

Sentencia T-418/22

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA-Eficacia del despido cuando el empleador desconoce el estado de embarazo de la trabajadora

(...) el empleador no vulneró los derechos a la vida en condiciones dignas y justas, el mínimo vital, el trabajo, la seguridad social y la estabilidad laboral reforzada de la accionante al terminar el vínculo laboral existente entre ambos, teniendo en cuenta que, al tiempo de la desvinculación, desconocía que su trabajadora se encontraba en estado embarazo.

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA-Marco normativo y jurisprudencial

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA Y EN PERIODO DE LACTANCIA-Reiteración de jurisprudencia

MUJER EMBARAZADA EN CONTRATO A TERMINO INDEFINIDO/CONTRATO DE TRABAJO-Requisitos para pactar válidamente el periodo de prueba/**PERIODO DE PRUEBA EN CONTRATO DE TRABAJO**-Límites a la facultad del empleador de terminar unilateralmente el vínculo laboral

Expediente: T-8.665.880

Acción de tutela interpuesta por la señora *E.M.M.R.*, mediante agente oficioso, en contra del *Hotel*

Magistrado ponente:
JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Nota previa: En observancia de la Circular Interna No. 10 de 2022 de la Presidencia de la Corte Constitucional sobre la anonimización de nombres en las providencias disponibles al público en la página web de la Corte Constitucional, la Sala dispuso que la presente providencia fuera presentada en dos ejemplares. Uno, con el nombre real y la información completa de la persona involucrada en este caso, y otro, con sus iniciales. La razón para anonimizar el nombre de la accionante es que en el fallo aparece información sobre la historia clínica de la accionante.

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Jorge Enrique Ibáñez Najar, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de tutela de 11 de febrero de 2022 proferido en segunda instancia por el Juzgado 2 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga, en el que se confirmó la sentencia del 3 de enero de 2022 adoptada por el Juzgado 16 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, que negó en primera instancia el amparo deprecado por *E.M.M.R.* por conducto de agente oficioso, en contra del *Hotel*, con el fin de buscar el amparo de sus derechos a la vida digna, mínimo vital, trabajo, seguridad social, y estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, presuntamente vulnerados por la accionada al terminar su vínculo laboral mientras se encontraba en gestación.

I. ANTECEDENTES

Hechos

1. La señora *E.M.M.R.* fue vinculada verbalmente desde el 24 de septiembre de 2021 como ayudante de cocina en un *Hotel* del municipio de Girón, Santander.¹
2. De acuerdo con la empresa empleadora, la accionante tuvo un período de prueba de dos meses. Esto es, del 24 de septiembre al 24 de noviembre de 2021.²
3. El 29 de octubre de 2021, la coordinadora de gestión humana del *Hotel*, solicitó al Banco Colpatria de Bucaramanga “*colaboración para aperturar (sic) cuenta de nómina para la señora E.M.M.R., identificado (sic) con C.C. (...), quien ingresa a laborar.*”³
4. La empresa realizó una evaluación de desempeño a todo el personal operativo y administrativo, con un periodo de evaluación del 24 de septiembre al 31 de octubre. Dicha valoración fue consignada en un documento con fecha del 31 de octubre de 2021. En este, el evaluador y jefe de cocina concluyó que la señora *E.M.M.R.* “*No cumpl[ía] con los requisitos técnicos y operativos y de rendimiento para el cargo.*” En específico, anotó, que: (i) no obtenía resultados oportunos de excelente calidad, (ii) solo demostraba tener conocimientos en las tareas que se le asignaban, (iii) no formulaba inquietudes, ni mostraba curiosidad por aprender o actualizarse, (iv) pocas veces era activa, enérgica y autónoma en el desarrollo de

¹ Expediente T-8.665.880: “02. ESCRITO TUTELA Y ANEXOS.pdf”, p. 1.

² Expediente T-8.665.880: “06. RESPUESTA Y ANEXOS HOTEL.pdf”, p. 5.

³ Expediente T-8.665.880: “02. ESCRITO TUTELA Y ANEXOS.pdf”, p. 9.

sus funciones, y (v) no presentaba disponibilidad para realizar tareas adicionales a las normales.⁴

5. El 2 de noviembre de 2021, en horas de la mañana, en un centro médico se practicó examen de preingreso ocupacional a *E.M.M.R.* de acuerdo con la solicitud hecha por el *Hotel*. En el reporte denominado “RECOMENDACIONES MÉDICAS OCUPACIONALES Derivadas de la valoración Ocupacional de Ingreso”, impreso a las 17:51 p.m., suscrito por la doctora de turno, se concluyó que no presentaba restricciones para desempeñar la ocupación de auxiliar de cocina.⁵

6. La accionante asevera que ese mismo día, 2 de noviembre de 2021,⁶ se dio por terminado su contrato mediante llamada telefónica en la que se le informó que “*a los dueños del Hotel no les gustaba tener mujeres gestantes.*” Estima que el centro médico informó a su empleador sobre su estado de embarazo.⁷

7. El 11 de diciembre de 2021, tras practicarse una ecografía en el Centro de Ecografía Especializada de Piedecuesta, Santander, el Doctor Jaime Serrato Roa certificó que *E.M.M.R.* tenía 24 semanas exactas de embarazo con diagnóstico de alto riesgo, hipotiroidismo y obesidad.⁸

8. La accionante explicó que sufre de una patología metabólica que la hace ser obesa por lo que no había notado que se encontraba embarazada, ni había sentido síntomas que así lo indicaran pues su ciclo menstrual es irregular.⁹

9. Por último, indicó que estaba sufriendo golpizas por parte del padre del hijo que venía en camino.¹⁰

Pretensiones y fundamentos de la acción de tutela

10. Por conducto de un agente oficioso,¹¹ el 21 de diciembre de 2021, la accionante presentó demanda de tutela en la cual solicitó que se ampararan sus derechos fundamentales al trabajo, la seguridad social, el mínimo vital, la vida en condiciones dignas y la estabilidad laboral reforzada vulnerados con su despido en

⁴ Ibid. p. 18.

⁵ Expediente T-8.665.880: “06. RESPUESTA Y ANEXOS HOTEL.pdf”, p. 20.

⁶ No hay pruebas ni consenso entre las partes frente a la fecha de terminación del vínculo laboral, pues para la accionada finalizó el 30 de octubre de 2021 y para la accionante el 2 de noviembre del mismo año.

⁷ Ibid. p. 5.

⁸ Expediente T-8.665.880: “02. ESCRITO TUTELA Y ANEXOS.pdf”, p. 8.

⁹ Ibid. p. 2.

¹⁰ Expediente T-8.665.880: “02. ESCRITO TUTELA Y ANEXOS.pdf”, pp. 2 y 3. “(...) lamentable es el panorama de mi agenciada quien a causa de tan compleja austeridad y como consecuencia del desempleo en el cual quedó luego de ser despedida, tuvo que verse avocada a soportar, tal y como se lo ha referido a éste (sic) togado, crueles y denigrantes humillaciones y malos tratos por parte del padre del hijo en gestación, quien la ha atropellado a todo nivel propinándole sendas golpizas, tal y como lo evidencian las imágenes aportadas por ella (sic) misma, evidencia de que su vida luego del despido ha sido despiadadamente adversa (...).”

¹¹ Expediente T-8.665.880: “01. ACTA INDIVIDUAL DE REPARTO.pdf”, p. 3. Acción interpuesta por medio del abogado J.P.N., quien manifestó ser su agente oficioso, no obstante que se identificó como profesional del derecho.

estado de embarazo. Como consecuencia de lo anterior, pide que: (i) se ordene a la accionada el reintegro inmediato al cargo que venía desempeñando con las mismas condiciones de salario, prestaciones y sin solución de continuidad; (ii) se le paguen los salarios y prestaciones causadas y no pagadas por motivo de la terminación del contrato sin justa causa a partir del 2 de noviembre de 2021 y hasta que sea reintegrada; (iii) se afilie al régimen de seguridad social en salud, pensiones, riesgos profesionales y caja de compensación familiar, y demás garantías propias de la relación laboral; (iv) se le reconozca y pague la licencia de maternidad y las prestaciones relativas a incapacidades producto de su estado gestante, parto y lactancia no cubiertas por la EPS; y (v) se sancione al Hotel de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, esto es, con multa equivalente a 30 días de salario, así como la sanción moratoria prevista en el artículo 65 de ese mismo estatuto.

11. Como fundamento de sus pretensiones, la accionante sostuvo que el proceder de la accionada frente a su embarazo y la terminación de su contrato constituye una transgresión del artículo 43 de la Constitución en el que se reconoce la proscripción de los tratos discriminatorios contra la mujer, añadiendo que, en su caso, fue desconocida la presunción de ineficacia en el despido en casos de embarazo. Adicionalmente, el agente oficioso indicó que dado el estado de embarazo de alto riesgo de su agenciada a ella “no le es posible ejercer directamente la presente acción tutelar”.¹²

Respuestas del extremo accionado y las entidades vinculadas

12. Mediante auto del 21 de diciembre de 2021, el Juzgado 16 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bucaramanga admitió la demanda, corrió traslado a la accionada y vinculó al Ministerio del Trabajo y a la Nueva EPS.¹³ Durante el término para contestar la demanda se presentaron las siguientes intervenciones.

13. El *Hotel* en calidad de accionado solicitó que la acción de tutela fuera declarada improcedente por cuanto esta no es la vía judicial idónea para reclamar acreencias laborales. Sostuvo que la presente acción constitucional no constituye el mecanismo idóneo para ventilar la disputa presentada por la accionante, pues se trata de un asunto que le corresponde a la jurisdicción laboral ordinaria, ya que el mero estado de embarazo no implica *per se* la configuración de un perjuicio irremediable ni estructura un estado de indefensión.¹⁴

14. A su turno, confirmó que hubo una relación laboral con la accionante pero que esta sucedió entre el 24 de septiembre de 2021 y el 30 de octubre del mismo año, tiempo en el cual la empleada realizó turnos ocasionales de tiempo parcial. Adujo que es costumbre en la empresa realizar los trámites de viabilidad de

¹² Expediente T-8.665.880: “02. ESCRITO TUTELA Y ANEXOS.pdf”, pp. 2 a 3.

¹³ Expediente T-8.665.880: “03. AUTO ADMISORIO T.2021-00156”.

¹⁴ Expediente T-8.665.880: “06. RESPUESTA Y ANEXOS HOTEL.pdf”.

contratación cuando los trabajadores están próximos a cumplir su periodo de prueba, entre los cuales se encuentra abrir una cuenta de nómina, revisar el concepto del jefe de área y practicar el examen médico de ingreso. Explicó que, al no recibir concepto positivo por parte del jefe de área por rendimiento inadecuado, no se continuó con la relación laboral.

15. Añadió que solo tuvo conocimiento sobre el embarazo al ser notificado de la demanda de tutela. Negó que se le haya emitido orden de prueba de embarazo durante sus exámenes de salud ocupacional, pues estos se llevan a cabo con miras a establecer si la salud de la trabajadora es apta para las funciones que va a llevar a cabo. Además, sostuvo que la misma accionante pidió no ser vinculada a seguridad social toda vez que se encontraba registrada como beneficiaria en el régimen de seguridad social en salud por parte del padre de su primer hijo.

16. Finalmente, el representante del *Hotel* señaló había realizado las cotizaciones en favor de la señora *E.M.M.R.*, por concepto de pensión, riesgos laborales y caja de compensación familiar por 29 días repartidos en dos planillas: una por 6 días y la otra por 23. De igual modo, indicó que el 7 de enero de 2022 había consignado mediante depósito judicial ante el Juzgado 2 Laboral del Circuito de Bucaramanga el valor correspondiente a las vacaciones, cesantías y primas adeudadas a la accionante.¹⁵

17. El *Ministerio del Trabajo* solicitó ser desvinculado de la acción por falta de legitimación en la causa por pasiva. Aclaró que le compete investigar el posible incumplimiento de la ley y, de ser necesario, imponer la multa correspondiente. Razón por la cual, no le está permitido declarar derechos individuales ni definir controversias, pues esa función les corresponde a los jueces de la República.¹⁶

18. La *Nueva EPS* pidió ser desvinculada por falta de legitimación en la causa por pasiva dada su falta de competencia para pronunciarse sobre las pretensiones de la accionante, relacionadas con pasivos laborales, salariales y de seguridad social. En ese sentido, se limitó a aclarar que la señora *E.M.M.R.* se encuentra activa como beneficiaria del régimen contributivo en salud y certificó que estaba afiliada a la Nueva EPS.¹⁷

Decisiones de tutela

19. Sentencia de primera instancia. El Juzgado 16 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bucaramanga, mediante sentencia de 3 de enero de 2022, resolvió: (i) negar la acción de tutela, (ii) ordenar a la Defensoría del Pueblo que, en el término de 5 días siguientes a la notificación de la providencia, realice el asesoramiento y acompañamiento necesario a la señora *E.M.M.R.*, en el trámite penal y policivo que se deba adelantar en contra de su

¹⁵ Ibid., pp. 23 y 24.

¹⁶ Expediente T-8.665.880: “10. RESPUESTA Y ANEXOS MINISTERIO DEL TRABAJO.pdf”.

¹⁷ Expediente T-8.665.880: “05. RESPUESTA Y ANEXOS NUEVA EPS.pdf”.

agresor, y (iii) compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación que abra de manera inmediata indagación por los hechos de violencia sufridos por la accionante.¹⁸

20. El *a quo* estimó que a la accionante le fue terminado su contrato laboral dado que no desarrollaba a cabalidad las tareas propias de su cargo. Resaltó que la accionada no tuvo conocimiento del estado de embarazo de la señora *E.M.M.R.* al momento de la terminación de su contrato pues no era posible intuir su estado de embarazo dada su contextura por razones metabólicas. Así, para el Juzgado no existe prueba que permita colegir que el despido se dio como consecuencia de la gestación. En sustento de ello, consideró que: (i) la misma accionante admitió no sospechar de su embarazo; (ii) la trabajadora no puso en conocimiento del empleador su estado de embarazo para la fecha en la que se realizó el examen de salud ocupacional, es decir, el 2 de noviembre de 2021; (iii) no obra prueba en el plenario para sostener que en el precitado examen se le haya requerido practicarse una prueba de embarazo ni que la misma haya resultado positiva; (iv) con independencia de que la terminación del contrato se hubiera producido a finales de octubre o una vez se practicó los exámenes médicos el 2 de noviembre de 2021, la accionante solo tuvo conocimiento de la gestación hasta el 11 de diciembre de dicho año y, (v) de acuerdo con la Sentencia SU-070 de 2013 la garantía del derecho a la estabilidad laboral reforzada producto del estatus de sujeto de especial protección constitucional del que goza la accionante está supeditada a que su empleador haya conocido de su embarazo antes de la terminación del contrato laboral.

21. Impugnación. El agente oficioso impugnó la anterior decisión dentro del término legal. Para ello alegó que el juez de primera instancia no valoró debidamente los hechos, pues, a su juicio, omitió valorar la jurisprudencia relativa al periodo de prueba y los derechos del niño en gestación. Argumentó que el periodo de prueba del extremo accionado no se ajusta a la normativa vigente, la cual exige que este conste por escrito. Igualmente, resaltó que el empleador decidió terminar su contrato como consecuencia de haberse enterado de su estado de gravidez.¹⁹

22. Sentencia de segunda instancia. El Juzgado Segundo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga, mediante sentencia de 11 de febrero de 2022, confirmó el fallo de primera instancia.

23. De un lado, resaltó que no puede entenderse que el periodo de prueba en cuestión en efecto haya existido, pues no existe prueba de que dicho acuerdo haya sido alcanzado con las debidas solemnidades exigidas por la norma. A pesar de esto, determinó que ese hecho no afectaba la solución del caso concreto, pues los derechos que surgen en función de la existencia o no del periodo de prueba son

¹⁸ Expediente T-8.665.880: “2.2. 2021-00156-FALLO TUTELA (estabilidad laboral embarazo).pdf”, pp. 10 a 12.

¹⁹ Expediente T-8.665.880: “2.5. APELACION E.M.M.R..pdf”.

propios de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y no de la jurisdicción constitucional.

24. De otro, manifestó que no se había probado que el empleador tuviera conocimiento o podía haber inferido que la accionante se encontraba en estado de gestación. Puesto que ni la misma señora *E.M.M.R.* sabía que estaba embarazada.

25. Adicionalmente, el juez de segunda instancia concluyó que al estar activa como afiliada en calidad de beneficiaria del régimen contributivo en salud, no era posible afirmar que se había producido una afectación a sus derechos a la salud y la seguridad social.²⁰

II. CONSIDERACIONES

26. La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional es competente para conocer de los fallos materia de revisión de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y el Auto de 29 de abril de 2022.²¹

A. Procedencia de la acción de tutela

27. Según lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, son requisitos para la procedencia o estudio de fondo de una acción de tutela: *(i)* la legitimación en la causa por activa y por pasiva, *(ii)* la inmediatez, y *(iii)* la subsidiariedad. En consecuencia, le corresponde a la Sala valorar la acreditación de estos requisitos y, en caso de que se supere dicho análisis, definir y resolver los problemas jurídicos que se formulen.

Legitimación en la causa

28. *Por activa.* El artículo 86 de la Constitución dispone que toda persona tendría acción de tutela para reclamar ante los jueces, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales. De igual forma, el inciso 1 del artículo 10 del Decreto Ley 2591 de 1991 establece que la acción de tutela podría ser ejercida por cualquier persona vulnerada o amenazada en sus derechos, y que podría actuar por sí misma o por intermedio de un representante.

²⁰ Expediente T-8.665.880: “Tutela 2da 2021-00156-02 fuero de maternidad, estabilidad laboral reforzada, periodo de prueba, confirma negativa del amparo.pdf”, p. 13.

²¹ Mediante Auto de 29 de abril de 2022, notificado el 13 de mayo del mismo año, la Sala Cuarta de Selección de Tutelas, integrada por las magistradas Natalia Ángel Cabo y Paola Andrea Meneses Mosquera, seleccionó el presente caso por considerar que en él se pudo presentar el desconocimiento de un precedente de la Corte Constitucional, como criterio objetivo de selección, y que existía la urgencia de proteger un derecho fundamental, como criterio subjetivo de selección, establecidos ambos en el artículo 52 del Acuerdo 02 de 2015, Reglamento Interno de la Corte Constitucional.

29. En el marco del presente proceso, pese a que *J.P.N.* se presenta como abogado, presenta la demanda de tutela con el membrete de su oficina y se identifica con el número de su tarjeta profesional, indicó que actuaba como agente oficioso de *E.M.M.R.* por cuanto se encontraba en un embarazo de alto riesgo y por lo tanto no podía acudir directamente a la acción de tutela. En este caso, se constata que al tiempo de interposición de la acción de tutela, la accionante: (i) tenía 34 años,²² (ii) como se ha dicho, presentaba un embarazo de cuidado, (iii) sufría (y sufre) de una patología metabólica que le hace ser obesa, (iv) había desarrollado diabetes gestacional, hipertensión, preclamsia, entre otras enfermedades y, (v) había sido objeto de agresiones físicas y verbales por parte de su pareja y padre del hijo en gestación.²³

30. En relación con las tutelas que se presentan por intermedio de abogado, es menester reiterar la Sentencia SU-055 de 2015. En esta oportunidad, la Corte declaró improcedente el amparo deprecado por cuanto no medio poder por parte de quien invocó ser apoderado del titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados. En esa sentencia de unificación el pleno precisó que:

“La tutela es un medio de defensa judicial de derechos fundamentales, que toda persona puede instaurar “por sí misma o por quien actúe a su nombre” (CP art. 86). No es necesario que el titular de los derechos interponga directamente el amparo, pues un tercero puede hacerlo a su nombre. El tercero debe sin embargo tener una de las siguientes calidades: (i) representante del titular de los derechos, (ii) agente oficioso o (iii) Defensor del Pueblo o personero municipal. Representante puede ser, por una parte, el representante legal (cuando el titular de los derechos sea menor de edad, incapaz absoluto, interdicto o persona jurídica), y por otra el apoderado judicial (en los demás casos). Ahora bien, para ser apoderado judicial, la persona debe ser abogado titulado y a la acción debe anexar poder especial para el caso o en su defecto el poder general respectivo. (ii) Como agente oficioso puede obrar un tercero “cuando el titular de los [derechos] no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra deberá manifestarse en la solicitud” (Dcto 2591 de 1991 art. 10). (iii) El Defensor del Pueblo y los personeros municipales pueden instaurar la tutela conforme a la ley y la jurisprudencia a nombre de quien se los solicite o esté indefenso.”

31. Con fundamento en las anteriores circunstancias, la Sala estima que si bien en el caso concreto lo pertinente era otorgar poder especial al abogado,²⁴ esta carga le correspondía advertirla al profesional del derecho y no a la accionante. En ese orden, las consecuencias negativas de dicha falta de técnica no deberían imputársele a la accionante. Por ello, y en tanto y en cuanto que la acción de tutela está investida de cierta informalidad, resulta plausible tener como válida la agencia oficiosa.

²² Expediente T-8.665.880: “02. ESCRITO TUTELA Y ANEXOS.pdf”, p. 5.

²³ Supra 9.

²⁴ En reiterada jurisprudencia la Corte ha indicado que quien en materia de tutela actúa en virtud de un mandato judicial debe acreditar que es abogado titulado en ejercicio y que le ha sido otorgado un poder especial para incoar la acción. De lo contrario, el juez de conocimiento deberá rechazarla o, en el evento en que ya se hubiere iniciado la actuación, denegarla. Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-207 de 1997, T-526 de 1998, T-695 de 1998, T-002 de 2001, T-1019 de 2001, T-1020 de 2003, T-451 de 2006, T-124 de 2012 y SU-055 de 2015, entre otras.

32. En hilo con lo anterior, la figura de la agencia oficiosa fue reseñada en la Sentencia SU-055 de 2015 antes mencionada. En esa oportunidad, la Corte consideró que para que se configure la agencia oficiosa, es necesario: “(i) que el titular de los derechos no esté en condiciones de defenderlos y, (ii) que en la tutela se manifieste esa circunstancia. En cuanto a esta última exigencia, su cumplimiento sólo se puede verificar en presencia de personas en estado de vulnerabilidad extrema, en circunstancias de debilidad manifiesta o de especial sujeción constitucional. La agencia oficiosa en tutela se ha admitido entonces en casos en los cuales los titulares de los derechos son menores de edad; personas de la tercera edad; personas amenazadas ilegítimamente en su vida o integridad personal; individuos en condiciones relevantes de discapacidad física, psíquica o sensorial; personas pertenecientes a determinadas minorías étnicas y culturales.”

33. Así, de cara a las sub reglas de la Sentencia SU-055 de 2015 se evidencia que se puso de presente que la señora *E.M.M.R.* no estaba en condiciones para defender, por sí misma, sus derechos fundamentales, esencialmente, porque al tiempo de presentación de la acción concurrían en ella un conjunto de circunstancias que le impedían defenderse.

34. Adicionalmente, es menester resaltar que la acción de tutela de acuerdo con la constitución y en la ley puede ser interpuesta por cualquier persona sin la necesidad de contratar a un abogado. En el inciso primero del artículo 10 del decreto 2591 de 1991 se señala que *“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos”*.

35. *Por pasiva.* El inciso final del artículo 86 de la Constitución previó que *“La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”*. El numeral 4 del artículo 42 del Decreto Ley 2591 de 1991 dispone, a su vez, que *“La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos: // 4. Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controla efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivó la acción, siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización.”*

36. En varias ocasiones, la Corte Constitucional se ha ocupado de revisar el contenido de las nociones de subordinación y de indefensión. Mientras la primera se configura normativamente, la segunda se estructura de facto. En la Sentencia T-516 de 2020, esta Corporación recordó, con base en las sentencias T-290 de 1993, T-210 de 1994, T-172 de 1999, T-1015 de 2004 y T-391 de 2018, entre muchas otras, que *“(…) la subordinación alude a la existencia de una relación jurídica de dependencia, como ocurre, por ejemplo, con los trabajadores respecto de sus*

*patronos, o con los estudiantes frente a sus profesores o ante los directivos del establecimiento al que pertenecen; en tanto que la indefensión, si bien hace referencia a una relación que también implica la dependencia de una persona respecto de otra, ella no tiene su origen en la obligatoriedad derivada de un orden jurídico o social determinado sino en situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada en su derecho carece de defensa, entendida ésta como posibilidad de respuesta efectiva ante la violación o amenaza de que se trate.”*²⁵ (Énfasis propio). En la primera de dichas sentencias,²⁶ la Corte aclaró que la subordinación tiene lugar cuando la persona que acciona se encuentra sujeta a otra o es dependiente de ella dada la existencia de una relación de jerarquía que supone, por ejemplo, en el caso de las relaciones de trabajo, la obligación de cumplir órdenes.²⁷

37. En este caso, es notorio que existió un vínculo laboral entre la señora *E.M.M.R.* y el *Hotel*, sin perjuicio de que en sede de tutela no sea clara la fecha de su finalización. Por ello, revisados los requisitos recién descritos, la Sala Segunda de Revisión considera que el requisito de legitimación en la causa por pasiva se encuentra acreditado pues la accionante hizo uso de la acción de tutela en contra de la empresa con la que sostenía una relación laboral y en virtud de la cual se encontraba subordinada bajo *ius variandi*. Y, para solicitar la protección de derechos que, alega, fueron vulnerados por dicha empresa, y quien tiene, por ese motivo, aptitud para ser accionada.²⁸

38. Empero lo anterior, no puede sostenerse lo mismo frente al Ministerio del Trabajo y la Nueva EPS, quienes no debieron ser vinculadas toda vez que no desplegaron ninguna acción u omisión en la decisión de terminación de la relación laboral.

Inmediatez

39. Con fundamento en el artículo 86 de Constitución, la acción de tutela puede ser presentada en “*todo momento y lugar*”. No obstante, la Corte aclaró, en la Sentencia SU-391 de 2016, que la tutela “(...) *debe presentarse en un término razonable* [después del acaecimiento del hecho vulnerador], y (...) *que no existen*

²⁵ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-290 de 1993.

²⁶ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-516 de 2020.

²⁷ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-1015 de 2004: “(...) la situación de indefensión es una circunstancia empírica, no normativa, que coloca a la persona en la imposibilidad real de ejercer sus derechos fundamentales por motivos ajenos a su voluntad. Pese a que, in abstracto el ordenamiento jurídico dispone de medios de defensa judicial para la protección de los derechos e intereses, en la práctica, diversos factores de hecho, entre ellos la inacción de las autoridades públicas, pueden dar lugar a la desprotección y consecuente indefensión de una persona frente al poder o a la supremacía de otro particular.”

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-362 de 1995: “En efecto, en la relación laboral, el trabajador se encuentra en una situación de dependencia jurídica frente al empleador. Una de las manifestaciones más importantes de dicha subordinación es el poder directivo que el ordenamiento laboral le atribuye al empleador, el cual incluye el *ius variandi*. El empleador está facultado por el derecho laboral para ordenar las condiciones de trabajo, dirigir y vigilar su ejecución. En principio, las órdenes o directrices que imparta el empleador y que se encuentren dentro de los términos del contrato laboral, deben ser entendidas como manifestaciones legítimas del poder de dirección propias del empresario o empleador y en esa medida vinculan al trabajador.”

reglas estrictas e inflexibles para la determinación de la razonabilidad del plazo, sino que es al juez de tutela a quien le corresponde evaluar, a la luz de las circunstancias de cada caso concreto”, que estas condiciones se efectúen para poder tener por cumplido el requisito de inmediatez en la presentación de la acción.²⁹

40. En este caso, la acción de tutela fue interpuesta el 21 de diciembre de 2021³⁰ y la terminación del vínculo laboral al parecer ocurrió entre el 30 de octubre y 2 de noviembre de 2021. En todo caso, si se consideran ambas fechas, se tiene, incluso de cara a la más antigua, que la acción de tutela fue interpuesta en un plazo razonable. Esto es, no más de 1 mes y 22 días. Por lo anterior, la Sala considera que el requisito de inmediatez se satisface en el caso concreto.

Subsidiariedad

41. En el inciso 1 del artículo 86 de la Constitución, el constituyente dispuso que toda persona tendría acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección de sus derechos constitucionales fundamentales. En el inciso 3 del mismo artículo estableció que *“Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”* Por su parte, en el numeral 1 del artículo 6 del Decreto Ley 2591 de 1991, se aclara que *“La acción de tutela no procederá: // 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla (sic) se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”*

42. En jurisprudencia reiterada, incluyendo, entre otras, las sentencias T-238 de 2015, T-400 de 2015 y T-694 de 2016, la Corte Constitucional ha estimado que la acción de tutela no es procedente, en principio, para resolver controversias entre trabajadores y empleadores, y solicitar, por ejemplo, el reintegro al trabajo o el pago de acreencias laborales. Empero, en la Sentencia SU-075 de 2018, esta Corte introdujo una subregla especial de procedencia para las mujeres que solicitan el amparo del derecho a la estabilidad laboral reforzada, de forma que, en bajo los supuestos de gestación o lactancia, *“(…) la acción de tutela pierde su carácter subsidiario y se convierte en el mecanismo de protección preferente.”*³¹ Ello, por cuanto *“(…) si bien en la jurisdicción ordinaria existe un mecanismo para resolver las pretensiones de reintegro, este no tiene un carácter sumario para restablecer los derechos de sujetos de especial protección constitucional que, amparados por la estabilidad laboral reforzada, requieren una medida urgente de protección y un remedio integral.”*³²

43. En el marco de lo anterior, y en tanto que el caso *sub lite* se ajusta a la regla especial de procedencia establecida en la sentencia de unificación SU-075 de 2018,

²⁹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-391 de 2016.

³⁰ Supra 10.

³¹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-075 de 2018.

³² Ibid.

la Sala Segunda de Revisión constata que la presente tutela supera el análisis de subsidiariedad. En consecuencia, le corresponde definir el problema jurídico y establecer el esquema de solución para luego abordar el estudio de mérito.

B. Planteamiento del problema jurídico y metodología de decisión

44. De acuerdo con los supuestos fácticos descritos en el acápite de antecedentes y por tratarse de un asunto que, en principio, involucra la reiteración del precedente jurisprudencial sobre estabilidad laboral de mujer embarazada,³³ la presente decisión será motivada de manera breve.³⁴ En este marco, la Sala Segunda de Revisión resolverá el siguiente problema jurídico. ¿El *Hotel* al terminar el vínculo laboral de *E.M.M.R.* sin acudir al Ministerio de Trabajo para solicitar su desvinculación desconoció la garantía de estabilidad laboral reforzada de mujer gestante?

45. Para dar solución a la anterior cuestión, la Corte seguirá la siguiente metodología: (i) revisará las reglas constitucionales y legales en las que se establece la protección de la persona embarazada, (ii) presentará las reglas jurisprudenciales establecidas para otorgar la protección al derecho a la estabilidad laboral reforzada de las personas embarazadas teniendo en cuenta la evolución que, en torno a la materia, tuvo lugar en la Sentencia SU-070 de 2013 y la Sentencia SU-075 de 2018, (iii) se referirá a las características legales del período de prueba, entre otras instituciones laborales relevantes para el caso, y (iv) resolverá el caso concreto.

(i) Protección constitucional y legal de la mujer embarazada

46. El artículo 13 de la Constitución establece el derecho a la igualdad y en su inciso 1 dispone que todas las personas habrán de recibir la misma protección y trato de las autoridades. En el inciso 2 del mismo artículo el constituyente previó que “*El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.*” En el inciso 3, a su vez, el Estado asumió la obligación de proteger, de forma especial, a las personas que se encuentren en debilidad manifiesta, así como de sancionar los abusos o maltratos que ocurran en su contra.

47. Entre otros, en el artículo 43 de la Constitución se desarrollan las anteriores provisiones en el sentido de que “*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 este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.*” Adicionalmente, en el artículo se previó que el Estado apoyaría especialmente a la mujer cabeza de familia.

³³ Cfr. Corte Constitucional, sentencias SU-070 de 2013 y SU-075 de 2018.

³⁴ Decreto 2591 de 1991, artículo 35. “Decisiones de revisión. Las decisiones de revisión que revoquen o modifiquen el fallo, unifiquen la jurisprudencia constitucional o aclaren el alcance general de las normas constitucionales deberán ser motivadas. Las demás podrán ser brevemente justificadas.” (Subraya fuera de texto).

48. En el ámbito laboral y de la seguridad social, el artículo 53 de la Constitución encomendó al Congreso la expedición del estatuto de trabajo, que habría de regirse por una serie de principios, incluyendo: (i) la igualdad de oportunidades para los trabajadores, (ii) la estabilidad en el empleo, (iii) la primacía de la realidad sobre las formalidades que establezcan los sujetos de las relaciones laborales, (iv) la garantía a la seguridad social, y (v) la protección especial a la mujer y a la maternidad.

49. A nivel legal, el Código Sustantivo del Trabajo (CST) establece un conjunto garantías en favor de la mujer gestante y lactante. Es así como en los numerales 1 y 2 del artículo 241A de ese Código, adicionado por el artículo 3 de la Ley 2114 de 2021, el legislador previó que la exigencia de la práctica de pruebas de embarazo se encuentra prohibida “(...) como requisito obligatorio para el acceso o permanencia en cualquier actividad laboral.” De esta forma, en el numeral 1 del artículo indicado se fijó que la prueba de embarazo solo podría ser solicitada si el trabajo a desempeñar implicaba riesgos reales o potenciales que pudieran afectar el curso del embarazo.

50. A su turno, en el inciso 2 del numeral 1 del artículo 241A del CST, se establece una presunción *iuris tantum*³⁵ en el sentido de que cualquier exigencia de practicarse una prueba de embarazo para acceder o permanecer en cualquier actividad laboral tiene carácter discriminatorio. Aunque dicha presunción admite prueba en contrario, el mismo inciso dispone que se invertirá la carga de la prueba a favor de la mujer y que el empleador o contratante deberá “(...) desvirtuar la conducta discriminatoria y demostrar que existen riesgos reales o potenciales que puedan incidir negativamente en el desarrollo normal del embarazo.” Luego, en el numeral 2 del artículo 241A, la ley sustancial extendió la protección contra la discriminación a las entrevistas de trabajo: “La realización de preguntas relacionadas con planes y (sic) reproductivos queda prohibida en las entrevistas laborales y se presumirá como una práctica discriminatoria.”

51. Además de estos ejemplos sobre regulación específica en contra de la discriminación de las mujeres embarazadas, en otras partes de la legislación laboral se incluyeron otras garantías relacionadas con las licencias laborales y la protección contra el despido. Así, el numeral 11 del artículo 57 del CST, adicionado por el artículo 3 de la Ley 1468 de 2011, estableció que era una obligación especial de los empleadores “Conceder en forma oportuna a la trabajadora en estado de embarazo, la licencia remunerada consagrada en el numeral 1 del artículo 236, de forma tal que empiece a disfrutarla de manera obligatoria una (1) semana antes o

³⁵ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-731 de 2005. “Las presunciones en el ámbito jurídico son de dos tipos: las presunciones legales y las presunciones simples o judiciales también llamadas presunciones de hombre. Dentro de las presunciones legales, se distinguen las presunciones *iuris tantum* - que admiten prueba en contrario - y las presunciones *iuris et de iure* - que no admiten prueba en contrario. En este orden de cosas, el artículo 176 del Código de Procedimiento Civil establece que “las presunciones establecidas por la ley serán procedentes, siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados. El hecho se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice.”

dos (2) semanas antes de la fecha probable del parto, según decisión de la futura madre conforme al certificado médico a que se refiere el numeral 3 del citado artículo 236. // Parágrafo. Las EPS tendrán la obligación de prestar la asesoría psicológica a la familia.”

52. En el artículo 236 del Código, sobre la licencia en la época de parto y los incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido, se dispuso, entre otras cosas, que *“1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia. // 2. Si se tratare de un salario que no sea fijo como en el caso del trabajo a destajo o por tarea, se tomará en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo si fuese menor. // 6. // Parágrafo 2º. El padre tendrá derecho a dos semanas de licencia remunerada de paternidad.”*

53. El Código reguló también el escenario del descanso remunerado en caso de aborto en su artículo 237, de forma que *“1o) La trabajadora que en el curso del embarazo sufra un aborto o un parto prematuro no viable, tiene derecho a una licencia de dos a cuatro semanas, remuneradas con el salario que devengaba en el momento de iniciarse el descanso. (...).”*

54. Hecho el anterior recuento constitucional y legal, la Sala se adentrará en la revisión de las reglas jurisprudenciales establecidas de forma más reciente con respecto a la protección del derecho a la estabilidad laboral.

(ii) Reglas de estabilidad laboral reforzada de personas embarazadas en contratos laborales: de la Sentencia SU-070 de 2013 a la Sentencia SU-075 de 2018. Reiteración de jurisprudencia

55. Tras forjarse una nutrida jurisprudencia sobre el fuero de maternidad, en la Sentencia SU-070 de 2013, la Sala Plena de la Corte Constitucional unificó las reglas jurisprudenciales aplicables al derecho a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres gestantes y lactantes. En esa ocasión, esta Corporación estimó que la protección reforzada en el ámbito del trabajo procedía cuando concurrían dos supuestos: que esté en vigencia algún tipo de vinculación y que la persona se encuentre en estado de embarazo o dentro de los 3 meses siguientes al parto. Sin embargo, el alcance de esta protección dependerá de si el embarazo era o no *conocido* por el empleador.

56. En la sentencia en cita, el *conocimiento* de la gestación por parte del empleador activa la protección, *“(...) pues se asume que el despido se basó en el embarazo y por ende en un factor de discriminación en razón del sexo.”*³⁶ En la Sentencia SU-070 de 2013, la Corte también especificó las diversas formas en las que se puede entender que el empleador era consciente del estado de embarazo de

³⁶ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-070 de 2013.

su empleada. Ello puede ocurrir: (i) cuando la persona directamente le informa a su empleador que se encuentra embarazada, (ii) por tratarse de un hecho notorio o porque el empleador se entere de esa circunstancia por conducto de un tercero, o (iii) si puede concluirse “(...) *que el empleador tenía conocimiento del embarazo, cuando las circunstancias que rodearon el despido y las conductas asumidas por el empleador permiten deducirlo.*”³⁷ En todo caso, en esa sentencia de unificación la Corte también estimó que estos mecanismos no eran taxativos. Por lo cual, es tarea de los jueces analizar cada caso para determinar si puede estimarse que, aunque no se había producido la notificación formal de dicho estado, que el empleador sí conocía del embarazo con anterioridad al despido o no.

57. En lo que tiene que ver con el segundo factor, es decir, el *tipo de vinculación* en que se encuentre la persona embarazada, la Corte sostuvo, haciendo referencia a la Sentencia T-145 de 2007, que la protección de la estabilidad en el trabajo por efecto del fuero de maternidad consistía en garantizarle, de forma efectiva, el derecho a trabajar. En términos generales, entonces, será necesario que el empleador demuestre que media una justa causa, así como adjuntar el permiso correspondiente de la autoridad administrativa competente para poder desvincular del trabajo a una madre gestante. Con base en esta premisa, la Sala Plena se dedicó, en la Sentencia SU-070 de 2013, a analizar el grado de protección del que sería acreedora la trabajadora dependiendo del tipo de vinculación laboral en el que se encuentre, según si se trata de un contrato a término indefinido, a término fijo, un contrato por obra o labor, o de prestación de servicios, o se encuentre vinculada a una cooperativa de trabajo o a una empresa de servicios temporales.

58. Posteriormente, al identificarse que “*El precedente vigente hasta este momento ha desdibujado el fundamento de las acciones afirmativas previstas para las mujeres en el espacio laboral, ya que parte de supuestos en los cuales no existe discriminación fundada en el ejercicio de su rol reproductivo. De esta manera, se desplaza una protección que, de conformidad con el artículo 43 de la Constitución se encuentra a cargo del Estado, para imponer dicha carga económica al empleador y, por consiguiente, generar una mayor discriminación para las mujeres en el ámbito del trabajo, dado que se incrementan los eventuales costos que se derivan de la contratación de mujeres. En todo caso, resulta pertinente aclarar que cuando el empleador conoce del estado de embarazo de la mujer gestante, tiene prohibido desvincular a dicha trabajadora sin la respectiva autorización del Inspector del Trabajo, aún cuando medie una justa causa*”, en la Sentencia SU-075 de 2018, la Corte ajustó su precedente y fijó una nueva regla según la cual “(...) *el empleador no debe asumir el pago de cotizaciones a la seguridad social ni el pago de la licencia de maternidad cuando desvincula a la trabajadora sin conocer su estado de embarazo (...)*” y que “*Corresponde al Estado asumir la protección de las mujeres gestantes cuando se encuentren desamparadas o desempleadas, al tenor del artículo 43 Superior.*”³⁸

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid.

59. En esta oportunidad, la Sala Plena decantó las siguientes subreglas: “(i) Cuando el empleador conoce del estado de gestación de la trabajadora, se mantiene la regla prevista en la Sentencia SU-070 de 2013. Por consiguiente, se debe aplicar la protección derivada del fuero de maternidad y lactancia, 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. (ii) Cuando existe duda acerca de si el empleador conoce el estado de gestación de la trabajadora, opera la presunción de despido por razón del embarazo consagrada en el numeral 2 del artículo 239 del CST. No obstante, en todo caso se debe garantizar adecuadamente el derecho de defensa del empleador, pues no hay lugar a responsabilidad objetiva. (iii) Cuando el empleador no conoce el estado de gestación de la trabajadora, con independencia de que se haya aducido una justa causa, no hay lugar a la protección derivada de la estabilidad laboral reforzada. Por consiguiente, no se podrá ordenar al empleador que sufrague las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social durante el periodo de gestación, ni que reintegre a la trabajadora desvinculada ni que pague la licencia de maternidad.”³⁹

60. En el primer caso, la Corte confirmó que debía mantenerse la regla prevista en la Sentencia SU-070 de 2013, de acuerdo con la cual “(...) se debe aplicar la protección derivada del fuero de maternidad y lactancia, consistente en la ineficacia del despido y el consecuente reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de percibir.”⁴⁰ Es decir, debe observarse la protección establecida en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, que fue modificado por la Ley 1822 de 2017 y la Ley 2141 de 2021, en el que se lee, en sus apartes relevantes, lo siguiente:

“Prohibición de despido. // 1. Ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia sin la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa. // 2. Se presume el despido efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando este haya tenido lugar dentro del período de embarazo y/o dentro de las dieciocho (18) semanas posteriores al parto. // 3. Las trabajadoras de que trata el numeral uno (1) de este artículo, que sean despedidas sin autorización de las autoridades competentes, tendrán derecho al pago adicional de una indemnización igual a 60 días de trabajo, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con su contrato de trabajo⁴¹.

61. De igual forma, respecto a la obtención del permiso correspondiente de la autoridad administrativa competente, los numerales 1 y 2 del artículo 240 del mismo Código Sustantivo disponen:

“Permiso para despedir. // 1) Para poder despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o a las dieciocho (18) semanas posteriores al parto, el empleador necesita la autorización del Inspector del Trabajo, o del Alcalde Municipal (sic) en los lugares en

³⁹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-075 de 2018.

⁴⁰ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-070 de 2013.

⁴¹ Código Sustantivo del Trabajo, artículo 239.

donde no existiere aquel funcionario. (...) // 2) El permiso de que trata este artículo sólo (sic) puede concederse con fundamento en alguna de las causas que tiene el patrono 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.”

62. Así mismo, el artículo 241 del CST sobre la nulidad del despido establece que *“1) El patrono está obligado a conservar el puesto a la trabajadora que esté disfrutando de los descansos remunerados de que trata este capítulo, o de licencia por enfermedad motivada por el embarazo o parto. // 2) No producirá efecto alguno el despido que el patrono comunique a la trabajadora en tales períodos, o en tal forma que, al hacer uso del preaviso, este expire durante los descansos o licencias mencionadas.”*

63. Ahora bien, en el segundo caso, cuando existe duda de si el empleador conocía del estado de embarazo de la trabajadora, se presume que sí tenía conocimiento de este hecho de acuerdo con el numeral 2 del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo que se citó hace unos párrafos, si el despido tiene lugar mientras la persona está embarazada o durante los 18 meses posteriores al parto. Al respecto, en la Sentencia SU-075 de 2018, la Corte estimó que, en todo caso, *“(...) se debe garantizar adecuadamente el derecho de defensa del empleador, pues no hay lugar a responsabilidad objetiva.”*⁴²

64. Por último, en el tercer caso, cuando el empleador no conoce del estado de gestación de la trabajadora, incluso si se ha alegado una justa causa (al respecto de cuya configuración deberá acudir al juez ordinario laboral), no hay lugar a la protección que se deriva de la estabilidad laboral reforzada, por lo que *“(...) no se podrá ordenar al empleador que sufrague las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social durante el periodo de gestación, ni que reintegre a la trabajadora desvinculada ni que pague la licencia de maternidad. Sin perjuicio de lo anterior, con el monto correspondiente a su liquidación, la trabajadora podrá realizar las cotizaciones respectivas, de manera independiente, hasta obtener su derecho a la licencia de maternidad. Así mismo, podrá contar con la protección derivada del subsidio alimentario que otorga el ICBF a las mujeres gestantes y lactantes y afiliarse al Régimen Subsidiado en salud.”*

(iii) Protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada de mujeres embarazadas. Requisitos del pacto del período de prueba. Condiciones de los contratos verbales a término indefinido

65. El pacto de los períodos de prueba en el ámbito de laboral, su propósito y condiciones, han sido estudiados en varias ocasiones por la jurisprudencia constitucional. En este caso, como se indicó en el acápite dedicado al recuento de los hechos del caso, el extremo accionado, el *Hotel*, indicó que la señora *E.M.M.R.*

⁴² Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-075 de 2018.

se encontraba en período de prueba en el marco de un contrato a término indefinido cuando fue despedida de su cargo de auxiliar de cocina.⁴³ Por este motivo, la Sala revisará (a) cuándo se entiende que hay un contrato de trabajo a término indefinido de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo, (b) los requisitos legales necesarios para el pacto válido de un período de prueba, y (c) se referirá a la protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada en el contexto de los períodos de prueba.

(a) Contrato de trabajo a término indefinido

66. En el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo se definió que el contrato de trabajo “(...) *es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración*”.⁴⁴ En el numeral 1 del artículo 23 del mismo Código, modificado por la Ley 50 de 1990, se identificaron como elementos esenciales del contrato de trabajo (i) la prestación de un servicio personal por parte de la persona trabajadora, es decir, que sea ella misma quien lo realice, (ii) la existencia de una relación de subordinación o dependencia de quien trabaja respecto de quien emplea, “(...) *que faculta a éste (sic) para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato*”, y (iii) un salario como retribución del servicio. Al respecto, en el numeral 2 del mismo artículo 23 se clarifica que cuando se reúnen los tres elementos recién indicados, se entiende que existe un contrato de trabajo, y ello no deja de ser así “(...) *por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen*.”⁴⁵ Finalmente, en el artículo 24 del Código Sustantivo, modificado por el artículo 2 de la Ley 50 de 1990, se estableció una presunción en el sentido de que se entiende que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

67. En el artículo 45 del Código del Trabajo, cuya formulación se estableció que el contrato de trabajo “(...) *puede celebrarse por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada, por tiempo indefinido o para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio*.”⁴⁶ En el numeral 1 del artículo 47 del mismo Código Sustantivo, subrogado por el artículo 5

⁴³ Expediente T-8.665.880: “06. RESPUESTA Y ANEXOS HOTEL.pdf, p. 5. Allí se lee: “Se informa a su despacho que la causal de finalización del contrato de trabajo obedece a razones de desempeño según concepto del jefe inmediato, toda vez que la señora no cumplió con los requisitos esenciales del cargo principalmente por su rendimiento en el área de cocina cuya consecuencia fue la no superación del período de prueba que por tratarse de un contrato a término indefinido bajo la modalidad de tiempo parcial (...).” (énfasis propio)

⁴⁴ La expresión con subrayas fue declarada exequible, por los cargos analizados, en la Sentencia C-397 de 2006.

⁴⁵ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-397 de 2006. La Sala de Revisión nota que la enunciación de que los elementos necesarios para el perfeccionamiento del contrato de trabajo son tres fue declarada exequible, por los cargos analizados, en la Sentencia C-397 de 2006 antes mencionada.

⁴⁶ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-016 de 1998. La Sala nota que la expresión “por tiempo determinado” fue declarada exequible mediante la Sentencia C-016 de 1998, y que la expresión “por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada” fue demandada en el expediente D-11412, pero la Corte se declaró inhibida para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la disposición acusada, dada la ineptitud sustantiva de la demanda.

del Decreto 2351 de 1965, sobre la duración indefinida del contrato, se dispuso que *“El contrato de trabajo no estipulado a término fijo o cuya duración no esté determinada por la de la obra o la naturaleza de la labor contratada, o no se refiera a un trabajo ocasional o transitorio, será contrato a término indefinido.”*⁴⁷

(b) Requisitos del período de prueba

68. Por su parte, en el artículo 76 del Código Sustantivo del Trabajo se determinó que el período de prueba *“(…) es la etapa inicial del contrato de trabajo que tiene por objeto, por parte del patrono, apreciar las aptitudes del trabajador, y por parte de éste (sic), la conveniencia de las condiciones de trabajo.”* De forma complementaria, el numeral 1 del artículo 77 del mismo Código estableció que *“El período de prueba debe ser estipulado por escrito, y en caso contrario los servicios se entienden regulados por las normas generales del contrato de trabajo.”* En el artículo 78, modificado por el artículo 7 de la Ley 50 de 1990, se fija en 2 meses la duración máxima del período de prueba. Así mismo, el artículo 80 del Código, que fue modificado por el artículo 3 del Decreto 617 de 1954, prescribió, en el numeral 1, que el período de prueba *“(…) puede darse por terminado unilateralmente en cualquier momento, sin previo aviso”*, y, en el numeral 2, que los trabajadores que se encuentran en período de prueba gozan de todas las prestaciones sociales.

69. En suma, el periodo de prueba es solemne ya sea que se aplique a un contrato verbal o escrito. De no pactarse por escrito dicho acuerdo no tiene validez, de manera que, si el empleador llegara a despedir al trabajador dentro del supuesto periodo de prueba, se entiende que el trabajador ha sido despedido sin justa causa, a no ser que en realidad exista la justa causa.⁴⁸

70. Con base en estas disposiciones legales, la Sala Segunda de Revisión presentará algunos extractos de tres decisiones adoptadas con respecto al período de prueba y algunas cuestiones relacionadas, relevantes para el caso que ahora decide la Corte, y que incluyen, entre otras, la estabilidad en el trabajo.

(c) protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada en el contexto de los períodos de prueba

⁴⁷ Esta redacción fue declarada exequible por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia de 24 de mayo de 1967.

⁴⁸ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia CSJ SL2600-2018. “Aunque para el surgimiento a la vida jurídica del contrato de trabajo prima la consensualidad (se perfecciona con el simple consentimiento), al igual que para la validez de la generalidad de los acuerdos o pactos a los que lleguen los trabajadores y empleadores en el marco de la relación de trabajo, existen determinadas estipulaciones, ensambladas en el convenio laboral, para las cuales la ley impone el cumplimiento de una formalidad para su eficacia (actos ad solemnitatem), tal es el caso, por ejemplo, del pacto de duración a término fijo de los contratos de trabajo (art. 46 CST), el periodo de prueba (art. 77 CST) o el salario integral (art. 132 CST), los cuales por expreso mandato legal deben celebrarse por escrito. La desatención de esta formalidad legal, no implica, la inexistencia o ineficacia de la totalidad del contrato de trabajo, sino apenas de uno de los apéndices o cláusulas para los cuales la ley exige una específica forma. Así, la falta de una estipulación escrita sobre el término fijo, hace que el contrato laboral se entienda celebrado a tiempo indefinido (art. 45 CST); la ausencia de un acuerdo escrito en torno al periodo de prueba implica que los «servicios se entienden regulados por las normas generales del contrato de trabajo» (art. 77 CST) y la omisión de pacto escrito de salario integral hace que el salario acordado se gobierne por las reglas generales de la remuneración.” (Subrayas fuera de texto).

71. En la Sentencia T-978 de 2004, la Corte consideró el alcance del pacto del período de prueba como una excepción al principio constitucional de la estabilidad en el empleo. Al respecto, esta Corporación estimó que, aunque la terminación unilateral del contrato de trabajo durante el período de prueba no requiere de motivación, por lo que podría ser descrita como potestativa en su naturaleza, no faculta al empleador “(...) *para desconocer los derechos fundamentales del trabajador, en especial, para que fundamente el despido en un criterio discriminatorio inaceptable desde la perspectiva constitucional. (...) en contrario, debe fundarse, de acuerdo con las normas legales que regulan la materia, en la comprobación cierta de la falta de aptitudes suficientes por parte del trabajador para el desempeño de la labor encomendada*”, con el efecto de que al despido que tenga lugar durante la vigencia del período de prueba, “(...) *basado en un tratamiento discriminatorio injustificado, no podrá otorgársele los efectos jurídicos fijados en la legislación laboral para esta clase de actuaciones (...)*”, es decir, esencialmente, la terminación válida del vínculo contractual.⁴⁹

72. Los anteriores parámetros ya habían sido aplicados, particularmente, al caso de las personas amparadas por el fuero de maternidad que fueron despedidas mientras el contrato de trabajo se encontraba vigente, entre otras, en las sentencias T-902 de 2000 y T-161 de 2002, en las que se declaró que la estipulación de un período de prueba “(...) *dentro del contrato de trabajo era, en principio, inoponible frente a tal fuero, pues ello ocasionaría un resultado contrario al mandato de protección de los derechos fundamentales de la madre y del recién nacido*”⁵⁰ (subrayas fuera de texto).

73. En la Sentencia T-1097 de 2012, en la que la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional revisó ocho expedientes de tutela acumulados, reiteró que la aplicación del período de prueba no puede ser absoluta. Es decir, que su pacto no puede ser utilizado como justificación para que el empleador decida, arbitrariamente, la terminación del vínculo de trabajo sin consideración de los derechos del trabajador, la parte débil de la relación laboral. En este punto, la jurisprudencia se refiere a la protección que se predica respecto de sujetos de especial protección, pero se extiende, de forma general, para proteger a las personas contra la discriminación.

74. De esa forma, incluso en el periodo de prueba, el empleador debe tener en cuenta: (i) la igualdad de oportunidades para los trabajadores, (ii) la primacía de la realidad sobre las formas y (iii) la obligación del Estado de “*propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar*”, entre otras, se enlaza a las garantías que el sistema constitucional colombiano ha establecido en favor de las mujeres, la maternidad, los menores de edad y las personas con discapacidad, entre otros grupos e intereses.

⁴⁹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-978 de 2004.

⁵⁰ Ibid.

75. Luego, en la Sentencia T-1097 de 2012, se concluyó que “(...) *la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador durante la vigencia del periodo de prueba debe estar fundada en la comprobación objetiva de la falta de las competencias mínimas para el ejercicio de la labor por parte del trabajador, a fin de evitar decisiones arbitrarias contrarias (...)*” a los derechos de los trabajadores, y, en el caso particular de las mujeres gestantes, se decantó por la aplicación de un filtro de análisis que conlleve su protección reforzada, en línea con el espíritu que informa las reglas actuales en la materia, fijadas en la Sentencia SU-075 de 2018, como se explicó.⁵¹ Ello significaría, por ejemplo, exigir del empleador que obtenga la autorización del despido por parte de la autoridad administrativa competente.

76. Las reglas en contra de las decisiones de despido con fundamento en razones discriminatorias han sido reiteradas en jurisprudencia posterior, incluyendo la Sentencia C-028 de 2019, en la que se estudió una demanda de inconstitucionalidad en contra del numeral 2 del artículo 77 del Código Sustantivo del Trabajo, y se decidió que esta provisión, en la que se establecía que en el contrato de trabajo de los servidores domésticos se presumen como período de prueba los primeros 15 días de servicio, era inexecutable. En dicha Sentencia, la Sala Plena de la Corte sostuvo que el derecho a la estabilidad laboral reforzada se traducía en que el trabajador se mantuviera en el empleo de forma que, incluso si el empleador decidía despedirlo durante el período de prueba, tal decisión no pudiera basarse en razones discriminatorias pues, además de ser ineficaz la terminación del vínculo, sería contrario a las normas constitucionales que proscriben los tratos discriminatorios (artículo 43 superior) y el Convenio 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación) de 1958 de la Organización Internacional del Trabajo.⁵²

(iv) El *Hotel* no tenía conocimiento del estado de embarazo de la accionante al momento de terminar la relación laboral

77. En el expediente de la referencia, se tiene que la señora *E.M.M.R.* interpuso acción de tutela por conducto del agente oficioso, *J.P.N.*, en contra del *Hotel*, con el fin de buscar el amparo de sus derechos al trabajo, la seguridad social, el mínimo vital, la vida en condiciones dignas y la estabilidad laboral reforzada. Esto, por cuanto estima que su empleador terminó su vínculo laboral porque se encontraba embarazada. Por su parte, el *Hotel* accionado afirmó que el despido se produjo porque la señora *E.M.M.R.* “*No cumpl[ía] con los requisitos técnicos y operativos y de rendimiento para el cargo*” mientras se encontraba en período de prueba.⁵³ Empero, no se aportó el pacto por escrito del mencionado periodo de prueba. Así mismo, el empleador explicó que no pudo haber despedido a la señora *E.M.M.R.* por estar embarazada porque al tiempo de la terminación del contrato ni siquiera ella misma conocía de su estado de gestación.

⁵¹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-1097 de 2012.

⁵² Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-028 de 2019.

⁵³ Supra 4.

78. Revisadas las pruebas aportadas, las subreglas jurisprudenciales aplicables al fuero de maternidad dispuestas en las sentencias SU-070 de 2013 y SU-075 de 2018, la Sala Segunda de Revisión concluye que el *Hotel* no vulneró los derechos a la vida en condiciones dignas y justas, el mínimo vital, el trabajo, la seguridad social y la estabilidad laboral reforzada de la señora *E.M.M.R.* al terminar el vínculo laboral existente entre ambos, teniendo en cuenta que, al tiempo de la desvinculación, desconocía que su trabajadora se encontraba en estado embarazo.

79. Lo anterior, en consonancia con la Sentencia SU-075 de 2018, “*cuando se demuestra en el proceso de tutela que el empleador no tiene conocimiento sobre el estado de gravidez, con independencia de que se haya aducido justa causa, no debe sufragar las cotizaciones requeridas para que la empleada tenga derecho a acceder a la licencia de maternidad. Tampoco debe pagar dicha prestación económica como medida sustitutiva ni está obligado a reintegrar a la trabajadora desvinculada laboralmente.*”⁵⁴

80. La falta del conocimiento se sustenta en las siguientes razones: (i) con independencia de las vicisitudes propias de la inexistencia del periodo de prueba, el 31 de octubre de 2021, el jefe inmediato del área de cocina a la que pertenecía la accionante reportó que esta no cumplía con las condiciones para desempeñarse como auxiliar de cocina. Lo cual, deja en evidencia, por lo menos en sede de tutela, y sin el ánimo de prejuzgar ante un posible proceso ordinario laboral, que medió una justa causa en la terminación del vínculo laboral, pues esta se originó en el rendimiento de la accionante como auxiliar de cocina; (ii) dado que la accionante no mostró signos evidentes de estado de gravidez no es posible considerar que este fuera un hecho notorio; (iii) la única prueba de la gestación data del 11 de diciembre de 2021, fecha posterior al momento de la terminación, ya sea que se tome el 30 de octubre como indica el *Hotel* o el 2 de noviembre como aduce la accionante; y (iv) tampoco era claro para la accionante que al momento de su desvinculación se encontraba en estado de embarazo.

81. Adicional a lo antes expuesto, hay dos asuntos que llaman la atención de la Sala. El primero, consistente en la afirmación de la accionante de haber sido ultrajada y golpeada por su compañero y padre de la persona en gestación. Y el segundo, el indebido manejo de las normas laborales y de la seguridad social por parte de la accionada.

82. En cuanto a la primera cuestión, y aunque no sea parte del objeto de la presente tutela, teniendo en cuenta la especial protección que debe recaer sobre una madre gestante, en cumplimiento de sus deberes legales y constitucionales, se

⁵⁴ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-075 de 2018. “En consecuencia, en dos de las acciones de tutela analizadas por esta Corporación, se verificó que los empleadores no tenían conocimiento del estado de gestación de las trabajadoras. Así, en el caso de Ángela Sorany Salazar Urrea contra Almacenes Éxito S.A. (expediente T-6.645.503), se encontró que la accionante fue desvinculada en virtud de un proceso disciplinario y que la empresa supo de su estado de gravidez varias semanas después del despido. Igualmente, en otro caso el caso de Sandra Liliana Tinoco Ramos contra Chilco Distribuidora de Gas y Energía S.A.S. E.S.P. (expediente T-6.318.375), tanto la propia actora como la demandada manifestaron que, al momento de la desvinculación laboral, el empleador no tenía información sobre su embarazo.”

oficiará a la Defensoría del Pueblo para que realice un acompañamiento a la accionante y de ser el caso informe o active la ruta de atención a mujeres víctimas de violencia intrafamiliar. Así mismo, se compulsarán copias con destino a la Fiscalía General de la Nación para que, en el marco de sus competencias, de manera célere investigue los hechos de violencia sufridos por la accionante *E.M.M.R.*

83. En cuanto al segundo aspecto, se insta al *Hotel* para que, revise sus políticas laborales de cara a la jurisprudencia constitucional y la legislación laboral vigente, por cuanto el periodo de prueba, como se vio, no puede ser verbal; desde el primer día de labores los trabajadores deben ser afiliados a seguridad social; el examen de preingreso ocupacional debe ser previo al inicio de la ejecución del contrato y toda terminación de contrato debe estar documentada, en especial, la fundamentación de la causa de la terminación. Irregularidades que podrían ser ventiladas ante el juez ordinario laboral.

84. Conforme a todo lo expuesto, la Sala Segunda de Revisión confirmará los fallos de tutela del 11 de febrero de 2022 proferido en segunda instancia por el Juzgado 2 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga, en el que se confirmó la sentencia del 3 de enero de 2022 adoptada por el Juzgado 16 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, que negó en primera instancia el amparo deprecado por *E.M.M.R.* en contra del *Hotel*.

C. Síntesis

85. En sede de revisión, correspondió a la Sala Segunda conocer del caso de la señora *E.M.M.R.*, quien interpuso acción de tutela por conducto del señor *J.P.N.*, quien se identificó como su agente oficioso, en contra del *Hotel*, buscando el amparo de sus derechos al mínimo vital, a la seguridad social y la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, que estimó vulnerados como consecuencia de la decisión de su empleador de terminar el vínculo laboral existente entre ambas partes mientras se encontraba en estado de gestación.

86. La Corte revisó las reglas constitucionales y legales aplicables al fuero de maternidad unificadas en las sentencias SU-070 de 2013 y la Sentencia SU-075 de 2018 en las que se aclaró que para que opere la garantía de estabilidad laboral reforzada por maternidad o lactancia debe mediar el conocimiento del empleador del estado de gestación de su trabajadora o existir, al menos, una duda de que si lo conocía; las características legales de los contratos laborales a término indefinido y los requisitos legales del período de prueba.

87. Con base en las pruebas obrantes en el expediente y las anteriores reglas jurisprudenciales, la Sala Segunda de Revisión concluyó que el *Hotel* no tuvo conocimiento, de hecho, si quiera la misma accionante, al momento de terminar la relación laboral sabía que estaba en embarazo. Por lo tanto, no incurrió en un acto

discriminatorio en razón del estado de gravidez, toda vez, que por lo menos, en sede de tutela, la desvinculación se originó en el rendimiento de la trabajadora.

88. En consecuencia, la Sala Segunda de Revisión resolvió confirmar los fallos de instancia que le habían negado el amparo. Empero, tras advertir que la accionante posiblemente es víctima de violencia intrafamiliar por parte de su pareja ofició a la Defensoría del Pueblo para que realizara el respectivo acompañamiento.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR el fallo de tutela de 11 de febrero de 2022 proferido en segunda instancia por el Juzgado 2 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga, que a su vez confirmó la decisión del Juzgado 16 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de 3 de enero de 2022 de negar, en primera instancia, la acción de tutela promovida por la señora *E.M.M.R.* en contra del *Hotel*.

SEGUNDO. OFICIAR a la Defensoría del Pueblo para que en el marco de sus competencias constitucionales y legales realice un acompañamiento a la señora *E.M.M.R.* como posible víctima de violencia intrafamiliar.

TERCERO. COMPULSAR copias a la Fiscalía General de la Nación para que, en el marco de sus competencias, de manera célere investigue los hechos de violencia sufridos por la accionante *E.M.M.R.*

CUARTO. EXHORTAR al *Hotel* para que, de acuerdo con el F.J. 83 de la presente sentencia, revise sus políticas laborales de cara a la jurisprudencia constitucional y la legislación laboral vigente.

Por Secretaría General, **LÍBRENSE** las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR
Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General