

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera Ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Bogotá D.C., doce (12) de febrero de dos mil quince (2015)

Tutela - Fallo de primera instancia

No. de Radicación: 11001-03-15-000-2014-03807-00

Tutelante: Liliana Castelblanco Pardo

Tutelado: Colombiana de Temporales –COLTEMPORA S.A.-

Procede la Sala a resolver la solicitud formulada en su propio nombre por la señora Liliana Castelblanco Pardo, en ejercicio de la acción de tutela consagrada en la Constitución Política, artículo 86, y desarrollada en los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud de amparo

La accionante ejerció acción de tutela en su propio nombre contra la Empresa Colombiana de Temporales –COLTEMPORA S.A.-, con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, estabilidad laboral reforzada y seguridad social que consideró vulnerados con ocasión de la terminación de su contrato laboral pese a encontrarse en estado de gravidez y sin autorización del inspector del trabajo.

A título de amparo constitucional la tutelante pidió lo siguiente:

- “1. Ordenar a COLTEMPORA S.A. que restablezca o reintegre a la demandante a la situación contractual que estaba desarrollando u a otra (sic) de igual o superior categoría que le garantice la preservación del mínimo vital y demás derechos fundamentales vulnerados y amenazados.*
- 2. Reconocer a Liliana Castelblanco Pardo, además del reintegro, el pago de las prestaciones económicas como licencia de maternidad, indemnización de que trata el artículo 239 numerales 3 y 4 del Código Sustantivo del Trabajo.*
- 3. Ordenar a COLTEMPORA S.A. que garantice a favor de Liliana Castelblanco Pardo la continuidad en la prestación de los servicios del Sistema General de Seguridad social, desde el momento del despido, esto es, desde el primero (1) de septiembre de 2014, sin que esto implique la realización de una nueva afiliación”.*

2. Fundamentos de hecho

Sustenta su petición en los siguientes hechos que de manera resumida explica la Sala:

Que la señora Liliana Castelblanco Pardo se vinculó mediante “contrato individual de trabajo por el término de duración de obra o labor determinada” ¹ con la empresa Colombiana de Temporales - COLTEMPORA S.A.- el 26 de junio de 2014, para desempeñar funciones de “Analista de Reconocimiento Profesional II en Misión para la Gerencia Nacional de Colpensiones”, el cual se dio por terminado mediante carta que la empresa le remitió a la trabajadora, calendada 30 de agosto del mismo año².

Que el día 4 de septiembre la señora Castelblanco fue atendida en urgencias en la entidad “SURA CALLE 100”, en donde luego de diferentes exámenes, se le indicó que se encontraba en embarazo

¹ Fls. 28-29

² Fl. 31

con cinco (5) semanas de gestación. Que por esa razón, y mediante el ejercicio del derecho de petición, el 9 de septiembre de 2014 solicitó el reintegro a la referida empresa.

Con oficio de 29 de septiembre de 2014, COLTEMPORA S.A. negó la petición, por cuanto el retiro obedeció a la orden recibida de la empresa usuaria COLPENSIONES y no con ocasión de su estado de gravidez.

Que ante la negativa, la tutelante acudió al Ministerio del Trabajo para convocar a conciliación a la citada empresa, audiencia en la que no se consiguió acuerdo.

Que en la actualidad no tiene empleo que le permita solventar las necesidades que su situación le acarrea.

3. Trámite de la solicitud de amparo

Por auto del 2 de diciembre de 2014 se admitió la tutela y se ordenó notificar al representante legal de la empresa Colombiana de Temporales COLTEMPORA S.A. También se le requirió para que remitiera con destino a este expediente, todos los documentos soporte de la contratación de la tutelante y aquellos que reposaran con ocasión de la terminación de su vínculo laboral.

La notificación de esta providencia se realizó por correo, según da cuenta el oficio de notificación N° MGA/3139 del 21 de enero de 2015.

4. Argumentos de defensa

Según da cuenta el informe secretarial que obra al folio 62 del expediente, no se recibió respuesta alguna por el particular vinculado a este trámite. Así las cosas, se dará aplicación al artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, que prevé lo siguiente: *“Presunción de veracidad. Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa”*.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Aunque en razón a las normas contenidas en el Decreto 1382 de 2000, este asunto le correspondería a los Jueces Municipales, esta Corporación determinó que en aquellos casos en los que estuviera de por medio asuntos relacionados con la salud y la vida y la protección de los niños, era procedente admitir la solicitud en razón a las circunstancias de conocimiento público frente al cese de actividades en la Rama Judicial extendidas hasta el mes de diciembre de 2014.

Bajo esta consideración se admitió la solicitud que ahora se define mediante fallo.

2. Generalidades de la acción de tutela

La Constitución Política en el artículo 86 consagró una acción especial para facilitar la garantía inmediata de los derechos fundamentales dotada de un procedimiento breve y sumario que tiene como rasgos esenciales la subsidiariedad y la residualidad

porque sólo procede si no existe otro mecanismo judicial ordinario de defensa de los derechos que se consideran amenazados o conculcados.

No obstante, esta causal de improcedencia se excepciona, a las voces del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, cuando el reclamo de protección se propone como mecanismo transitorio con el fin de evitar un perjuicio irremediable, el que será valorado por el juez constitucional según las circunstancias en las que se encuentre el actor con el fin de establecer que el medio judicial ordinario no resulta idóneo para evitarlo o remediarlo.

3. De la procedencia de la tutela en materia de protección reforzada a la mujer embarazada.

De conformidad con los artículos 13³ y 43⁴ de la Carta Política se ha desarrollado una normativa tendiente a la protección de la mujer embarazada, que implica la prohibición de su despido por razón o causa de su estado de gravidez. El artículo 239, del Código Sustantivo del Trabajo, prevé:

³ “**ARTICULO 13.** 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.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

⁴ “**ARTICULO 43.** La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.”

“ARTICULO 239. PROHIBICION DE DESPEDIR. Modificado por el art. 35 de la Ley 50 de 1990, [Modificado por el art. 2, Ley 1468 de 2011](#). El nuevo texto es el siguiente:

1. **NINGUNA TRABAJADORA PUEDE SER DESPEDIDA POR MOTIVO DE EMBARAZO** o lactancia.

2. ***Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente.***

3. La trabajadora despedida sin autorización de las autoridades ***tiene derecho al pago de una indemnización*** equivalente a los salarios de sesenta (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo y, además, el pago de las doce (12) semanas de descanso remunerado de que trata este capítulo, si no lo ha tomado.”

En ese sentido el artículo 240 *ibídem*, señala:

“ARTICULO 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.”

Dicha normativa contempla una presunción de despido por motivo de embarazo o de lactancia, cuandoquiera que no se han adelantados los trámites previstos con el fin de hacer viable y legal la desvinculación laboral. La Corte Constitucional ha sido reiterativa en el sentido que el despido de una trabajadora en estado de gravidez comporta la violación de los derechos fundamentales contenidos en los artículos 13, 43 y 53 de la Carta, puesto que someterlas a esta condición pone en riesgo a la madre gestante y el menor que está por nacer. Tal consideración porque la situación de desvinculación somete a las

mujeres en estado de embarazo a afrontar dificultades laborales, sociales y económicas, que constituyen una actitud reprochable e inaceptable en persona en condición de debilidad.

En términos de la Corte Constitucional, la desvinculación no puede limitarse al despido, sino que tiene una connotación más amplia que involucra casos de terminación contractual por cuenta de cesación del periodo para el que fueron contratadas, la conclusión de las actividades o labores específicas objeto del contrato o vencimiento del término contractual. Incluso, extiende la protección a eventos en los que ni siquiera se conocía del estado de gravidez al momento de la desvinculación. Al respecto ha considerado⁵:

“La sentencia T-095 de 2008 dispuso una nueva posición respecto de este requisito la cual ha sido acogida por algunas salas de revisión de esta Corporación en la que no se hace necesario probar la discriminación del empleador en el despido para activar el fuero de maternidad: (...) ‘en el caso citado la Sala Octava manifestó que el empleador no puede escudarse en la modalidad del contrato - a término fijo o por obra - para evadir sus obligaciones ni tampoco puede argüir que se enteró del estado de embarazo de la trabajadora luego de haberle comunicado que no le prorrogaría el contrato. Si la trabajadora quedó embarazada durante la vigencia del contrato y prueba -mediante certificado médico- que ello fue así -cualquiera que sea la modalidad de contrato mediante el cual se encuentre vinculada laboralmente la mujer gestante-, el empleador debe reconocerle las prestaciones económicas y en salud que tal protección comprende en consonancia con lo dispuesto por la Constitución y por los instrumentos internacionales de derechos humanos’.”

Ahora bien, cuando ocurre el despido de una mujer embarazada, independientemente que labore en empresa privada o en entidad pública, el examen sobre la legalidad correspondería asumirla a la jurisdicción ordinaria laboral o contencioso administrativa, según el caso. Sin embargo, es precisamente por estar inmersos dentro del

⁵ Sentencia T-766 de 2011.

contexto de la estabilidad laboral reforzada derechos de índole fundamental, que se ha aceptado la procedencia de la tutela⁶, como mecanismo de protección inmediata que garantiza la cesación en la afectación a la que se somete a la madre gestante, por cuanto se pone en grave riesgo la seguridad material y emocional de ésta y del *nasciturus*. Así lo ha reiterado la Corte⁷:

“3. Esta Corporación ha señalado en reiteradas oportunidades que la mujer en embarazo “conforma una categoría social que, por su especial situación, resulta acreedora de una particular protección por parte del Estado”. En efecto, esa conclusión deriva de una interpretación sistemática de los artículos 13, 16, 42, 43, 44 y 53 de la Constitución, según los cuales la mujer gestadora de vida ocupa un lugar preferente en la sociedad que debe ser garantizado por el Estado, como quiera que en ella se integra la defensa de la vida del nasciturus, de la integridad familiar y del derecho a ser madre, sin que por esta decisión sea objeto de discriminación de género.

4. En este orden de ideas, la especial protección constitucional a la mujer embarazada y la prohibición de discriminación por esa razón, se detiene con particular énfasis en el ámbito laboral, como quiera que “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”. Por lo tanto, la jurisprudencia constitucional ha considerado que, como consecuencia del principio de igualdad, la mujer embarazada goza del derecho fundamental a no ser desvinculada de su empleo por esta razón.”

⁶ Sentencia T-1496 de 2000: “Así, la Corte ha señalado que una controversia laboral puede someterse a juicio de tutela, desplazando el medio ordinario de defensa cuando se reúnan las siguientes condiciones: (1) que el problema que se debate sea de naturaleza constitucional, es decir, que pueda implicar la violación de derechos fundamentales de alguna de las partes de la relación laboral, puesto que si lo que se discute es la violación de derechos de rango legal o convencional, su conocimiento corresponderá exclusivamente al juez laboral; (2) que la vulneración del derecho fundamental se encuentre probada o no sea indispensable un amplio y detallado análisis probatorio, ya que si para la solución del asunto es necesaria una amplia controversia judicial, el interesado debe acudir a la jurisdicción ordinaria pues dicho debate escapa de las atribuciones del juez constitucional y (3) que el mecanismo alternativo de defensa sea insuficiente para proteger íntegramente los derechos fundamentales amenazados o vulnerados y no resulte adecuado para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable de carácter iusfundamental.”

⁷ Sentencia T-494 de 2000

Jurisprudencialmente se ha dispuesto que para hacer efectiva la protección del fuero de maternidad, deben concurrir unos requisitos fácticos, que siempre han de ser examinados a la luz de cada caso. Corresponde al juez constitucional constatar que: *(i)* el despido tuvo lugar durante el embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto; *(ii)* el empleador conocía o intuía la existencia del estado de gravidez de la trabajadora; *(iii)* el despido fue por razón o motivo del embarazo; *(iv)* no medió autorización del inspector de trabajo, tratándose de trabajadora oficial o privada o no se presenta resolución motivada del jefe del organismo si es empleada pública; y *(v)* con el despido se amenaza el mínimo vital de la gestante y de quien está por nacer. Verificados tales requisitos, y a título de garantía constitucional el juez puede ordenar *(i)* pago de las cotizaciones necesarias para el reconocimiento de la licencia de maternidad⁸; *(ii)* pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir⁹; *(iii)* indemnización por despido discriminatorio del artículo 239 del CST¹⁰.

Empero, teniendo en cuenta la amplia gama de circunstancias de índole laboral en que pueden encontrarse las mujeres objeto de la protección reforzada derivada del fuero de maternidad, tales requisitos y medidas de protección, fueron analizados en concreto por la Corte Constitucional en la Sentencia de Unificación SU-070 de febrero 13 de 2013, por medio de la cual la Sala Plena de la Corte Constitucional señaló algunas reglas y medidas que merecían claridad, de cara al tema objeto de examen y en la que se precisó:

⁸ Sentencias T-181 de 2009, T-721 de 2009, T-004 de 2010, T-088 de 2010, T-1005 de 2010, T-699 de 2010, T-031 de 2011, T-886 de 2011, T-082 de 2012 y T-126 de 2012.

⁹ sentencias T-181 de 2009, T-635 de 2009, T-1005 de 2010, T-667 de 2010, T-021 de 2011, T-054 de 2011, T-184 de 2012.

¹⁰ Sentencias T-181 de 2009, T-371 de 2009, T-088 de 2010, T-1000 de 2010, T-054 de 2011, T-120 de 2011, T-707 de 2011, T-126 de 2012 y T-184 de 2012.

“37.- En relación con lo anterior encuentra la Sala Plena que existen posiciones diferentes de la jurisprudencia constitucional sobre la perspectiva desde la que se debe analizar el sentido de la protección laboral reforzada de las trabajadoras gestantes y sobre cómo han de solucionarse estos casos para brindar dicha protección a estas mujeres.

Por ello, la Corte deberá presentar criterios unificados para (5) la determinación del alcance mismo de la protección, en consideración (5.1) al conocimiento del embarazo por parte del empleador y a (5.2) la alternativa laboral, bajo la cual se encontraba trabajando la mujer embarazada.

Posteriormente, extraerá algunas conclusiones de los criterios unificados, con base en las cuales procederá a (6) resolver los 33 casos objeto de revisión.

1. 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

38.- La aplicación de los criterios que se acaban de exponer, deja sin embargo, sin resolver el asunto de cuál(es) sería(n) la(s) medida(s) protectora(s) según cada una de las modalidades de relación en la que sustenten las alternativas laborales de las mujeres gestantes, y según si el empleador conocía o no del estado de gestación. Tradicionalmente la opción adoptada por la jurisprudencia constitucional ha sido fundamentar la posibilidad de protección, en las posibilidades formales que ofrece la modalidad de relación laboral o de contratación.

*No obstante, la perspectiva adoptada en la presente unificación consiste en considerar la procedibilidad de medidas protectoras siempre que se den los requisitos consignados en el acápite anterior, y trasladar las consecuencias tanto de las particularidades de cada modo de vinculación o prestación, como del conocimiento del embarazo por el empleador (o contratista), **no a la viabilidad de la protección misma, sino a la determinación de su alcance. Es decir, se procura la protección siempre que se cumplan los requisitos, pero dicha protección tendrá 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.***

La explicación de la conclusión que se acaba de consignar, incluye a continuación la explicación sobre:

- El alcance de la protección, en función de si el empleador tenía o no conocimiento del embarazo de la (ex) trabajadora.*

- El alcance de la protección, en función de la modalidad de alternativa laboral.

5.1 Sobre el conocimiento del embarazo por parte del empleador

39.- Sobre este punto, como se presentó en apartados precedentes, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha evolucionado considerablemente. En un primer momento, la Corte estableció que se requería una notificación formal del estado de embarazo, como condición indispensable para derivar la protección constitucional reforzada. Mientras que en sentencias recientes, ha afirmado esta Corporación, que no es necesaria la comunicación del embarazo al empleador, para derivar la protección constitucional¹¹. En este sentido, las consecuencias jurídicas relacionadas con la comunicación o no del embarazo y las condiciones de dicha comunicación, han sido diferentes a lo largo de la jurisprudencia, por lo que se ocupará la Corte de unificar los criterios en este sentido.

Al respecto, lo primero que debe precisar la Corte, siguiendo la jurisprudencia constitucional y los apartados precedentes de esta sentencia, **ES QUE EL CONOCIMIENTO DEL EMBARAZO DE LA TRABAJADORA NO ES REQUISITO PARA ESTABLECER SI EXISTE O NO PROTECCIÓN, SINO PARA DETERMINAR EL GRADO DE LA PROTECCIÓN.**

40.- Así, el conocimiento del embarazo por parte del empleador da lugar a una protección integral y completa, pues se asume que el despido se basó en el embarazo y por ende en un factor de discriminación en razón del sexo. Por otra parte, **LA FALTA DE CONOCIMIENTO, DARÁ LUGAR A UNA PROTECCIÓN MÁS DÉBIL, BASADA EN EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD Y EN LA GARANTÍA DE ESTABILIDAD EN EL TRABAJO DURANTE EL EMBARAZO Y LA LACTANCIA, COMO UN MEDIO PARA ASEGURAR UN SALARIO O UN INGRESO ECONÓMICO A LA MADRE Y COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS DEL RECIÉN NACIDO.**

Ahora bien, el conocimiento del empleador del embarazo de la trabajadora, no exige mayores formalidades. Este puede darse por medio de la notificación directa, método que resulta más fácil de probar, pero también, porque se configure un hecho notorio o por la noticia de un tercero¹², por ejemplo. En este orden de ideas, la notificación directa “es sólo una de las formas por las cuales el empleador puede llegar al conocimiento de la situación del embarazo de sus trabajadoras, pero no la única”¹³.

Siguiendo lo anterior, la Corte ha entendido que algunas de las circunstancias en las cuales se entiende que el empleador tenía

¹¹ T-095 de 2008

¹² Sentencias T-589 de 2006, T-362 de 1999, T-778 de 2000 y T-1084 de 2002.

¹³ Sentencia T-589 de 2006

conocimiento del estado de embarazo de una trabajadora, aun cuando no se le hubiese notificado directamente, son:

- *Cuando se trata de un hecho notorio¹⁴: La configuración del embarazo, como un hecho notorio, ha sido entendida por la Corte Constitucional, por ejemplo, en los siguientes casos:*
 - *Cuando el embarazo se encuentra en un estado que permite que sea inferido: La jurisprudencia constitucional ha entendido que cuando una mujer se encuentra en su quinto mes de embarazo¹⁵, sus cambios físicos le permiten al empleador inferir su estado. Así, por ejemplo, en sentencia T-354 de 2007, la Corte estableció que pese a la duda sobre la notificación del estado de embarazo por parte de la trabajadora, se consideraba que los superiores jerárquicos debían saber del embarazo de la accionante “como quiera que ésta, para la fecha de terminación del contrato de trabajo, contaba aproximadamente con 28 semanas de gestación, circunstancia que difícilmente puede pasar inadvertida por los compañeros de trabajo y por sus superiores jerárquicos”. En este sentido, la Corte ha entendido que 5 meses de embarazo “es un momento óptimo para que se consolide el hecho notorio de [la] condición de gravidez”¹⁶. Se trata entonces de una presunción, en el sentido de que, por lo menos al 5º mes de la gestación, el empleador está en condiciones de conocer el embarazo. Presunción que se configura en favor de las trabajadoras¹⁷.*
 - *Cuando se solicitan permisos o incapacidades laborales con ocasión del embarazo: La Corte Constitucional ha entendido que, cuando la trabajadora, si bien no ha notificado expresamente su embarazo, ha solicitado permisos o incapacidades por tal razón, es lógico concluir que el empleador sabía de su estado¹⁸.*
 - *Cuando el embarazo es de conocimiento público por parte de los compañeros de trabajo: La Corte Constitucional ha entendido que, cuando el embarazo de la trabajadora es de conocimiento público por parte de sus compañeros, es posible asumir que el embarazo es un hecho notorio en sí mismo o que, por conducto de un tercero pudo enterarse el empleador¹⁹.*

¹⁴ Sentencias T-1062 de 2004 y T-793 de 2005.

¹⁵ Sentencia T-145 de 2007.

¹⁶ Sentencia T 589 de 2006.

¹⁷ Sentencia T 578 de 2007.

¹⁸ Sentencias T-589 de 2006 y T-487 de 2006.

¹⁹ Sentencia T-145 de 2007.

- Finalmente, la corte ha establecido que se puede concluir que el empleador tenía conocimiento del embarazo, cuando las circunstancias que rodearon el despido y las conductas asumidas por el empleador permiten deducirlo²⁰.

Ahora bien, las anteriores circunstancias, como mecanismos a través de los cuales puede enterarse el empleador del embarazo de una trabajadora, se presentan de manera descriptiva, no taxativa, de modo que “es tarea de las o los jueces de tutela analizar con detenimiento las circunstancias propias del caso objeto de estudio para concluir si es posible o no inferir que aunque la notificación no se haya hecho en debida forma, existen indicios que conduzcan a afirmar que el empleador sí conoció previamente el embarazo de la trabajadora”²¹, lo anterior bajo el entendido de que no es necesaria la notificación expresa del embarazo al empleador, sino su conocimiento por cualquier medio.

5.2 El alcance de la protección en función de la alternativa laboral

41.- A la luz de explicado a lo largo de esta providencia, en nuestro orden jurídico (legal y constitucional) la categoría de relación laboral, permite derivar cargas en cabeza de quien obra como empleador, en favor del empleado, en este caso, la garantía de estabilidad laboral reforzada. Además, las causales de terminación desprendidas de regulaciones específicas deben ser interpretadas a la luz de la Constitución y no pueden constituir razones válidas para eludir la protección de la maternidad. Por ello, como se explicó en la primera parte de estas consideraciones jurídicas, el fundamento que sostiene la posibilidad de adoptar medidas de protección en toda alternativa de trabajo de las mujeres embarazadas, es la asimilación de estas alternativas a una relación laboral sin condiciones específicas de terminación; categoría esta que se ha concretado en las normas legales como punto de partida para la aplicación de la protección contenida en el denominado fuero de maternidad.

Bajo esta idea, y con el fin de extender la protección general que la Constitución dispone para las mujeres gestantes en materia laboral, la jurisprudencia ha desarrollado conceptualmente dos sencillas premisas, que permiten aplicar la lógica de las garantías generales derivadas de la legislación laboral, a los demás casos de alternativas de trabajo de estas mujeres. **LA PRIMERA DE ESTAS PREMISAS CONSISTE EN ASUMIR QUE LAS MODALIDADES DE CONTRATACIÓN POR MEDIO DE EMPRESAS DE COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO O SERVICIOS TEMPORALES IMPLICAN EN PRINCIPIO LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN LABORAL SIN CAUSALES ESPECÍFICAS DE TERMINACIÓN ENTRE LA EMPLEADA EMBARAZADA Y ESTAS EMPRESAS. Y LA SEGUNDA ESTABLECE QUE CUANDO EN ALGUNOS CONTRATOS CON FECHA O CONDICIÓN ESPECÍFICA DE TERMINACIÓN (POR EJEMPLO LOS**

²⁰ Ibídem.

²¹ Ibídem.

LABORALES A TÉRMINO FIJO O LOS DE OBRA O LOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS), LA NECESIDAD DEL SERVICIO O DE LA OBRA PENDIENTE DE REALIZAR O DEL OBJETO DEL CONTRATO, DESAPARECE EN MOMENTOS EN QUE LA EMPLEADA O CONTRATISTA HA QUEDADO EN EMBARAZO Y ES POSIBLE PRESUMIR QUE LA FALTA DE RENOVACIÓN DEL CONTRATO SE DIO POR RAZÓN DEL EMBARAZO.

Lo anterior ha permitido que la Corte adopte medidas de protección de la alternativa laboral de las mujeres gestantes, **las cuales giran en torno a dos alternativas genéricas. La primera, que se reconozcan las prestaciones en materia de seguridad social en salud, hasta el momento en que la mujer adquiera el derecho al reclamo de la prestación económica de la licencia de maternidad; y la segunda, se ordene el reintegro de la mujer embarazada o la renovación de su contrato, a menos que se demuestre que el reintegro o la renovación no son posibles.**

La jurisprudencia constitucional ha desarrollado entonces líneas jurisprudenciales cuyo fin ha sido asimilar las distintas alternativas laborales de las mujeres embarazadas a la categoría de relación laboral sin causales específicas de terminación, con el fin de extender su protección y cumplir con el carácter reforzado de la misma, ordenado por la Constitución. Esto le ha permitido adoptar medidas de protección propias de la legislación laboral, cuales son el reintegro o el reconocimiento de las prestaciones de seguridad social cuando el reintegro no es posible. Lo cual, tiene por consecuencia reconocer la garantía de estabilidad laboral (conservación de la alternativa laboral) como manifestación práctica de la aplicación de la protección de la maternidad. Por lo que, resulta ineludible concluir que la modalidad de contratación no hace nugatoria la protección, sino remite al estudio de la pertinencia o alcance de una u otra medida de protección. Con este camino de análisis la Corte pretende responder a la pregunta de cuáles son las órdenes pertinentes.

42.- SE HA SOSTENIDO PUES, QUE LA PROTECCIÓN COHERENTE CON EL SENTIDO DE FUERO DE MATERNIDAD, CONSISTE EN GARANTIZAR A LA MUJER TRABAJADORA SU “DERECHO EFECTIVO A TRABAJAR”²² INDEPENDIENTEMENTE DE LA ALTERNATIVA LABORAL EN LA QUE SE ENCUENTRE. En varias ocasiones se ha recalcado que para despedir a una mujer en esas circunstancias el empleador debe demostrar que media una justa causa y ha de adjuntar, de igual modo, el permiso de la autoridad administrativa competente. Esto no puede significar cosa distinta a la obligación de tomar medidas para mantener la alternativa laboral.

RESPECTO DE ALGUNAS MODALIDADES DE VINCULACIÓN, EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO LE CONFIERE A LOS EMPLEADORES CIERTA LIBERTAD PARA NO PRORROGAR LOS

²² T-145 de 2007

CONTRATOS A TÉRMINO FIJO QUE SUSCRIBEN CON LOS(AS) TRABAJADORES. ESTA LIBERTAD, SIN EMBARGO, NO ES ILIMITADA Y TAMPOCO PUEDE ENTENDERSE CON INDEPENDENCIA DE LOS EFECTOS QUE LA MISMA ESTÉ LLAMADA A PRODUCIR SOBRE LA RELACIÓN ENTRE UNOS Y OTROS. EN AQUELLOS EVENTOS EN LOS CUALES EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL, TRAE COMO CONSECUENCIA LA VULNERACIÓN O EL DESCONOCIMIENTO DE VALORES, PRINCIPIOS O DERECHOS CONSTITUCIONALES FUNDAMENTALES, ENTONCES LA LIBERTAD CONTRACTUAL DEBE CEDER. EN ESE ORDEN DE ARGUMENTACIÓN, HA DICHO LA CORTE CONSTITUCIONAL QUE LA PROTECCIÓN DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA A FAVOR DE LAS MUJERES TRABAJADORAS EN ESTADO DE GRAVIDEZ SE EXTIENDE TAMBIÉN A LAS MUJERES VINCULADAS POR MODALIDADES DISTINTAS A LA RELACIÓN DE TRABAJO, E INCLUSO POR CONTRATOS DE TRABAJO O PRESTACIÓN A TÉRMINO FIJO.

5.3 Reglas sobre el alcance la de protección reforzada a la maternidad y la lactancia en el ámbito del trabajo
(...)

5.3.2 Alcance de la protección reforzada a la maternidad y la lactancia en el ámbito del trabajo

46. Para efectos de claridad en la consulta de los criterios, se listarán a continuación las REGLAS JURISPRUDENCIALES RESULTANTES DEL ANÁLISIS PRECEDENTE:

- 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.

En este orden las hipótesis resultantes son:

(...)

3. Hipótesis fácticas 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:

(...)

3.2 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.

[...]"

A partir del contenido de dicha providencia, esta Sala concluye que la procedencia de protección reforzada derivada de la maternidad en caso de cesación de la alternativa laboral, requiere que se compruebe únicamente la existencia de la relación laboral y el estado de embarazo dentro de los tres meses siguientes al parto o en vigencia de dicha relación laboral o de prestación. El alcance de la protección que a dicho caso se le dé se determinará por la modalidad de contrato y según si el empleador conocía o no del estado de embarazo de la empleada al momento de la desvinculación.

Es de resaltar que las sentencias en las que se precise el contenido y alcance de los derechos constitucionales -como la que se acaba de transcribir-, si bien constituyen criterio auxiliar de la actividad judicial según lo dispone el artículo 230 superior, también tienen fuerza vinculante en materia de interpretación judicial, en tanto

construyen doctrina constitucional con carácter de unificación²³.

4. Del caso concreto

La tutelante afirma en su escrito de amparo que su vínculo laboral terminó, justamente cuando contaba con cinco (5) semanas de gestación, situación que la ubica como sujeto de especial protección constitucional que impone la necesidad de ser reintegrada al empleo que desarrollaba, y el derecho a recibir el pago de la licencia de maternidad y la indemnización contemplada en el numeral 3º del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo por haber sido despedida sin autorización de la autoridad del trabajo.

Para determinar si la señora Castelblanco Pardo acredita los requisitos para obtener la protección constitucional, es preciso acudir al contenido del expediente de tutela, del que se desatacan las siguientes:

- Copia informal del “*Contrato Individual de Trabajo (por el término de duración de una obra o labor determinada)*”, suscrito entre Coltempora S.A. y la señora Liliana Castelblanco Pardo, de fecha 26 de junio de 2014²⁴, cuya cláusula primera es del siguiente tenor: “*Labor Contratada: En forma personal y exclusiva, el trabajador se compromete en favor del empleador, con su capacidad normal de trabajo, de forma eficiente y necesaria, para desempeñar el oficio aquí contratado, así como en la ejecución de tareas ordinarias y anexas al mencionado oficio de conformidad con las*

²³ Sentencias T-260 de 1995 y C-037 de 1996

²⁴ Folios 28-29.

órdenes e instrucciones que le imparta la empresa usuaria y en especial cumpliendo todo aquello que se le indique por parte del empleador”.

- Certificación laboral suscrita por el Gerente de Talento Humano de Coltempora sobre la vinculación con la señora Castelblanco, de fecha 12 de agosto de 2014²⁵.

- Comunicación del 30 de agosto de 2014 dirigida a la señora Liliana Castelblanco, en el que la Gerente de Coltempora S.A. le informa la terminación del contrato de trabajo por obra o labor determinada²⁶. De dicho documento se resalta lo siguiente: *“La empresa Coltempora, se permite comunicarle que se da por terminada la relación laboral existente, debido a que la empresa Copensiones ha decidido que no se hace necesaria su vinculación por cuanto la obra o labor para la cual fue contratada ha cesado”.*

- Resultado de la Ecografía Pélvica Transvaginal de 4 de septiembre de 2014, realizado en la “I.P.S. Dinámica”. La opinión del médico de imágenes diagnósticas fue la siguiente²⁷: *“Engrosamiento endometrial, hallazgo que en el contexto de la paciente puede estar en relación con gestación en fase temprana. Se sugiere control ecográfico y con BHCG en tiempo prudencial”.*

- Resultado de la Ecografía Pélvica Transvaginal del 15 de septiembre de 2009, realizado en la “I.P.S. Dinámica”, de cuya impresión diagnóstica concluyó la médico ginecóloga lo siguiente²⁸: *“Gestación menor a 5 semanas por GS Hematoma Retrocorial”.*

²⁵ Folio 30.

²⁶ Folio 31.

²⁷ Folio. 35

²⁸ Folios 38-40.

De las anteriores pruebas la Sala puede concluir que:

- Existió una relación laboral entre la señora Liliana Castelblanco Pardo y la Empresa Coltempora S.A., derivada del contrato individual de trabajo por el término de duración de una obra o labor determinada de fecha 26 de junio de 2014, en virtud del cual fue enviada como *trabajadora en misión* ante la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, usuaria de dicha empleadora.
- La desvinculación laboral de 30 de agosto de 2014, se produjo en razón de la decisión de la usuaria, por cuanto la labor para la cual fue contratada había cesado.
- El conocimiento del estado de gravidez fue posterior a la terminación del contrato de trabajo, pero la concepción se produjo en vigencia de aquél.

Evaluada las pruebas que presentó la tutelante es evidente para la Sala que el desconocimiento del embarazo al momento de la terminación de su contrato de trabajo no impide la protección constitucional que deriva del fuero de maternidad, por cuanto éste surge a partir del momento de la concepción, que como se vio, se produjo durante la relación laboral.

Sin embargo, la carga prestacional que emana de tal situación, no puede atribuírsele plenamente a la empresa de servicios temporales empleadora, por cuanto la desvinculación no se debió al estado de

gravidez propiamente dicho -ya que lo desconocía-, sino a la culminación de la labor contratada en razón de la manifestación de la usuaria, situación que encaja en una justa causa para el efecto, por tratarse de un contrato de obra, cuya necesidad de continuidad, por demás, no fue objeto de prueba por parte de la tutelante.

De cara a los derroteros de la sentencia de unificación que se analizó, cuando se produce la desvinculación “*una vez cumplida la obra, alegando esto como una justa causa*”, la protección constitucional consistirá al menos en el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación²⁹, mientras que la renovación del contrato sólo será procedente si se demuestra que las causas del contrato de obra no desaparecieron, aspecto que permitirá igualmente determinar la procedencia de la indemnización pretendida a cargo de la Empresa de Servicios Temporales por tener el carácter de empleador.

En este orden de ideas, sería del caso ordenar el pago de las cotizaciones para el sistema general de seguridad social en salud en favor de la tutelante por el término restante de la gestación. Sin embargo, teniendo en cuenta que la desvinculación se fundó presuntamente en la justa causa de culminación de la labor contratada, y que la señora Castelblanco no probó ni manifestó que las causas que dieron origen al contrato de obra subsisten,

²⁹ Pese a tal directriz jurisprudencial, la Corte Constitucional en esa misma sentencia de unificación, expuso la **posibilidad que tiene el juez de tutela para sustituir la medida de protección**, si advierte que ésta puede resultar ineficaz. Consideró dicho Tribunal lo siguiente: “*debido al tiempo transcurrido desde la fecha en la cual las mujeres trabajadoras incoaron la acción de tutela para obtener la protección reforzada derivada de la maternidad y el momento en el cual se decide sobre la afectación de sus derechos fundamentales, la Sala (...) decidió (iii) sustituir -para efectos de esta sentencia-, la medida protectora consistente en el pago de cotizaciones que den lugar a la licencia de maternidad, por el pago de la licencia de maternidad, teniendo en cuenta que el pago de las cotizaciones, en este momento, no surtiría los efectos que se pretenden con esta providencia.*”

entonces, no es procedente tal determinación, pues equivaldría a reconocerle la calidad de empleada de dicha empresa.

Por esa razón, en procura de garantizar la protección constitucional que amerita la situación descrita, como medida sustituta al pago de cotizaciones, se ordenará a la Empresa Colombiana de Temporales – COLTEMPORA S.A.- el pago de la licencia de maternidad, pues el avance de su gestación, en principio, le impediría gozar económicamente de dicha licencia por no haber cotizado previamente. Para tal efecto, la señora Liliana Castelblanco deberá acreditar la ocurrencia del parto ante la Empresa, la que, por su parte tendrá un término cuarenta y ocho (48) horas para efectuar el pago de tal emolumento.

Esas mismas circunstancias, impiden que pueda accederse a las pretensiones de reintegro y pago de indemnización correspondiente, pues éstas se encuentran ligadas a la prueba sobre la continuidad del objeto para el cual fue contratada, aspectos que en todo caso y pese a mediar la presente orden de amparo, podrán ser discutidos ante el juez laboral en el marco del proceso correspondiente, en el cual se aduzcan las pruebas que sustenten tal situación.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO.- AMPARAR los derechos fundamentales al mínimo vital, estabilidad laboral reforzada y seguridad social de la señora Liliana Castelblanco Pardo, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- En consecuencia, se ordena al representante legal de la Empresa Colombiana de Temporales –COLTEMPORA S.A.- que proceda al pago de la licencia de maternidad (como medida sustituta al pago de cotizaciones) en beneficio de la señora Liliana Castelblanco Pardo. Para tal efecto, la tutelante deberá acreditar la ocurrencia del parto ante la Empresa, la que, por su parte tendrá un término cuarenta y ocho (48) horas para efectuar el pago de tal emolumento.

TERCERO.- NOTIFICAR esta providencia en la forma prevista en el Decreto 2591 de 1991, artículo 30.

CUARTO.- En caso de no ser impugnada esta decisión, por Secretaría **REMÍTASE** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión al día siguiente a la ejecutoria de esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

ALBERTO YEPES BARREIRO