectivo expediente.

[20] Relacionadas en el capítulo 5 de los antecedentes de esta providencia, y que se refieren a las instituidas en la Sentencia SU-070 de 2013 (M.P. Alexei Julio Estrada).

[21] Según se advierte, luego de consultar su número de cédula de ciudadanía en la Base de Datos Única de Afiliados del Fosyga.

[22] "La licencia de maternidad, entendida como el descanso remunerado en la época del parto y con posterioridad al mismo, tiene por objeto permitir a la madre recuperarse físicamente después de haber pasado por la experiencia de un alumbramiento, con el fin de que pueda atender sus necesidades propias y las del recién nacido, así como también brindarle al menor las condiciones que permitirán su desarrollo, no solamente físico sino también emocional y afectivo durante las primeras semanas de su vida" (Sentencia T-599 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil).

[23] Ver Sentencias T-1019 de 2005 y T-1214 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, entre otras.

[24] Según se advierte, luego de consultar su número de registro civil de nacimiento en la Base de Datos Única de Afiliados del Fosyga.

[25] Del cual se extracta, que serán afiliados del Régimen Contributivo de Seguridad Social en Salud, como beneficiarios: "los miembros del grupo familiar del cotizante, de conformidad con lo previsto en el presente decreto".

[26]“El grupo familiar del afiliado cotizante o subsidiado, estará constituido por: (...) c) los hijos menores de (18) años que dependan económicamente del afiliado; d) los hijos de cualquier edad si tienen incapacidad permanente y dependen económicamente del afiliado; (...) f) Los hijos del cónyuge o compañera o compañero permanente del afiliado que se encuentra en las situaciones definidas en los numerales c y d antes indicados”.

[27]Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional.

[29]Folios 7 y 22 del cuaderno 2 del respectivo expediente.

[30] Folio 6 del cuaderno 2 del respectivo expediente.

[31] Sentencia SU-070 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada.

[32] Tal como lo manifiesta la actora en su demanda, y lo corrobora la entidad accionada en su contestación.

[33] M.P. Alexei Julio Estrada.