COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia SU/071/13

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de unificación
Referencia	SU/071/13
Expediente	T-2.566.104
Fecha	2013-02-13
Sala	Sala considera
Magistrado ponente	ALEXEI JULIO ESTRADA
Partes	Johana Andrea Marulanda Ruíz contra Serviola S.A.

Temas que titula la Corte Constitucional

- Mujer Embarazada En Empresa De Servicios Temporales
- Mujer Trabajadora Embarazada
- Mujer Embarazada En Contrato De Obra O Labor

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Hijo(a) como requisito de procedencia de la acción de tutela/ extiende por el término del periodo de gestación y la licencia de maternidad, momento del despido y éste se dio por finalización de la obra, procede pago de

Texto completo

SU071-13 REPÚBLICA DE COLOMBIA Sentencia SU071/13 FUNDAMENTOS NORMATIVOS DE LA PROTECCION LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA O EN LACTANCIA MUJER EMBARAZADA EN EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES- Deber de protección objetiva de la mujer gestante y lactante La Corte Constitucional en numerosas ocasiones, ha reconocido el carácter laboral de la relación jurídica entre el trabajador y la empresa de servicios temporales, precisando que “subsiste mientras [la empresa usuaria] requiera de los servicios del trabajador o haya finalizado la obra para el cual fue contratado”. Así mismo, ha señalado que cuando el usuario necesite de la contratación permanente del servicio de los trabajadores en misión, debe acudir a una forma distinta de contratación. esta Sala considera que, atendiendo a la modalidad contractual empleada por EST para vincular a sus trabajadoras y en atención a los casos en los cuales las empresas usuarias pueden contratar servicios con una EST (artículo 6 del decreto 4369 de 2006), para estos casos de no renovación del contrato de una mujer embarazada o lactante que se encontraba prestando sus servicios a una usuaria, deberán aplicarse las reglas propuestas para los contratos a término fijo o para los contratos por obra o labor, dependiendo de la modalidad contractual empleada por la EST.

Ahora bien, cuando se trate de una empresa de servicios temporales deberá entenderse, conforme a las reglas establecidas en la Sentencia SU-070 de 2013 que hubo conocimiento del estado de embarazo por parte del empleador cuando al menos conociera de éste (i) la empresa de servicios temporales, o (ii) la empresa usuaria con la cual contrataron. Igualmente, deberá preverse que el reintegro o renovación procederá ante la empresa usuaria, y que en todo caso el lugar de reintegro o renovación podrá cambiar y ordenarse según el caso a la EST, de resultar imposibilitada la usuaria para garantizarlo.

MUJER EMBARAZADA EN EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES- Reglas fijadas en sentencia SU070/13 MUJER TRABAJADORA EMBARAZADA- Vulneración del mínimo vital de la madre y su hijo(a) como requisito de procedencia de la acción de tutela/ MUJER TRABAJADORA EMBARAZADA- Presentación de la acción de tutela dentro de plazo razonable para la procedencia/ MUJER TRABAJADORA EMBARAZADA- Protección se extiende por el término del periodo de gestación y la licencia de maternidad, es decir, los tres meses posteriores al parto MUJER EMBARAZADA EN CONTRATO DE OBRA O LABOR- Hipótesis fácticas de la alternativa laboral de mujer embarazada MUJER EMBARAZADA EN CONTRATO DE OBRA O LABOR- Empleador no conocía el estado de embarazo al momento del despido y éste se dio por finalización de la obra, procede pago de licencia de maternidad Referencia: expediente T-2.566.104 Acción de tutela instaurada por Johana Andrea Marulanda Ruíz contra Serviola S.A.

Magistrado Ponente ALEXEI JULIO ESTRADA Bogotá D.C., trece (13) de febrero de dos mil trece (2013) La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente SENTENCIA Dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos por el Juzgado Primero Civil Municipal de Palmira (Valle del Cauca) y por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Palmira (Valle del Cauca) en la acción de tutela instaurada por Johana Andrea Marulanda Ruiz contra Serviola S.A.

I. ANTECEDENTES La señora Johana Andrea Marulanda Ruiz interpuso acción de tutela contra Serviola S.A., con el objetivo de obtener la protección de sus derechos fundamentales a la protección de la vida del recién nacido, al derecho a la seguridad social, a la igualdad, al debido proceso y al mínimo vital.

De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, la accionante sustenta su pretensión en los siguientes: Hechos 1.- Aseguró la accionante que la bolsa de empleo Activos S.A. la contactó con la empresa de servicios temporales Serviola S.A. con la que suscribió contrato de trabajo por la duración de la obra o labor contratada [1] el 20 de marzo de 2009.

2.- La actora fue asignada como trabajadora en misión a la empresa usuaria LOGYTECH MOBILE S.A. Dentro de las labores que le fueron asignadas se encontraba la de vender productos de la empresa Comcel S.A. en los almacenes de la cadena ‘Olímpica’ supliendo los periodos de vacaciones de otros(as) promotores(as).

3.- Señala que en el último reemplazo fue enviada al Olímpica de la 47 donde prestó apoyo desde el 11 de mayo hasta el 15 de mayo de 2009. Aduce que ese día la llamó por teléfono su supervisora a informarle que en ese punto trabajaba hasta la fecha “ por motivo de que no habían llegado los listados de Bogotá diciendo quienes eran las personas que faltaban por salir a vacaciones y que por tal motivo no podía seguir laborando” [2] . Así mismo, señala que en ese momento le informó que “tenía sospecha de que estaba en embarazo” [3] .

4.- Afirma que el día 30 de mayo de 2009 acudió a las oficinas de la empresa Activos S.A. “ para averiguar que (sic) sucedía y me encontré con la sorpresa de que la supervisora había llamado el día 14 de mayo a comunicar que yo no seguía trabajando, sabiendo de (sic) que yo trabajé hasta el día 15 de mayo. Le comenté a la señora Rocio empleada de activos que yo estaba en embarazo que tenía 12 semanas y 3 días” [4] .

5.- La certificación laboral otorgada por Serviola S.A. que consta en el expediente [5] señala que la actora trabajó a partir del 20 de marzo hasta el día 14 de mayo de 2009.

Solicitud de tutela 6.- Con fundamento en los hechos narrados anteriormente, la señora Johana Andrea Marulanda Ruiz solicitó: “ PRIMERO: Tutelar los derechos constitucionales, fundamentales a: Estabilidad laboral reforzada o fuero de maternidad al derecho del que está por nacer, derecho a la seguridad social, derecho a la igualdad, derecho al debido proceso y derecho al mínimo vital.

SEGUNDO: Se le ord [ene] a la entidad SERVIOLA S.A. que dentro de las 48 horas siguientes al fallo de tutela se adoten [sic] las medidas administrativas del caso que garanticen la protección de los derechos fundamentales mencionados ordenando mi vinculación a la empresa donde venían prestando mis servicios como promotora de ventas" Respuesta de las entidades demandadas 7.- Asumido el conocimiento de la acción de tutela por parte del Juzgado Primero Civil Municipal, mediante oficio del 9 de septiembre de 2009, se ordenó la notificación de las partes accionadas Serviola S.A., Activos S.A. y Comcel S.A.

Serviola S.A. 8.- Juan Carlos Restrepo Rivera, actuando en calidad de representante legal de la sociedad Serviola S.A., solicitó declarar la improcedencia de la presente acción de tutela al considerar que la peticionaria tenía otros medios de defensa judicial a su disposición y no demostraba la existencia de un perjuicio irremediable.

Adicionalmente, señaló que la peticionaria " fue vinculada por la Empresa de Servicios Temporales SERVIOLA S.A., mediante un contrato de trabajo por la duración de la obra o labor contratada, el cual tuvo una vigencia del 29 de marzo de 2009 al 14 de mayo de 2009, fecha en la cual culminó la misión para la que se había contratado. En desarrollo de ese vínculo laboral, fue asignada como trabajadora en misión a la empresa usuaria LOGYTECH MOBILE S.A., para cubrir periodos de vacaciones del personal de la usuaria, todo de acuerdo a lo previsto en el artículo 71 y ss de la Ley 50 de 1990 y el Decreto 4369 de 2006, normatividad que permite que cuando a una empresa usuaria le surgen causas y orígenes que derivan que requiera de mano de obra adicional, acuda a una Empresa de Servicios Temporales (…) para el suministro de trabajadores en misión" [6] .

En este sentido, afirmó que la terminación del contrato no obedecía al estado de embarazo de la actora pues, aparte de que la misión para la cual había sido contratada se había agotado, el empleador no tenía conocimiento alguno " del supuesto estado de gravidez que ahora alega" [7] .

Finalmente, aseguró que el reintegro de la actora era improcedente debido a que en el parágrafo del artículo 6° del Decreto 4369 de 2006, " si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, ésta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio. En ese orden de ideas, por orden expresa del legislativo [sic] resulta del todo improcedente la petición de la reclamante por cuanto solicita sea reintegrada para prestar el servicio que desempeñó" [8] .

Activos S.A. 9.- La sociedad Activos S.A. solicitó negar la presente acción de tutela debido a que " revisados todos nuestros registros, nos permitimos manifestar que [la peticionaria] no sostiene y nunca ha sostenido un vínculo laboral o relación de alguna otra clase con esta sociedad" [9] .

En esta medida " no existe una legitimación por pasiva en el ejercicio de la presente acción constitucional" [10] . Comcel S.A. 10.- Juliana Rojas Arango, obrando en calidad de apoderada especial de Comcel S.A., solicitó desestimar las solicitudes hechas por la parte demandante en la medida en que, ni la actora ni las demás empresas accionadas, tenían ningún tipo de relación con Comcel S.A. Así, señaló que " mi representada no ha contratado de manera directa ni indirecta los servicios de la accionante (…) por lo que resulta del todo sorpresivo y desatinado que se dirija la acción de tutela de mi representada (sic), toda vez que Comcel S.A. no tiene ni ha tenido relación alguna con la accionante y de ninguna manera participó en su vinculación ni en la terminación del contrato de trabajo" [11] .

Pruebas relevantes que obran dentro de este expediente 11.- Del material probatorio que obra en el expediente la Sala destaca lo siguiente: · Fotocopia del informe ecográfico en el que consta que el día 5 de junio de 2009, la actora tenía un " EMBARAZO INTRAUTERINO ÚNICO VIABLE DE 12 SEMANAS Y 3 DÍAS POR CRL" (fl.2, Cuaderno 2).

· Fotocopia de la certificación de trabajo otorgada por la empresa Serviola S.A. el día 27 de julio de 2009, en la que se señala que la peticionaria " laboró en nuestra empresa, a partir del 20 de marzo de 2009 hasta el 14 de mayo de 2009,

con una asignación mensual de CUATROCIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL CUARENTA PESOS" (fl. 8, Cuaderno 2).

· Fotocopia del acta de liquidación de prestaciones sociales emitida por la empresa Serviola S.A. en la que se señala que la actora trabajaba en misión en Logytech Mobile S.A. (fl. 22, Cuaderno 2).

· Fotocopia del " contrato individual de trabajo de trabajador en misión por el término que dure la obra o labor" suscrito entre Serviola S.A. y la peticionaria. La cláusula segunda de dicho contrato establece que " La labor contratada es la prestación de servicio de: INCREMENTO VENTAS lo cual durará por el tiempo estrictamente necesario solicitado al EMPLEADOR por el USUARIO. En consecuencia, este CONTRATO terminará en el momento en que el USUARIO comunique al EMPLEADOR que ha dejado de requerir los servicios del TRABAJADOR, sin que el EMPLEADOR tenga que reconocer indemnización alguna. En todo caso los dos (2) primeros meses del presente contrato son de periodo de prueba y por consiguiente cualquiera de las partes puede terminarlo unilateralmente, sin previo aviso y sin lugar a indemnización" (fl. 60, Cuaderno 2) .

· Fotocopia de la notificación de retiro emitida por Serviola S.A. y dirigida a la peticionaria, con fecha 14 de mayo de 2009, en la que se afirma " nos permitimos comunicarle que la labor para la cual fue contratada, finaliza el día 2009/05/14, inclusive. Por lo tanto, la terminación y liquidación del contrato se hará efectiva en la fecha antes señalada" (fl.

62, Cuaderno 2). · Fotocopia del acta de audiencia pública de interrogatorio de parte rendida por la peticionaria ante el juez de primera instancia en la que ésta afirma que estaba vinculada a la empresa Serviola S.A. mediante un contrato a término indefinido y que " tenía que realizar la actividad de ventas de Comcel, lo cual era vender equipos, vender planes, en los almacenes de cadena como Olímpica, y otros pero yo sólo estuve en Olímpica" (fl. 25, Cuaderno 2).

DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN Sentencia de primera de instancia 12.- Mediante sentencia dictada el 18 de septiembre de 2009, el Juzgado Primero Civil Municipal de Palmira, Valle del Cauca, resolvió negar por improcedente la tutela instaurada debido a que, en el caso concreto, no se cumplían algunos requisitos de procedibilidad establecidos en la sentencia T-546 de 2006.

Así, en el caso concreto, el empleador no conocía ni debía conocer del estado de embarazo de la peticionaria, pues " se colige claramente que [ésta] sólo vino a comunicar su estado de embarazo, cuando ya se había finalizado la relación laboral (…). Así las cosas, no puede predicarse que el despido de la señora MARULANDA RUIZ obedeció a su estado de embarazo, pues si bien, ella sí se encontraba en estado de gravidez cuando tuvo lugar la relación laboral y su finalización, no se probó que el empleador conocía dicho evento, tampoco hay prueba que demuestre que el estado de embarazo fuera para esa época notorio (…). En consecuencia no hay un nexo de causalidad entre el embarazo y la terminación del vínculo laboral" [12] .

Impugnación 13.- Mediante escrito presentado en tiempo, la parte demandante impugnó la sentencia de primera instancia argumentando que, "al no protegerme el derecho tutelado, se está colocando en riesgo mi salud física y la de mi hijo por nacer, pues considero que por mi estado de embarazo gozo de un tratamiento especial, y con decisión tomada por el despacho me siento discriminada" [13] .

Sentencia de segunda instancia 14.- Mediante sentencia del 5 de noviembre de 2009, el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Palmira, Valle del Cauca, confirmó el fallo de primera instancia al señalar que " no habiéndose producido el despido de doña JOHANA ANDREA por el concreto motivo de su embarazo, sino por la finalización del contrato de trabajo, no queda otra alternativa a este servidor constitucional, que confirmar en todas sus partes la decisión impugnada" [14] .

II. Actuaciones surtidas ante la Corte Constitucional 15.- Mediante auto de veintiuno (21) de junio de dos mil diez (2010), la Sala Tercera de Revisión resolvió “ suspender los términos del presente proceso de tutela mientras se dicta la sentencia de unificación en el marco del expediente T-2.361.117 AC ”, pues “ el problema jurídico planteado en este caso es similar al planteado en algunos de los expedientes acumulados en el T-2.361.117 AC ”.

16.- Para mejor proveer, esta Sala de revisión mediante auto del tres (03) de mayo de dos mil doce (2012) con base en lo dispuesto en el artículo 57 del Acuerdo 05 de 1992 y los artículos 179 y 180 del CPC, el suscrito magistrado ordenó la práctica de las siguientes pruebas:

“PRIMERO. ORDENAR que por la Secretaría General de esta Corporación, se ponga en conocimiento a Serviola S.A. con nit 800.148.972-2 ubicada en la dirección Avenida de la Americas número 62-62 Bodega 10, el contenido del expediente T-2566104, para que dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del presente auto, se pronuncie acerca de las pretensiones y el problema jurídico que plantea la aludida acción de tutela y de igual manera rinda un informe detallado y justificado sobre:

(i) En que consistía la labor o misión para la cual fue contratada la accionante, (ii) si, la accionante realizó algún tipo de reemplazo laboral, y en caso de ser afirmativo cuantos y cuales fueron y por último (iii) sírvase informar a esta Corporación si en la actualidad se encuentra vigente el registro mercantil y si se encuentra en ejercicio de su objeto social.” Por medio de oficio OPTB-324 del 10 de mayo de 2012, la Sociedad Comercial Serviola S.A. dio respuesta al auto en cuestión, manifestando que “el retiro de la demandante obedeció a la finalización de la misión para la que había sido vinculada, tal como se pactó, en concordancia con lo previsto en el artículo 5° de la Ley 50 de 1990 (…) en vigencia de su contrato de trabajo, así como al momento de su finalización, la accionante nunca notificó de manera alguna su estado de embarazo.” [15] Manifestó igualmente que con ocasión de la reducción de ventas en la empresa LOGYTECH MOBILE S.A., esta última solicitó en la primera quincena de mayo de 2009, el retiro de 72 trabajadores en misión que se encontraban a ella asignados, incluida la demandante, pues la causa o materia temporal que había generado su vinculación, había concluido.

Además, anexó a su respuesta una relación de los trabajadores en misión asignados a la usuaria LOGYTECH MOBILE S.A y retirados en la primera quincena de mayo de 2009, así como las copias de las notificaciones de retiro y liquidaciones de los trabajadores de la relación señalada.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS Competencia 1.- Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2.- El expediente de la referencia fue escogido para revisión por medio del auto del diez y seis (16) de marzo de dos mil diez (2010), proferido por la Sala de Selección Número Tres.

Problema jurídico 3.- Corresponde a la Sala Plena de esta Corporación determinar s i la empresa de servicios temporales Serviola S.A. vulneró los derechos fundamentales de la Sra. Johana Andrea Marulanda Ruíz y desconoció el deber de protección laboral reforzada de la mujer embarazada que se deriva de los artículos 43 y 53 de la Constitución Política, al dar por terminado su contrato de trabajo por labor u obra siendo que para ese momento ésta contaba con 9 semanas de embarazo.

4.- Para resolver esta cuestión, La Sala estudiará (i) los fundamentos normativos de la protección laboral reforzada a la mujer embarazada; (ii) el deber protección objetiva a la mujer gestante y lactante a cargo de las empresas de servicios temporales y (iii) el alcance de la protección en el caso de los contratos por obra o labor contratada, para finalmente (iv) analizar el caso concreto.

Los fundamentos normativos de la protección laboral reforzada a la mujer embarazada 5.- La protección a la mujer durante el embarazo y la lactancia tiene múltiples fundamentos en nuestro ordenamiento constitucional. En primer lugar, el artículo 43 contiene un deber específico estatal en este sentido cuando señala que la mujer “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” . Este enunciado constitucional implica a su vez dos obligaciones: la especial protección estatal de la mujer embarazada y lactante, sin distinción, y un deber prestacional también a cargo del Estado:

otorgar un subsidio cuando esté desempleada o desamparada. 6.- En el mismo sentido, el Estado colombiano se ha obligado internacionalmente a garantizar los derechos de las mujeres durante el periodo de gestación y lactancia. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 25 señala que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”, mientras que el artículo 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, señala que “ se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto”.

Por su parte, el artículo 12.2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), señala que “los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario”.

De las anteriores disposiciones se sigue que existe una obligación general y objetiva de protección a la mujer embarazada y lactante a cargo del Estado. Es decir, se trata de una protección no sólo de aquellas mujeres que se encuentran en el marco de una relación laboral sino, en general, de todas las mujeres .

7.- El segundo fundamento constitucional es la protección de la mujer embarazada o lactante de la discriminación en el ámbito del trabajo [16] , habitualmente conocida como fuero de maternidad . El fin de la protección en este caso es impedir la discriminación constituida por el despido, la terminación o la no renovación del contrato por causa o con ocasión del embarazo o la lactancia.

El fundamento constitucional inicial del fuero de maternidad, es el derecho a la igualdad y la consecuente prohibición de la discriminación por razones de sexo, prescritas en los artículos 13 [17] y 43 [18] de la Constitución, en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) [19] y en los artículos 1 [20] y 24 [21] de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Del mismo modo se funda en los artículos 2 [22] y 6 [23] del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) y en los artículos 3 [24] y 6 [25] del Pacto de San Salvador, que en su conjunto consagran el derecho a trabajar para todas las personas sin distinciones de sexo. De forma más concreta, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), expedida en Nueva York el 18 de diciembre de 1979, por la Asamblea General de la ONU y aprobada por la ley 51 de 1981, en su artículo 11 dispone que es obligación de los Estados adoptar “todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo” a fin de asegurarle, en condiciones de igualdad con los hombres “el derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano”.

El ordinal segundo del artículo 11 de la mencionada Convención establece, respecto a la estabilidad laboral y la licencia por maternidad, lo siguiente:

“2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

a- Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;

b. Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales.” Como lo ha reconocido esta Corporación, este instrumento internacional protege no sólo la remuneración laboral de la mujer embarazada sino que además, como lo dice claramente el texto, busca asegurarle su derecho efectivo a trabajar, lo cual concuerda con el primer ordinal de ese mismo artículo que consagra que “el derecho al trabajo” es un “ derecho inalienable de todo ser humano” . Conforme a esas normas, no es entonces suficiente que los Estados protejan los ingresos laborales de estas mujeres, sino que es necesario que, además, les asegure efectivamente la posibilidad de trabajar.

8.- Así mismo, la Organización Internacional del Trabajo –OIT– ha desarrollado en su Constitución misma y en diferentes Convenios un deber fundamental a cargo de los Estados que consiste en promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres en el mundo laboral [26] .

Desde principios de siglo, la OIT promulgó regulaciones específicas para amparar a la mujer embarazada. Así, el Convenio No 3, que entró en vigor el 13 de junio de 1921 y fue aprobado por Colombia por la Ley 129 de 1931, señala en su artículo 3º:

“En todas las empresas industriales o comerciales, públicas o privadas, o en sus dependencias, con excepción de las empresas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la mujer:

a) no estará autorizada para trabajar durante un período de seis semanas después del parto; b) tendrá derecho a abandonar el trabajo mediante la presentación de un certificado que declare que el parto sobrevendrá probablemente en un término de seis semanas;

c) recibirá, durante todo el período en que permanezca ausente en virtud de los apartados a) y b), prestaciones suficientes para su manutención y las del hijo en buenas condiciones de higiene: dichas prestaciones, cuyo importe exacto será fijado por la autoridad competente en cada país, serán satisfechas por el Tesoro público o se pagarán por un sistema de seguro. La mujer tendrá además derecho a la asistencia gratuita de un médico o de una comadrona.” Esto concuerda con la Recomendación No. 95 de la OIT de 1952, sobre protección de la maternidad, la cual constituye una pauta hermenéutica para precisar el alcance constitucional de la protección a la estabilidad de la mujer embarazada. Según el artículo 4º de ese documento internacional, una protección idónea del empleo de la mujer antes y después del parto, implica que se debe no sólo salvaguardar la antigüedad de estas trabajadoras “ durante la ausencia legal, antes y después del parto” sino que, además, se les debe asegurar “su derecho a ocupar nuevamente su antiguo trabajo o un trabajo equivalente retribuido con la misma tasa”.

Igualmente el Convenio 111 de la OIT de 1958 sobre la discriminación en el trabajo, prohíbe la discriminación en materia de empleo y ocupación por razones de “sexo” (artículo 1.1) y establece que los Estados tendrán la obligación de “prom [over] la igualdad de oportunidades y de trato” en el entorno laboral (artículo 2). También el Convenio 100 de la OIT de 1951 sobre igualdad de remuneración, establece que se deberá garantizar la aplicación a todos los trabajadores del “principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor” (artículo 2).

En el mismo sentido, el Convenio 156 de la OIT de 1981 sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares, señala que deberá permitirse que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo “ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales” (artículo 3).

Finalmente, el Convenio 183 de la OIT relativo a la protección de la maternidad de 1952, estableció que los Estados “deberá [n] adoptar las medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las mujeres embarazadas o lactantes a

desempeñar un trabajo que haya sido determinado por la autoridad competente como perjudicial para su salud o la de su hijo, o respecto del cual se haya establecido mediante evaluación que conlleva un riesgo significativo para la salud de la madre o del hijo." [27] Este Convenio también desarrolla el derecho que tiene toda mujer "a una licencia de maternidad de una duración de al menos catorce semanas" (artículo 4.1) y la obligación que tienen los Estados de adoptar medidas apropiadas para garantizar que " la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo , con inclusión del acceso al empleo" (artículo 9).

9.- La Corte concluye entonces, que las disposiciones constitucionales y las normas internacionales establecen una garantía reforzada a la estabilidad en el trabajo de las mujeres que se encuentran el periodo de embarazo y lactancia. En este sentido, la Corte ha indicado que "en desarrollo del principio de igualdad y en aras de garantizar el derecho al trabajo de la mujer embarazada (…) tiene un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, pues una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual ha sido, y sigue siendo, el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, debido a los eventuales sobre costos o incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las empresas" [28] .

10.- Un tercer fundamento de la protección especial de la mujer en estado de gravidez deriva de los preceptos constitucionales que califican a la vida como un valor fundante del ordenamiento constitucional, especialmente el Preámbulo y los artículos 11 y 44 de la Carta Política. La vida, como se ha señalado en reiterada jurisprudencia de esta Corporación, es un bien jurídico de máxima relevancia. Por ello la mujer en estado de embarazo es también protegida en forma preferencial por el ordenamiento como gestadora de la vida que es [29] .

11.- Ahora bien, la protección reforzada de la mujer embarazada, estaría incompleta si no abarcara también la protección de la maternidad, es decir, la protección a la mujer que ya ha culminado el período de gestación y ha dado a luz. En esa medida, dicho mandato guarda estrecha relación con los contenidos normativos constitucionales que hacen referencia a la protección de los niños y de la familia. En efecto, de esa manera se pretende que la mujer pueda brindar la necesaria atención a sus hijos, sin que por ello sea objeto de discriminaciones en otros campos de la vida social, como el trabajo, buscando entre otros, "garantizar el buen cuidado y la alimentación de los recién nacidos" [30] .

Así, como se ha mencionado, el artículo 43 de la Constitución ordena que "durante el embarazo y después del parto [la mujer goce] de especial asistencia y protección del Estado" y el artículo 53, que dentro de los principios mínimos fundamentales del estatuto del trabajo, se incluya la "protección especial a la mujer [y] a la maternidad".

La intención de las y los constituyentes de garantizar los mencionados derechos, se reitera, se puede evidenciar, en la previsión de que la mujer embarazada reciba del Estado un "subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada".

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha considerado que el fuero de maternidad previsto en el Código Sustantivo del Trabajo, además de prevenir y sancionar la discriminación por causa o razón del embarazo, desde una perspectiva constitucional e internacional, debe servir también para garantizar a la mujer embarazada o lactante un salario o un ingreso que le permita una vida en condiciones dignas y el goce del derecho al mínimo vital y a la salud, de forma independiente.

12.- Por último , el especial cuidado a la mujer gestante y a la maternidad se justifica, igualmente, por la particular relevancia de la familia en el orden constitucional colombiano, ya que ésta es la institución básica de la sociedad que merece una protección integral de parte de la sociedad y del Estado (CP art. 5º y 42), pues como ha sostenido esta Corte "si la mujer que va a tener un hijo, o la madre que acaba de tenerlo, no recibieran un apoyo específico, los lazos familiares podrían verse gravemente afectados." [31] 13.- Los múltiples fundamentos constitucionales a los que se ha

hecho referencia muestran que, tal y como la Corte lo ha indicado en reiteradas oportunidades [32] , la mujer embarazada y lactante goza de la especial protección del Estado y de la sociedad, lo cual tiene una consecuencia jurídica importante:

el ordenamiento jurídico debe brindar una garantía especial y efectiva a los derechos de la mujer que va a ser madre, o que acaba de serlo. [33] 14-. Este deber de protección estatal, que vincula a todas las autoridades públicas, debe abarcar todos los ámbitos de la vida social, pero adquiere una particular relevancia en el ámbito laboral ya que, debido a la maternidad, la mujer ha sido y sigue siendo, objeto de graves discriminaciones en las relaciones de trabajo.

15.- En esa medida, la especial protección laboral a la mujer embarazada implica que los principios constitucionales del trabajo adquieren mayor fuerza en estos casos, pues como ha sostenido esta Corporación “si se admitiera que la madre, o la mujer que va a ser madre, se encuentran protegidas por los principios laborales en forma idéntica a cualquier otro trabajador, entonces estaríamos desconociendo la “especial protección” que la Constitución y los instrumentos internacionales ordenan en estos eventos” [34] .

Por consiguiente, los principios constitucionales contenidos en el artículo 53, que son normas directamente aplicables a todas las relaciones laborales, tal y como esta Corporación lo ha señalado en múltiples oportunidades, adquieren, si se quiere, todavía mayor fuerza normativa cuando se trata de una mujer embarazada, por cuanto ella debe ser protegida en forma especial por el ordenamiento jurídico.

16.- Existe entonces, como se desprende del anterior análisis y de la jurisprudencia de esta Corporación, un verdadero fuero de maternidad [35] , el cual comprende esos amparos específicos, que necesariamente el derecho debe prever, a favor de la mujer embarazada, tales como el descanso remunerado antes y después del parto, la prestación de los servicios médicos y hospitalarios, la licencia remunerada para la lactancia del recién nacido y la estabilidad laboral reforzada. Por ende, una regulación que podría ser declarada constitucional para otros trabajadores, en la medida en que no viola los principios constitucionales del trabajo (CP art. 53), puede tornarse ilegítima si se pretende su aplicación a las mujeres embarazadas, por cuanto se podría estar desconociendo el deber especial de protección a la maternidad que las normas superiores ordenan.

En tal sentido se ha pronunciado esta Corporación a partir de la sentencia C-470 de 1997, en la cual sostuvo: “Esta mayor fuerza normativa de los principios constitucionales del trabajo, cuando se trata de mujeres embarazadas, es clara en materia de garantía a la estabilidad en el empleo. En efecto, si bien, conforme al artículo 53 de la Carta, todos los trabajadores tienen un derecho general a la estabilidad en el empleo, existen casos en que este derecho es aún más fuerte, por lo cual en tales eventos cabe hablar de un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada. Esto sucede, por ejemplo, en relación con el fuero sindical, pues sólo asegurando a los líderes sindicales una estabilidad laboral efectiva, resulta posible proteger otro valor constitucional, como es el derecho de asociación sindical (CP art. 39). Igualmente, en anteriores ocasiones, esta Corporación también señaló que, debido al especial cuidado que la Carta ordena en favor de los minusválidos (CP art. 54), estas personas gozan de una estabilidad laboral superior, la cual se proyecta incluso en los casos de funcionarios de libre nombramiento y remoción. En efecto, la Corte estableció que había una inversión de la carga de la prueba cuando la constitucionalidad de una medida administrativa sea cuestionada por afectar los derechos fundamentales de los minusválidos, por lo cual, en tales eventos “es a la administración a quien corresponde demostrar porqué la circunstancia o condición de desventaja de la persona protegida por el Estado no ha sido desconocida como consecuencia de su decisión [36] ”.

“En ese mismo orden de ideas, la Corte considera que, por las razones largamente expuestas en los fundamentos anteriores de esta sentencia, la mujer embarazada tiene un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, pues una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual ha sido, y sigue siendo, el despido injustificado de

las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, debido a los eventuales sobrecostos o incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las empresas".

17.- Ahora bien, el fuero de maternidad aparece reconocido por el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, precepto legal que es la manifestación del deber de protección de la mujer embarazada y de la maternidad consagrado en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos a los cuales previamente se hizo alusión. Esta disposición, antes de ser modificada por la Ley 1468 de 2011 señalaba lo siguiente:

"ARTÍCULO 239. PROHIBICIÓN DE DESPEDIR: 1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia. 2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del 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." Con el fin de asegurar la eficacia de dicha prohibición, el artículo 240 del mismo Código prescribe que, para que el empleador pueda proceder a despedir a la mujer embarazada o lactante, debe solicitar previamente una autorización ante el Inspector del Trabajo o el Alcalde Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario. Esta autoridad sólo podrá otorgar el permiso si verifica la existencia de alguna de las justas causas que tiene el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo, de esa forma se descarta la posibilidad de que la razón del despido sea el embarazo o la lactancia, es decir, se excluye la existencia de una discriminación.

18.- Iguales previsiones existen para las trabajadoras oficiales y las empleadas públicas al servicio del Estado en el artículo 21 de decreto 3135 de 1968, cuyo tenor es el siguiente:

"Artículo 21. PROHIBICION DE DESPIDO. Durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto o aborto, sólo podrá efectuarse el retiro por justa causa comprobada y mediante autorización del inspector del trabajo si se trata de trabajadora o por resolución motivada del jefe del respectivo organismo si es empleada.

Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo cuando ha tenido lugar dentro de los períodos señalados en el inciso anterior sin las formalidades que el mismo establece. En este caso, la empleada o trabajadora tiene derecho a que la entidad donde trabaje le pague una indemnización equivalente a los salarios o sueldos de sesenta (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar, de acuerdo con su situación legal o contractual, y además, el pago de las ocho (8) semanas de descanso remunerado, si no lo ha tomado." En el mismo sentido el artículo 2º de la Ley 197 de 1938 indica:

"La mujer que sea despedida sin causa que justifique ampliamente dentro del período del embarazo y los tres meses posteriores al parto, comprobada esta circunstancia mediante certificado de facultativo, sin perjuicio de las indemnizaciones a que pudiera dar lugar, conforme a los contratos de trabajo o a las disposiciones legales que rigen la materia, tiene derecho a los salarios correspondientes a noventa días." 19.- Los anteriores preceptos fueron objeto de examen de constitucionalidad mediante la sentencia C-470 de 1997. En esta providencia la Corte se pronunció de manera extensa sobre el alcance de la protección de la mujer embarazada y de la maternidad y sobre la interpretación conforme a la Constitución del precepto legal, a la luz de los mandatos a los que ya se ha hecho amplia referencia.

Al respecto concluyó, que los mecanismos indemnizatorios previstos en el ordinal tercero del artículo 239 del CST, en el artículo 2 de la Ley 197 de 1938 y en el artículo 21 del decreto 3135 de 1968, eran insuficientes para amparar el derecho constitucional que tiene toda mujer embarazada a una estabilidad laboral reforzada, y que por lo tanto debía proferirse

una sentencia integradora para adecuar las disposiciones acusadas a los requerimientos de los preceptos constitucionales y de los instrumentos internacionales de derechos humanos relevantes.

Sobre el particular sostuvo: “Así, los dos primeros ordinales del artículo 239 del CST, interpretados en consonancia con el artículo 240 de ese mismo estatuto, prohíben todo despido de una mujer embarazada, sin que exista una previa autorización del funcionario del trabajo.

En cambio, el ordinal tercero acusado, y conforme a la interpretación anteriormente señalada sobre su sentido, parece conferir eficacia jurídica a tal despido, aun cuando establece una indemnización en favor de la trabajadora.

La tensión es evidente, pues mientras que las primeras normas establecen unos requisitos sin los cuales no es posible terminar el contrato de trabajo a una mujer embarazada, con lo cual podría entenderse que el despido que se efectúe sin tales formalidades carece de todo efecto jurídico, el ordinal acusado, conforme a la interpretación de la Corte Suprema antes de la vigencia de la Constitución de 1991, restringe la fuerza normativa de esa prohibición: así, conforme a tal ordinal, el despido es válido pero genera una sanción indemnizatoria en contra del patrono y en favor de la trabajadora.

Sin embargo, la Corte Constitucional considera que ésa no es la única interpretación posible de ese ordinal, pues puede entenderse que, en la medida en que las primeras normas establecen unos requisitos sin los cuales no es posible terminar el contrato de trabajo a una mujer embarazada, entonces el despido que se efectúe sin tales formalidades carece de todo efecto jurídico. En efecto, las normas que gobiernan el despido de la mujer embarazada son los dos primeros ordinales del artículo 239, en armonía con el artículo 240 del CST, en virtud de los cuales el patrono debe cumplir unos pasos para poder dar por terminado el contrato de trabajo a una mujer embarazada. Por ende, y conforme a principios elementales de teoría del derecho, resulta razonable suponer que si, con el fin de amparar la maternidad, la ley consagra esos requisitos mínimos para que se pueda dar por terminado el contrato de trabajo a una mujer que va ser madre, o acaba de serlo, y un patrono “despide” a una mujer en ese estado, sin cumplir tales exigencias legales, entonces es razonable concluir que el supuesto despido ni siquiera nace a la vida jurídica, por lo cual carece de todo efecto jurídico.

En tales circunstancias, y conforme a esta hermenéutica, la indemnización del ordinal acusado no estaría confiriendo eficacia al despido sino que sería una sanción suplementaria al patrono por incumplir sus obligaciones legales.

(…) Por todo lo anterior, debe entenderse que los mandatos constitucionales sobre el derecho de las mujeres embarazadas a una estabilidad reforzada se proyectan sobre las normas legales preconstituyentes y obligan a una nueva comprensión del sentido de la indemnización en caso de despido sin autorización previa. Así, la única interpretación conforme con la actual Constitución es aquella que considera que la indemnización prevista por la norma impugnada no confiere eficacia al despido efectuado sin la correspondiente autorización previa, sino que es una sanción suplementaria debido al incumplimiento patronal de la prohibición de despedir a una mujer por razones de maternidad.” Finalmente en la parte resolutiva de esta providencia la Corte declaró exequible el artículo 239 del Código sustantivo del Trabajo y los artículos 2 de la Ley 137 de 1998 y 1 del decreto 2535 de 1968 2º de la Ley 197 de 1938 y 21 del decreto 3135 de 1968, en el entendido de que, en los términos de esa sentencia, y debido al principio de igualdad y a la especial protección constitucional a la maternidad, carece de todo efecto el despido de una trabajadora o de una servidora pública durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, en el caso de las trabajadoras oficiales, o sin la correspondiente resolución motivada del jefe respectivo, en donde se verifique la justa causa para el despido, en el caso de las empleadas públicas.

20.- Con posterioridad a la sentencia C-470 de 1997 han sido expedidas otras previsiones legales en materia del deber estatal de protección a la mujer embarazada y a la maternidad. Por una parte el artículo 51 de la ley 909 de 2004 señala:

“ARTÍCULO 51. PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD. 1. No procederá el retiro de una funcionaria con nombramiento provisional, ocurrido con anterioridad a la vigencia de esta ley, mientras se encuentre en estado de embarazo o en

licencia de maternidad.

2. Cuando un cargo de carrera administrativa se encuentre provisto mediante nombramiento en período de prueba con una empleada en estado de embarazo, dicho periodo se interrumpirá y se reiniciará una vez culminé el término de la licencia de maternidad.

3. Cuando una empleada de carrera en estado de embarazo obtenga evaluación de servicios no satisfactoria, la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento se producirá dentro de los ocho (8) días calendario siguientes al vencimiento de la licencia de maternidad.

4. Cuando por razones del buen servicio deba suprimirse un cargo de carrera administrativa ocupado por una empleada en estado de embarazo y no fuere posible su incorporación en otro igual o equivalente, deberá pagársele, a título de indemnización por maternidad, el valor de la remuneración que dejare de percibir entre la fecha de la supresión efectiva del cargo y la fecha probable del parto, y el pago mensual a la correspondiente entidad promotora de salud de la parte de la cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud que corresponde a la entidad pública en los términos de la ley, durante toda la etapa de gestación y los tres (3) meses posteriores al parto, más las doce (12) semanas de descanso remunerado a que se tiene derecho como licencia de maternidad. A la anterior indemnización tendrán derecho las empleadas de libre nombramiento y remoción y las nombradas provisionalmente con anterioridad a la vigencia de esta ley.

PARÁGRAFO 1o. Las empleadas de carrera administrativa tendrán derecho a la indemnización de que trata el presente artículo, sin perjuicio de la indemnización a que tiene derecho la empleada de carrera administrativa, por la supresión del empleo del cual es titular, a que se refiere el artículo 44 de la presente ley.

PARÁGRAFO 2o. En todos los casos y para los efectos del presente artículo, la empleada deberá dar aviso por escrito al jefe de la entidad inmediatamente obtenga el diagnóstico médico de su estado de embarazo, mediante la presentación de la respectiva certificación.” De conformidad con este precepto, el fuero de maternidad presenta particularidades en los casos de funcionarias (i) en periodo de prueba; (ii) en carrera administrativa que obtengan una evaluación de servicios no satisfactoria; y (iii) a las cuales se les suprima el cargo de carrera que ocupaban por razones de buen servicio, a las quienes se les aplicarán las reglas especiales previstas en el artículo antes trascrito. Ahora bien, esta disposición también es aplicable a las funcionarias de la Rama Judicial en vista de la ausencia de norma al respecto en la ley estatutaria de administración de justicia [37] .

Finalmente en fecha reciente el artículo 2º de la Ley 1468 de 2011 modificó el artículo 239 del CST, la nueva redacción del texto legal es del siguiente tenor:

“1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia. 2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del periodo del embarazo dentro de los tres meses posteriores al parto y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente.

3. Las trabajadoras de que trata el numeral uno (1) de este artículo que sean despedidas sin autorización de las autoridades competentes, tienen derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta días (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo.

4. En el caso de la mujer trabajadora además, tendrá derecho al pago de las catorce (14) semanas de descanso remunerado a que hace referencia la presente ley, si no ha disfrutado de su licencia por maternidad; en caso de parto múltiple tendrá el derecho al pago de dos (2) semanas adicionales y, en caso de que el hijo sea prematuro, al pago de la diferencia de tiempo entre la fecha del alumbramiento y el nacimiento a término.” 21.- Como se deriva de la anterior exposición, desde la perspectiva legal, la protección de la mujer embarazada y de la maternidad en el ámbito laboral está

circunscrita a la figura del fuero de maternidad, de modo tal que se excluye de protección a las trabajadoras que laboran de manera independiente –contrato de prestación de servicios o mediante cooperativas de trabajo asociado-. Así mismo, desde esta óptica, la protección aparece limitada a los casos de despido, lo cual descartaría su vigencia cuando se da por terminado el contrato laboral debido a la expiración del plazo inicialmente pactado –contratos a término fijo- o por la terminación de la obra o labor –contratos por obra o labor contratada-, que es la modalidad de contratación usualmente adoptada por las empresas de servicios temporales, ya que allí no se presenta propiamente la figura del despido.

También quedan excluidas aquellas hipótesis en las cuales el empleador no ha tenido conocimiento del embarazo, pues el artículo 239 del CST guarda una inescindible relación con el artículo 240 del mismo estatuto, el cual establece el procedimiento que debe seguir el empleador en estos casos [38] .

No obstante la jurisprudencia de esta Corporación ha ido ampliando el alcance de la protección laboral de la mujer embarazada al resolver casos concretos en sede de revisión de tutela.

El deber protección objetiva de la mujer gestante y lactante a cargo de las empresas de servicios temporales 22- Las empresas de servicios temporales – en adelante EST – son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios (empresas usuarias) “para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales [trabajadoras en misión], contratadas directamente por la Empresa de Servicios Temporales, la cual tiene con respecto de estas el carácter de empleador.” [39] La Corte Constitucional en numerosas ocasiones, ha reconocido el carácter laboral de la relación jurídica entre el trabajador y la empresa de servicios temporales, precisando que “subsiste mientras [la empresa usuaria] requiera de los servicios del trabajador o haya finalizado la obra para el cual fue contratado” [40] .

Así mismo, ha señalado que cuando el usuario necesite de la contratación permanente del servicio de los trabajadores en misión, debe acudir a una forma distinta de contratación.

Lo anterior, por cuanto el decreto 4369 de 2006, señaló expresamente los casos en los cuales las empresas usuarias pueden contratar servicios con las EST:

“1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6° del Código Sustantivo del Trabajo 2.

Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad. 3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más.

Parágrafo. Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio.” [41] De otra parte, la EST se sujetará a lo establecido en el Código Sustantivo de Trabajo para efecto del pago de salarios, prestaciones sociales y demás derechos de los trabajadores, los cuales está obligada a cubrir en calidad de empleadora.

[42] Por las anteriores razones es que esta Sala considera que, atendiendo a la modalidad contractual empleada por EST para vincular a sus trabajadoras y en atención a los casos en los cuales las empresas usuarias pueden contratar servicios con una EST (artículo 6 del decreto 4369 de 2006), para estos casos de no renovación del contrato de una mujer embarazada o lactante que se encontraba prestando sus servicios a una usuaria, deberán aplicarse las reglas propuestas para los contratos a termino fijo o para los contratos por obra o labor, dependiendo de la modalidad contractual empleada por la EST.

Ahora bien, cuando se trate de una empresa de servicios temporales deberá entenderse, conforme a las reglas establecidas en la Sentencia SU-070 de 2013 que hubo conocimiento del estado de embarazo por parte del empleador cuando al menos conociera de éste (i) la empresa de servicios temporales, o (ii) la empresa usuaria con la cual contrataron. Igualmente, deberá preverse que el reintegro o renovación procederá ante la empresa usuaria, y que en todo caso el lugar de reintegro o renovación podrá cambiar y ordenarse según el caso a la EST, de resultar imposibilitada la usuaria para garantizarlo.

Alcance de la protección: Órdenes judiciales procedentes según la modalidad la alternativa laboral y el conocimiento del empleador sobre el estado de embarazo de la trabajadora al momento de la desvinculación 23.- En la sentencia SU-070 de 2013 se determinaron las reglas relacionadas con el alcance de la protección laboral reforzada de la mujer embarazada las cuales se reiterarán en la presente providencia. Como se determinó en esa sentencia, las medidas que deben adoptarse tienen un alcance distinto según la modalidad de vinculación que presenta la alternativa laboral desarrollada por la mujer gestante y según el empleador haya conocido o no del embarazo al momento del despido.

Como quedó establecido en la sentencia SU-070 de 2013, antes de verificar cual es el alcance de la protección que procede en cada caso según los criterios de conocimiento y alternativa laboral, deberá verificarse que proceda la protección reforzada derivada de la maternidad en el caso concreto.

24.- Así, procede la protección reforzada derivada de la maternidad , luego la adopción de medidas protectoras en caso de cesación de la alternativa laboral, cuando se demuestre, sin alguna otra exigencia adicional:

a) la existencia de una relación laboral o de prestación y, b) que la mujer se encuentre en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguiente al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación. De igual manera el alcance de la protección se determinará según la modalidad de contrato y según si el empleador (o contratista) conocía o no del estado de embarazo de la empleada al momento de la desvinculación.

25.- Pues bien, en este caso corresponde revisar la hipótesis fáctica de la alternativa laboral de una mujer embarazada, desarrollada mediante CONTRATO DE OBRA :

“3.1 Cuando el empleador conoce en desarrollo de esta alternativa laboral el estado de gestación de la empleada, se presentan dos situaciones:

3.1.1 Si la desvincula antes del vencimiento de la terminación de la obra o labor contratada sin la previa calificación de una justa causa por el inspector del trabajo: En este caso se debe aplicar la protección derivada del fuero consistente en la ineficacia del despido y el consecuente reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de percibir.

Se trata de la protección establecida legalmente en el artículo 239 del CST y obedece al supuesto de protección contra la discriminación. [43] 3.1.2 Si la desvincula una vez vencido el contrato, alegando como una justa causa la terminación de la obra o labor contratada: En este caso el empleador debe acudir antes de la terminación de la obra ante el inspector del trabajo para que determine si subsisten las causas objetivas que dieron origen a la relación laboral. Si el empleador acude ante el inspector del trabajo y este determina que subsisten las causas del contrato, deberá extenderlo por lo menos durante el periodo del embarazo y los tres meses posteriores. Si el inspector del trabajo determina que no subsisten las causas, se podrá dar por terminado el contrato y deberán pagarse las cotizaciones que garanticen el pago de la licencia de maternidad. Si no acude ante el inspector del trabajo, el juez de tutela debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la renovación sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. Para evitar que los empleadores desconozcan la regla de acudir al inspector de trabajo se propone que si no se cumple este requisito el empleador sea sancionado con pago de los 60 días previsto en el artículo 239 del C. S. T.

3.2 Cuando el empleador NO conoce en desarrollo de esta alternativa laboral el estado de gestación de la empleada, se presentan tres alternativas:

3.2.1 Si la desvincula antes del cumplimiento de la obra, sin alegar justa causa: En este caso sólo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la renovación del contrato sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato de obra no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela.

3.2.2 Si la desvincula antes del cumplimiento de la obra PERO alega justa causa distinta a la modalidad del contrato: En este caso sólo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación;

y la discusión sobre la configuración de la justa causa se debe ventilar ante el juez ordinario laboral. 3.2.3 Si la desvincula una vez cumplida la obra, alegando esto como una justa causa: En este caso la protección consistiría mínimo en el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la renovación del contrato sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato de obra no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela." [44] 26.- Para finalizar, la Corte señala, en primer lugar, siguiendo las consideraciones de la presente sentencia, que tratándose de la protección constitucional reforzada a la mujer embarazada en el ámbito laboral, las reglas de procedencia de la acción de tutela, son las generales que han sido definidas en reiterada jurisprudencia. La Corte insiste en este punto, en que la acción de tutela deberá interponerse dentro de un plazo razonable.

En segundo lugar , es preciso señalar que el juez de tutela deberá valorar, en cada caso concreto, los supuestos que rodean el despido de la trabajadora, para determinar si subsisten las causas que dieron origen a la relación laboral. Así, por ejemplo, deberá darse un trato diferenciado si se trata de cargos de temporada o de empresas pequeñas, respecto de cargos permanentes dentro de grandes compañías o cuando la vacante dejada por la trabajadora despedida, fue suplida con otro trabajador [45] .

En tercer lugar , la Corte reitera que deberá entenderse que las reglas derivadas de la protección constitucional reforzada a la mujer embarazada y lactante que han sido definidas en estas consideraciones, se extienden por el término del periodo de gestación y la licencia de maternidad, es decir, los tres meses posteriores al parto.

Por último, la exigencia de la vulneración del mínimo vital de la madre y su hijo(a), es necesaria únicamente en la hipótesis en que se discuta la protección mediante la acción de tutela. Así las cosas, procede la acción de tutela para la protección reforzada a la maternidad en el ámbito del trabajo, siempre que el despido, la terminación o no renovación del contrato, amenace el mínimo vital de la madre o del niño que acaba de nacer [46] .

Análisis del caso concreto 27.- La señora Johana Andrea Marulanda Ruiz interpuso acción de tutela contra la empresa de servicios temporales Serviola S.A., con el objetivo de obtener la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, a la protección de la maternidad y a la vida del que está por nacer. Estos derechos habrían sido vulnerados porque la entidad accionada decidió dar por terminado el contrato individual de trabajo de trabajador en misión por el término que dure la labor, a pesar de estar en estado de embarazo.

28.- En el presente caso, la Sala advierte que la acción de tutela es procedente en la medida en que: i) la peticionaria solicita la protección laboral reforzada que deriva de la maternidad y que se concreta en la prohibición de ser discriminada por ocasión del embarazo y de otros derechos de rango fundamental como el derecho a la seguridad social y al mínimo vital; ii) existe legitimación por activa, pues la peticionaria es la titular de los derechos fundamentales invocados y por pasiva porque, como la misma tuvo un vínculo laboral con la empresa Serviola S.A., se encuentra en una situación de subordinación frente a ésta [47] y, finalmente, iii) la acción se interpone como mecanismo subsidiario para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable debido a que el mínimo vital de la accionante se encuentra amenazado en la medida en que se trata de una persona que sobrevive con el salario mínimo y que no cuenta con otros medios económicos para subsistir [48] .

Adicionalmente, al momento de impetrar la tutela se trataba de un sujeto de especial protección que se encontraba en una situación de indefensión debido a su estado de embarazo. De allí que, en el caso concreto, se impone la necesidad de tomar medidas urgentes para asegurar que la peticionaria y su hijo puedan tener acceso a los medios económicos necesarios para asegurar una subsistencia digna. En esta medida, dada la urgencia y gravedad de la situación que se produciría de seguir la desprotección de la peticionaria, la presente acción de tutela resulta impostergable.

29.- La actora suscribió un contrato individual de trabajo de trabajador en misión por el término que dure la labor [49] , con la empresa de servicios temporales Serviola S.A., cuya duración fue de casi tres meses [50] durante los cuales la peticionaria " tenía que realizar la actividad de ventas de Comcel, lo cual era vender equipos, vender planes, en los almacenes de cadena como Olímpica, y otros pero yo sólo estuve en Olímpica" [51] .

Además, en el escrito de tutela, la actora afirmó que realizó las actividades de promotora de ventas, primero, " reemplazando al joven ANDRÉS FELIPE MARTÍNEZ (…). Luego, me trasladaron para la ciudad de Palmira nuevamente a realizar las vacaciones de la señorita ÁNGELA ALBORNOZ. [Posteriormente], me enviaron a cubrir las vacaciones de la señorita JACKELINE MUÑOZ SÁNCHEZ [y, finalmente,] me enviaron nuevamente a brindarle apoyo a la señorita ÁNGELA ALBARNOZ" [52] .

Sin embargo, el día 14 de mayo de 2009 terminó el contrato de trabajo cuando la peticionaria tenía aproximadamente nueve (9) semanas de embarazo, es decir, durante el fuero de maternidad [53] .

30.- A partir de los anteriores hechos, La Sala Plena entrará a determinar s i la empresa de servicios temporales Serviola S.A. vulneró los derechos fundamentales de la Sra. Johana Andrea Marulanda Ruíz y desconoció el deber de protección objetiva de la mujer embarazada que se deriva de los artículos 43 y 53 de la Constitución Política, al dar por terminado su contrato de trabajo por labor u obra a pesar de que para la fecha ésta contaba con 9 semanas de embarazo.

31.- En primer lugar, de las pruebas que obran en el expediente como (i) la certificación de trabajo otorgada por la empresa Serviola S.A. [54] , (ii) el acta de liquidación de prestaciones sociales [55] emitida por la misma y (iii) el " contrato individual de trabajo de trabajador en misión por el término que dure la obra o labor" suscrito entre Serviola S.A. y la peticionaria [56] , La Sala Plena pudo inferir razonadamente que la Sra. Johana Andrea Marulanda Ruíz se encontraba vinculada a la EST Servicol S.A. mediante un contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada , desde el 29 de marzo de 2009, hasta el 14 de mayo del mismo año.

32.- Y en segundo lugar, se verificó que al momento de la desvinculación de la actora de la empresa usuaria y de la consecuente terminación del contrato por parte de la Empresa de Servicios Temporales Serviola S.A., ésta contaba con aproximadamente 9 semanas de embarazo, según informe ecográfico en el que consta que el día 5 de junio de 2009, la actora tenía un " EMBARAZO INTRAUTERINO ÚNICO VIABLE DE 12 SEMANAS Y 3 DÍAS POR CRL" [57] De esta forma, La Sala puede concluir que en este caso las medidas protectoras que se derivan de la protección reforzada a la maternidad son procedentes pues se acreditó que (i) existía una alternativa laboral que vinculaba a la Sra. Marulanda Ruiz con la EST Serviola S.A. y que (ii) la actora se encontraba en estado de embarazo en vigencia de dicha relación.

33.- Ahora bien, acreditada la procedencia de la protección, deberá la Corte entrar a definir cuál debe ser el alcance de la misma en este caso en particular. Este último deberá determinarse, como quedó establecido en el fundamento No. 23 de esta sentencia, atendiendo a las particularidades de la modalidad contractual que vinculaba a la actora y el conocimiento que del embarazo tuviera el empleador al momento de la terminación del contrato.

34.- En cuanto al requisito de la comunicación del estado de embarazo por parte de la trabajadora, éste debe ser analizado de manera flexible y, en ningún caso, su aplicación puede convertirse en una barrera para obtener la protección laboral reforzada derivada del estado de embarazo, pues se trata de un asunto probatorio de difícil superación. Sin

embargo, la notificación o conocimiento del empleador sí es relevante para determinar la procedencia de la indemnización contenida en el artículo 239 del C.S.T.

Acerca del asunto del conocimiento la Sala considera que, dado que la actora aduce que en el mismo momento en que su supervisora le informó telefónicamente sobre la finalización de su contrato de trabajo por obra o labor ella le comunicó que "tenía sospecha de que estaba en embarazo" [58] , no puede entenderse que haya existido un conocimiento por parte de la empleadora y que esta haya sido la causa de la terminación de su contrato.

En este mismo sentido la empresa Serviola S.A. advirtió en la contestación de la acción de tutela que " la accionante nunca notificó de manera alguna su supuesto estado de embarazo, situación que sólo se viene a conocer con la presente acción de tutela" [59] . De igual manera, en el oficio OPTB-324 de 2012 la sociedad comercial demandada afirmó en cuanto al tema lo siguiente: " En vigencia de su contrato de trabajo, así como al momento de su finalización, la accionante nunca notificó de manera alguna su estado de embarazo.

Es decir que Serviola S.A. no finalizó el contrato de la demandante por su estado de embarazo pues no tenía conocimiento del mismo, razón por la cual no tenía la obligación de acudir al Ministerio de la Protección Social, para obtener autorización para su desvinculación." [60] Además, La Sala insiste en que la inconsistencia entre el dicho de la Sra. Johann Andrea de haberse desempeñado como promotora hasta el 15 de mayo de 2009 y el Acta de liquidación de prestaciones sociales [61] y la Certificación laboral [62] que consta en el expediente en las cuales consta que la relación laboral terminó el día 14 de mayo de 2009, no puede inferirse tampoco un conocimiento por parte del empleador.

35.- Como se dijo, en este caso particular no se aportaron pruebas que permitan determinar si el empleador conocía acerca del estado de embarazo, por consiguiente, la indemnización prevista en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, que opera como sanción para el empleador que conociendo del embarazo de la trabajadora elude pedir la autorización a la autoridad del trabajo para despedir, no procede.

36.- Por su parte, acerca de la modalidad contractual mediante la cual se encontraba vinculada la actora, La Sala considera que debido a que el contrato celebrado entre Serviola S.A. y la peticionaria fue un contrato de trabajador en misión por el término que dure la obra o labor, en este caso deberán hacerse extensivas las mismas reglas jurisprudenciales que fueron propuestas para los contratos por obra o labor contratada en las consideraciones.

Así, en este supuesto en que la alternativa laboral de la mujer embarazada fue desarrollada mediante de CONTRATO DE OBRA, y el empleador NO conocía al momento del despido el estado de gestación de la trabajadora, podrán presentarse tres alternativas distintas de protección, dependiendo de si la desvinculación se dio una vez cumplida la obra o antes del vencimiento de la misma.

Por esta razón es necesario que, con base en el acervo probatorio que obra en el expediente y en la sana crítica del juez tutela, se determine si el objeto del contrato celebrado entre la EST Serviola S.A. y la empresa usuaria LOGYTECH MOBILE S.A., ha fenecido debiendo entenderse que se cumplió la obra.

Sobre el particular, Serviola S.A. manifestó en el trámite de revisión que la actora "f ue asignada como trabajadora en misión a la empresa usuaria LOGYTECH MOBILE S.A. para cubrir periodos de descansos de los trabajadores ANDRES FELIPE MARTINEZ, ANGELA ALBORNOZ, JACKELINE MUÑOZ MINA, PAOLA PEREZ entre otros…" [63] y que con ocasión de la reducción de ventas de la empresa usuaria LOGYTECH MOBILE S.A., "esta última solicitó en la primera quincena de Mayo de 2009, el retiro de 72 trabajadoras en misión que se encontraban a ella asignados" [64] .

Con base en lo anterior, adujo que " el retiro de la demandante obedeció a la finalización de la misión para la que había sido vinculada." [65] pues fue con ocasión de la reducción de ventas en la empresa LOGYTECH MOBILE S.A., que esta última solicitó a Serviola S.A. el retiro de la actora. Además, en respuesta a auto del Magistrado Sustanciador del

veintiuno (21) de junio de dos mil diez (2010), la demandada acreditó mediante (i) una relación de los trabajadores en misión asignados a la usuaria LOGYTECH MOBILE S.A y que fueron retirados en la primera quincena de mayo de 2009, y por medio de (ii) las copias de las notificaciones de retiro y liquidaciones de los 72 trabajadores de la relación señalada, que la obra para la cual se desempeñaba la actora fue efectivamente cumplida [66] .

En efecto, se concluye que el trabajador no terminó el contrato de trabajo con ocasión al embarazo de la actora. Por el contrario, la relación laboral finalizó tras haberse cumplido el objeto del contrato - los reemplazos tal y como lo verificó la trabajadora-: " Ese mismo día me llamo por vía telefónica la supervisora JOHANA POSADA a comunicarme que hasta ese día trabajaba en el (sic) ese punto por motivo de que no habían llegado los listados de Bogotá diciendo quienes eran las personas que faltaban por salir a vacaciones y que por tal motivo no podía seguir laborando." Así las cosas, Logitech MOBILE S.A . no necesitaba más personal para la promoción y venta de productos comercializados, pues el objeto del contrato se cumplió de forma integral.

Pues bien, en este caso nos encontramos ante la hipótesis de que el empleador no conoce el estado de gestación de la trabajadora que se encontraba vinculada mediante un contrato por obra o labor y la desvinculación de la accionante se da una vez cumplida la obra, alegando esto como una justa causa (regla 3.2.3) Conforme a esta hipótesis, la regla de protección establece que ésta "consistiría mínimo en el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la renovación sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato de obra no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela." Bajo este entendido, es preciso concluir que la medida de renovación del contrato no procede en este caso, pues el empleador demostró ampliamente con la documentación aportada que el objeto del contrato feneció [67] y que ésta fue la única causa para dar por terminado aquél, pues no conocía del estado de embarazo de su trabajadora.

De este modo la protección deberá consistir en el reconocimiento de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud durante el periodo de gestación posterior a la terminación de su contrato. No obstante, en este caso concreto esta orden será reemplazada por el pago de la licencia de maternidad, por las razones expuestas en la sentencia SU-070 de 2013.

37.- Por todo lo anterior, esta Sala ordenará a Serviola S.A. y a LOGYTECH MOBILE S.A. que, de manera solidaria, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, tome las medidas necesarias para reconocer a la ciudadana Johana Andrea Marulanda Ruíz el pago de la licencia de maternidad (como medida sustituta al pago de las cotizaciones). Además, dado que no se encontró demostrado el cumplimiento del requisito del conocimiento, no podrá ordenarse entonces la indemnización prevista en el artículo 239 del CST.

IV. DECISIÓN En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada en el presente proceso.

Segundo.- REVOCAR la sentencia de 5 de noviembre de 2009, proferida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Palmira, Valle del Cauca, que confirmó la sentencia de 18 de septiembre de 2009, proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de la misma ciudad, que negaba el amparo de los derechos invocados por la peticionaria. En este sentido CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la Sra. Johana Andrea Marulanda Ruiz.

Tercero.- ORDENAR a Serviola S.A. y a LOGYTECH MOBILE S.A. que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, tome las medidas necesarias para reconocer a la ciudadana Johana Andrea Marulanda Ruiz de forma solidaria el pago de la licencia de maternidad.

Cuarto.- Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991. Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO Presidente MARÍA VICTORIA CALLE CORREA Magistrada Con aclaración de voto MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO Magistrado Con salvamento de voto LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ Magistrado GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Magistrado NILSON PINILLA PINILLA Magistrado Con aclaración de voto JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB Magistrado ALEXEI JULIO ESTRADA Magistrado LUIS ERNESTO VARGAS SILVA Magistrado Con salvamento parcial de voto MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ Secretaria General ACLARACION DE VOTO DE LA MAGISTRADA MARÍA VICTORIA CALLE CORREA A LA SENTENCIA SU071/13 CONOCIMIENTO DEL EMBARAZO POR PARTE DEL EMPLEADOR- Corresponde al empleador la carga de probar que no se le dio aviso del estado de embarazo (Aclaración de voto) Referencia:

expediente T-2566104 Acción de tutela instaurada por Johann Andrea Marulanda Ruíz contra Serviola S.A. Magistrado Ponente: ALEXEI JULIO ESTRADA Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, hago explícitas las razones que me llevan a aclarar el voto en la presente sentencia.

En este caso se resolvió la acción de tutela promovida por una mujer, que suscribió un contrato individual de trabajo de trabajadora en misión por el término que durara la labor para la cual había sido contratada. Como trabajadora en misión de la empresa de servicios temporales, durante el plazo de duración del contrato, debía realizar la actividad de ventas de Comcel, en un almacén de cadena, llevando a cabo reemplazos de otras promotoras de ventas durante el periodo de sus vacaciones.

El día 14 de mayo de 2009 se terminó el contrato de trabajo cuando la peticionaria tenía aproximadamente 9 semanas de embarazo. La actora reclamó entonces la protección de sus derechos a la estabilidad laboral reforzada, y la vinculación a la empresa con la cual venia prestando sus servicios como promotora de ventas.

En esta oportunidad la Corte, procedió a ordenar tan solo el reconocimiento del pago de la licencia de maternidad en tanto consideró que el empleador no conocía la condición de embarazo de la accionante cuando dio por terminado el contrato laboral.

En el fallo se hizo alusión a los precedentes uniformes y pacíficos sobre la especial protección de la mujer embarazada o en licencia de maternidad que se explica en los siguientes fundamentos constitucionales: (i) su protección frente a cualquier forma de discriminación en el ámbito laboral en virtud de su condición; (ii) el otorgamiento de una estabilidad laboral reforzada como medio para asegurarle un salario que le garantice un mínimo vital, una vida en condiciones dignas, una continuidad en la afiliación a la seguridad social en salud, y el pago de la licencia de maternidad; y finalmente, (iii) la protección constitucional al recién nacido y a la familia.

Sin embargo, al respecto de la duda sobre el requisito de la comunicación del estado de embarazo por parte de la accionante a su empleador de su condición de embarazo, se anotó en la sentencia, que:

“… este debe ser analizado de manera flexible y, en ningún caso su aplicación puede convertirse en una barrera para obtener la protección laboral reforzada derivada del estado de embarazo, pues se trata de un asunto probatorio de difícil superación .

Sin embargo, la notificación o conocimiento del empleador si es relevante para determinar la procedencia de la indemnización contenida en el artículo 239 del C.S.T. “ Aunque en este caso se estableció que la actora le informo telefónicamente a su supervisora, al comunicársele la finalización de su contrato de trabajo, que “tenía sospecha de que estaba en embarazo”, se dijo al respecto que de esa afirmación no podía colegirse que hubiera existido conocimiento de su estado de embarazo por parte de la empleadora y menos que estaba haya sido la causa de la terminación de su contrato, ello con base a las pruebas aportadas por la empresa.

Pero no siempre sucede así, y es sobre este aspecto, que debo dejar claro que no puede trasladarse a las actoras, la carga de probar que le dieron aviso a su empleador del estado de embarazo, porque por el contrario es a este al que corresponde probar que no se le dio aviso por parte de sus empleadas.

Dejo en estos términos expresadas las razones, que dieron lugar a mi aclaración de voto en esta sentencia. Fecha ut supra, MARÍA VICTORIA CALLE CORREA Magistrada SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MAURICIO GONZALEZ CUERVO A LA SENTENCIA SU071/13 MUJER EMBARAZADA EN CONTRATO DE OBRA O LABOR- El despido se dio por la finalización de la obra y no constituye acto de discriminación (Salvamento de voto) Referencia:

expediente T-2.566.104 Acción de tutela instaurada por Johana Andrea Marulanda Ruíz contra Serviola S.A. Magistrado Ponente : Alexei Julio Estrada En la sentencia SU- 070 de 2013 esta Corporación decidió, ampliar el fuero de maternidad a los contratos civiles de prestación de servicios, sobrepasó el mandato constitucional del artículo 43 Superior, imponiendo un deber se solidaridad al particular con la madre gestante, cuando la Constitución establece dicha responsabilidad exclusivamente en el Estado.

Considerando (i) que en esa oportunidad me aparté de la decisión mayoritaria debido a que, en mi opinión, no puede imputarse al empleador una conducta discriminatoria, cuando el vínculo laboral finalizó con base en una justa causa legal, y no tenía conocimiento de la gravidez; (ii) la sentencia ahora adoptada (SU-071/13) reproduce las mismas reglas de la sentencia SU- 070/13, por lo que he estimado pertinente salvar mi voto y reiterar lo expuesto en aquella ocasión .

Adicionalmente, en el caso estudiado (SU-071/13) se aprecia con claridad que la terminación del contrato se originó en el agotamiento del objeto del contrato, y no en razón del embarazo -tanto que se desconocía dicha situación-. Por lo que no habría lugar a conceder la tutela, en tanto que no se configura un proceder discriminatorio por parte de la empresa.

MAURICIO GONZALEZ CUERVO Magistrado [1] Ver copia del contrato en el folio 60 del cuaderno principal. [2] Folio 10 del cuaderno principal. [3] Ibíd.

[4] Folio 11 del cuaderno 2. [5] Folio 8 del cuaderno principal. [6] Folio 52, Cuaderno 2. [7] Folio 53, Cuaderno 2. [8] Folio 59, Cuaderno 2.

[9] Folio 50, Cuaderno 2. [10] Ibídem. [11] Folio 35, Cuaderno 2. [12] Folio 70, Cuaderno 2. [13] Folio 92, Cuaderno 2. [14] Folio 22, Cuaderno 3.

[15] Folio 22 del cuaderno 1. [16] Sentencias T-088 de 2010, T-169-08, T-069 de 2007, T-221-07, entre otras. [17] Artículo 13 de la Constitución:

“Todas 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, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”.

[18] Artículo 43 de la Constitución: “La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación”.

[19] Artículo 26 del PIDCP: Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

[20] Artículo 1 de la CADH: “1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”. [21] Artículo 24 de la CADH: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

[22] Artículo 2 del PIDESC: “(…) 2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

[23] Artículo 6 del PIDESC: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación tecnicoprofesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana”.

[24] Artículo 3 del Pacto de san Salvador: “Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

[25] Artículo 6 del Pacto de San Salvador: “1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.

2. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo”.

[26] Así lo establece la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo aprobada en 1919. [27] Artículo 3 del Convenio 183 de la OIT.

[28] Sentencia T-005 de 2009. [29] Ver, entre otras, las sentencias T-179/93 y T-694 de 1996. [30] Sentencia T-568 de 1996. Fundamento Jurídico No 5.

[31] Sentencia C-470 de 1997. [32] Ver, entre muchas otras, las sentencias T-606 de 1995, T-106 de 1996, T-568 de 1996, T-694 de 1996, C-710 de 1996, T-270 de 1997, C-470 de 1997.

[33] Sentencia C-470 de 1997. [34] Ibidem. [35] Ver sentencia T-568 de 1996, Fundamento Jurídico No 5. [36] Sentencia T-427 de 1992. MP Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico No 7. Ver igualmente la sentencia T-441 de 1993. MP José Gregorio Hernández Galindo.

[37] Ver las sentencias T-362 de 1999, T-885 de 2003 y T-245 de 2007. [38] La citada disposición legal señala: “ARTÍCULO 240. PERMISO PARA DESPEDIR.

1. 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.

2. El permiso de que trata este artículo sólo puede concederse con el fundamento en alguna de las causas que tiene el {empleador} 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." [39] Artículo 2 del decreto 43 [40] Sentencia T-019 de 2011.

[41] Artículo 6 del decreto 4369 de 2006. [42] Artículo 8 y 12 del decreto 4369 de 2006. [43] Esta hipótesis fáctica fue examinada en la sentencia T-021 de 2011 (Sala Novena de Revisión) y se ordenó: reintegrar a la accionante al cargo que venía ocupando o a uno de igual o semejante jerarquía, afiliarla al Sistema Integral de Seguridad Social en Salud; cancelar la indemnización de que trata el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo; y pagar la licencia de maternidad y los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde el momento de su despido hasta la fecha en que se efectúe su reintegro.

También fue estudiada en la T-204 de 2010 (Sala Sexta de Revisión) y las órdenes fueron similares. [44] Sentencia SU-070 de 2013. [45] Así por ejemplo, en sentencia T-082 de 2012, la Corte Constitucional valoró las circunstancias que rodeaban los casos estudiados y la imposibilidad fáctica en la que se encontraban los empleadores de procurar el reintegro de las mujeres embarazadas. Por esta razón no ordenó el reintegro de las peticionarias y reconoció solamente la protección mínima consistente en el reconocimiento de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud para garantizarles el pago de la licencia de maternidad y la indemnización del artículo 239 del CST.

[46] En este sentido en la sentencia T-550 de 2006, que reitera lo establecido en la sentencia T-426 de 1998 , esta Corporación señaló que " la jurisprudencia ha admitido que la terminación unilateral sin justa causa del contrato de trabajo con una mujer en período de gestación origina la violación de derechos fundamentales cuya protección es factible, en ciertas circunstancias, mediante la acción de tutela. En efecto, sobre el particular expresó que aunque la regla general es la improcedencia de la acción de tutela para obtener el reintegro al cargo por ineficacia del despido, tal regla tiene una excepción que se presenta en el caso del despido de la mujer que está en estado de embarazo, circunstancia en la cual la acción de tutela es procedente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, cuando se busca proteger el mínimo vital de la futura madre o del recién nacido".

[47] Así, en abundante jurisprudencia, esta Corporación ha establecido que la subordinación hace referencia a la existencia de una relación jurídica de dependencia que se presenta, por ejemplo, en el caso de los trabajadores respecto a sus patrones. Sobre la subordinación laboral, se puede consultar, entre muchas otras, la sentencia T-1073 de 2005, en la que se estudió el caso de unos empleados que demandaron a sus patronos debido a la mora en el pago de sus salarios.

[48] Así consta en la Certificación de trabajo otorgada por la empresa Serviola S.A. el día 27 de julio de 2009, en la que se señala que la peticionaria "laboró en nuestra empresa, a partir del 20 de marzo de 2009 hasta el 14 de mayo de 2009, con una asignación mensual de CUATROCIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL CUARENTA PESOS" (fl. 8, Cuaderno 2). Por otra parte, en la impugnación de la acción de tutela, la accionante afirmó que, con la decisión de primera instancia, se estaba poniendo en riesgo su salud y la de su hijo por nacer " al no tenerse ni siquiera en cuenta que no gozo ni siquiera con el derecho a la salud" (Fl. 92, Cuaderno 2), afirmación que goza de credibilidad, pues no aparece desvirtuada. A este respecto es importante recordar que la Corte Constitucional reiteradamente (sentencias T-094 de 2006, T-274 de 2006 y T-761 de 2006, entre otras) ha señalado que se presume la afectación del mínimo vital de un

trabajador, cuando no recibe su salario y devenga un salario mínimo, o cuando éste es su única fuente de ingreso, en consecuencia constituye un elemento necesario para la subsistencia al cubrir con ese dinero sus necesidades básicas y las de su familia. Corresponde al empleador desvirtuar esta presunción.

[49] Folio 60. Contrato de trabajo entre Serviola S.A. y Johana Ruiz Marulanda. Cláusula 2: " La labor contratada es la prestación de servicios de: INCREMENTO VENTAS lo cual durará por el tiempo estrictamente necesario solicitado al EMPLEADOR por el usuario. En consecuencia, este CONTRATO terminará en el momento en que el USUARIO comunique al EMPLEADOR que ha dejado de requerir los servicios del TRABAJADOR".

[50] Así consta en la certificación de trabajo otorgada por la empresa Serviola S.A. el día 27 de julio de 2009, en la que se señala que la peticionaria "laboró en nuestra empresa, a partir del 20 de marzo de 2009 hasta el 14 de mayo de 2009, con una asignación mensual de CUATROCIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL CUARENTA PESOS" (fl. 8, Cuaderno 2).

[51] Folio 25, Cuaderno 2. [52] Folios 9 y 10, Cuaderno 2. [53] En efecto, en el informe ecográfico aportado como prueba, se establece que el día 14 de marzo de 2009, la actora quedó en embarazo (fl. 2, Cuaderno 2).

[54] Folio 2 del cuaderno 1. [55] Folio 22 del cuaderno 2. [56] Folio 60 del cuaderno 2. [57] Folio 2 del cuaderno 2. [58] Ibíd. [59] Cuaderno 2. Folio 52, [60] Cuaderno principal folios del 54 al 176.

Cartas de despido expedidas en el mes de mayo de 2009 trabajadores contratadas por Serviola S.A. [61] Folio 22 del cuaderno principal. [62] Folio 8 del cuaderno principal.

[63] Cuaderno principal folio 21. [64] Ibíd. [65] Folio 22 del cuaderno 1. [66] Ver los folios 32 al 157 del cuaderno de la Corte. [67] Respecto a esta presunción, se puede consultar, entre otras, la sentencia T-825 de 2008, en la cual se afirmó que :" Cuando se trata de una mujer en estado de gravidez y existe una relación laboral, el empleador debe acreditar que no subsisten las causas que dieron nacimiento al vínculo. Esta exigencia opera con dos connotaciones distintas, a saber: (i) como requisito fáctico de procedibilidad del fuero de maternidad reforzado, y (ii) como presunción que opera en contra del empleador. Es así, que el empleador tiene la carga probatoria de desvirtuar que las causas que originaron el contrato aún subsisten. En el caso concreto, al no estar desvirtuadas las causas referidas, queda validada la presunción de despido por razón del embarazo".

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/SU071-13.htm
Copia de consulta hecha el 29 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.