

PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA SOBRE ESTABILIDAD REFORZADA DE MUJER EN ESTADO DE EMBARAZO. (2013 – 2018).

Marlon Jesús Payares Herazo¹

RESUMEN

En el presente artículo se desarrolla la protección de la mujer en estado de embarazo desde el ámbito internacional, el desarrollo normativo que al respecto se tiene en Colombia y por ultimo establece la línea de tiempo con las jurisprudencias emitidas por la Honorable Corte Constitucional frente al fuero de maternidad que desarrolla la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo, tomando el periodo comprendido entre los años 2013 a 2018 fechas en la cuales se han emitido sentencias de unificación respecto del tema. **Palabras Claves:** Corte Constitucional, estabilidad laboral, fuero de maternidad, mujer en estado de embarazo.

Abstract

In this article the protection of women in a state of pregnancy is developed from the international level, the normative development that exists in Colombia in this regard and finally establishes the timeline with the jurisprudence issued by the Honorable Constitutional Court against the jurisdiction of maternity that develops the reinforced labor stability of women in a state of pregnancy, taking the period between the years 2013 to 2018 dates in which unification sentences have been issued regarding the issue. **Keywords:** Constitutional Court, job stability, maternity jurisdiction, pregnant woman.

¹ Graduado del programa de Derecho de la Universidad del Atlántico 2016, estudiante del programa de Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad Simón Bolívar, abogado externo de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene como propósito abordar el tema de la estabilidad laboral reforzada por fuero de maternidad, vista desde tres subtítulos, comenzado el primero con un análisis del derecho comparado en países de América Latina, posteriormente una enunciación de la normatividad constitucional y legal que ha desarrollado el ordenamiento jurídico colombiano y seguidamente un recuento de los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional de Colombia, frente al tema bajo estudio.

Previo al estudio, es pertinente recalcar que la presencia de la mujer en el ámbito laboral ha sido un tema de discusiones desde la génesis del desarrollo humano, por suerte esta discusión ha sido eliminada de gran parte del pensamiento colectivo y la legislación misma. No obstante, pese al posicionamiento en el campo laboral que han logrado por décadas, la mujer por su estado natural de gestante de vida, ha sido discriminada y segregada por la disminución en su fuerza laboral y la interrupción en la producción continuada de la actividad empresarial, durante la licencia de maternidad. Por ello surge la necesidad de revestirla de un fuero que las proteja en el ámbito laboral cuando atraviesan por las condiciones como la gestación y/o lactancia.

En Colombia el fuero de maternidad, tiene su desarrollo constitucional en los artículos 43 y 53 de la Constitución Política de 1991, y por el ordenamiento sustantivo del trabajo en su artículo 239 modificado por el artículo 2 de la Ley 1822 de 2017, donde expresamente prohíbe el despido de una mujer en estado de embarazo o lactancia, sin que medie la debida autorización del Inspector del Trabajo que avale una justa causa.

Del mismo modo se ha indicado sobre el fuero de maternidad que “El fuero de maternidad, estabilidad laboral absoluta, en virtud de la cual se presume que todo despido de mujer

embarazada o en estado de lactancia es consecuencia de una discriminación originada en su estado de gravidez” (p.130).

Así las cosas, hasta esta instancia de conformidad con la constitución, la ley y la doctrina, se tiene que toda mujer gestante y/o lactante tiene protección reforzada a su estabilidad laboral, pese a su estado, a fin de garantizarle el derecho al trabajo en igualdad de condiciones con los demás, ya sean tanto hombres como mujeres. Entre tanto, no es más que el derecho que tiene toda mujer, por el hecho de serlo, a que no se le discrimine y segregue por la posibilidad de un embarazo que limite en alguna medida su fuerza laboral y le cause ausencia en su puesto de trabajo. Esta figura contiene un desarrollo que ineludiblemente se ha direccionado a establecer un principio que emana de la propia Constitución y la ley; siendo, por tanto, su conceptualización y perfeccionamiento es abordado a través de las decisiones de la Honorable Corte Constitucional.

No obstante, los pronunciamientos jurisprudenciales del alto Tribunal Constitucional de Colombia, ha variado sus pronunciamientos al respecto, dando nuevas condiciones de protección a lo que se conoce como la estabilidad laboral reforzada por fuero de maternidad.

Por ello, este artículo pretende dar a conocer el estado actual de la estabilidad laboral reforzada por fuero de maternidad, principalmente por el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia frente al tema, desde el año 2013 (inclusive), fecha en la se profirió sentencia de unificación hasta la actualidad.

A continuación, se presentará el estudio en la protección a la estabilidad laboral reforzada a la mujer en estado de gestación y lactancia en primera medida desde el nivel internacional, haciendo un estudio comparado con otros países de américa latina, seguidamente la enunciación de la

normatividad constitucional y legal en Colombia y finalmente los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional de Colombia frente al tema objeto de estudio.

PROTECCIÓN A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE LA MUJER EN ESTADO DE EMBARAZO A NIVEL INTERNACIONAL.

Con la intención de realizar un análisis de derecho comparado entre Colombia, México, Venezuela, Perú y Chile, se pasan a exponer las siguientes consideraciones de tipo legislativo, sobre la estabilidad laboral reforzada por mujer en estado de embarazo y/o lactancia, a efectos de constatar similitudes y diferencias entre las normatividades extranjeras y la nuestra.

MEXICO

México como país federal, cuenta con un Ley Federal del Trabajo en la que en su artículo 2° párrafos 4° y 5°, establece de manera general el principio de no discriminación que constitucionalmente lo establece La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 1 párrafo 3° y párrafo 5°, por lo cual tal como en Colombia dicho principio no solo es legal, sino además constitucional e incluso por directriz internacional de garantía de derechos Humanos, dentro de la cual se encuentra implícita la no discriminación de ningún tipo.

Por otro lado, desde el punto de vista de un compendio normativo, se encuentra igual que en Colombia regulado en un Código Sustantivo del Trabajo, que para el caso de México se halla en el artículo 235^a, que consagra la protección de la maternidad como un principio en la relación laboral, así como también la protección durante el periodo de lactancia por un periodo obligatorio de seis semanas anteriores a la fecha del parto y seis semanas posteriores al mismo. (Art. 170 fracción IV de la Ley Federal del Trabajo).

Sin embargo, dentro de las anteriores precisiones jurídica se encontró que a diferencia de Colombia en México no existe la prohibición expresa de no despido sin justa causa o con autorización del Ministerio del Trabajo, pese a existir dentro del ordenamiento reconocimientos a la vulnerabilidad de estas mujeres durante su tiempo de gestación o lactancia, por lo cual la estabilidad no se reviste reforzada.

VENEZUELA

En el caso de Venezuela, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) garantiza la asistencia y protección integral a la maternidad. Por otro lado, desde la perspectiva ordinaria se encuentra la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras; dentro de la misma se consagra un título a la protección de la familia, dispone, entre otras cosas, que la trabajadora gozará de inamovilidad laboral cuando se encuentre en estado de gestación y lactancia, o inclusive cuando sea madre adoptante. Es decir, la precisión pese a no ser prohibitiva es dispositiva en el entendido que de manera clara precisa que la condición laboral de estas mujeres es inamovible.

PERU

En la jurisdicción constitucional peruana, sucedió una singularidad particular, pues en la constitución de 1979, se dispuso en su artículo 49 de la prohibición expresa de despido, instituyendo la estabilidad laboral, sin embargo, con la constitución de 1993 en el artículo 27, eliminó la prohibición expresa de su predecesora, para en su lugar disponer de manera general una protección frente al despido, dejándole la potestad al legislador de dirimir cual será el tipo de protección aplicable.

Por otro lado, en lo que respecta a las disposiciones ordinarias, el fuero de maternidad se identifica como “protección de despido arbitrario” el cual se encuentra estipulado la Ley de productividad y competitividad laboral en su artículo 29, en la que se detalla que en la actualidad es nulo el despido cuando tenga motivo en razón al estado de gestación y o lactancia dentro de los 90 días posteriores al nacimiento, aplicabilidad que solo se da cuando existe previo aviso al empleadores en cualquier momento antes de la notificación del despido.

CHILE

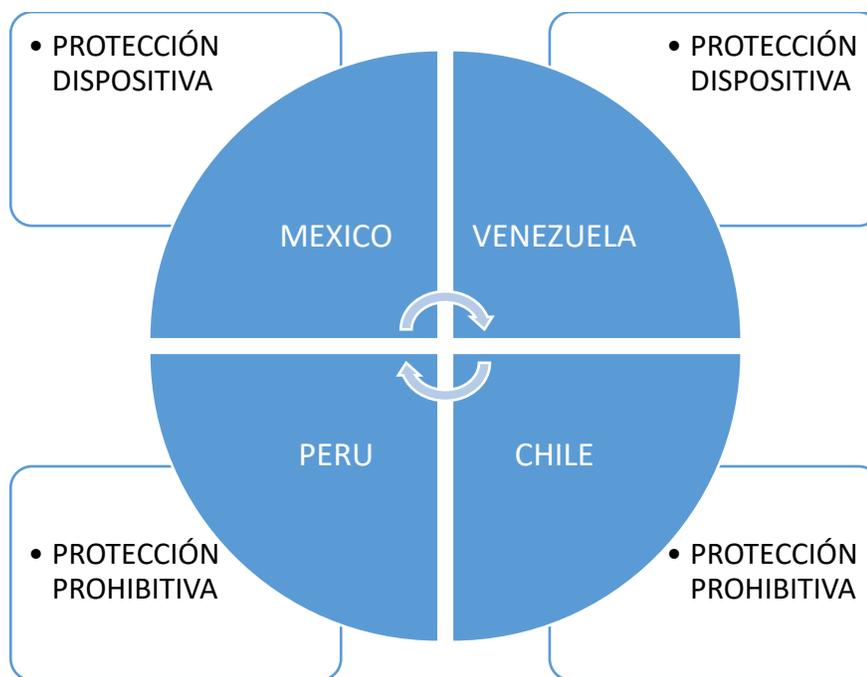
Dentro de las bases de la constitucionalidad asimilables al tema bajo estudio, está el artículo 1º, es pertinente denotar la consagración hecha en sus incisos 1º “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, 2º “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad...” dentro de los anteriores y otros catálogos de derechos fundamentales relacionados en la Constitución, se enuncia de manera general la protección de la mujer y del que esta por nacer.

Ahora bien, el fuero maternal está normado en artículo 201 del Código del Trabajo, otorgando estabilidad en el empleo a partir de la concepción y hasta un año después de expirado el descanso de postnatal. En este caso, el empleador sólo puede desvincular a la trabajadora aforada por las causales de vencimiento del plazo o conclusión de la obra que dieron origen al contrato, diferente a nuestro ordenamiento colombiano que extiende la protección aun concluido el término del contrato laboral, en algunos casos.

Cabe agregar que, en caso de fallecimiento de la madre en el parto, o durante el descanso de postnatal, el padre del hijo asumirá dicho permiso de descanso postnatal o lo que reste del mismo, y gozará del fuero establecido en el artículo 201. Situación que no se encuentra prevista en ninguna de las normatividades antes enunciadas.

En la gráfica que continuación se observa, se encuentra sintetizada las condiciones que de índole legal se ven establecidas en la normatividad laboral de cada país, a fin de diferenciar que compendios han regulado la protección ya sea de manera dispositiva, es decir, que se estableció la importancia de la protección de la mujer en estado de embarazo y su consecuente configuración de fuero maternal y por otro lado, una prohibición que además de dispositiva, es prohibitiva, como quiera que de manera expresa han determinado la proscripción de un despido cualquiera que fuere su causa, durante la incapacidad por lactancia y durante el fuero de maternidad.

Grafica 1. Tipos de protección



Fuente: Construcción propia

Por último, tal como se verá más adelante en nuestra legislación la prohibición ha sido expresa, tal como se vislumbra del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo y además por la

jurisprudencia constitucional que ha sido incisiva frente a las presunciones de despido y las consecuencias de ineficacia de estas acciones del empleador, sin embargo, la misma ha resultado ser variante frente a los niveles de protección aplicables en diferentes hipótesis de presupuestos, tales como el conocimiento previo del empleador del estado de gestación de la empleada y formas de vinculación laboral.

PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA MUJER EN ESTADO DE EMBARAZO EN COLOMBIA.

Desde una perspectiva general, Se ha encontrado que en Colombia el estado del arte relacionado con el tema y la problemática existente en cuanto a los antecedentes jurisprudenciales sobre el estado de embarazo de la mujer en el ámbito laboral se puede traer a colación, tales como.

El principio de estabilidad indica la certidumbre que debe asistir al trabajador en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo. Se hace entonces necesario que exista una estabilidad básica en el trabajo. (Betancourth, 2010, p.256).

En suma, se puede afirmar que, desde la vigencia de la carta política del 91, el alto tribunal constitucional ha logrado a través de su jurisprudencia fortalecer la protección, referente al fuero de maternidad y la estabilidad reforzada derivada del embarazo. (Castro y Caballero, 2013, p.268)

Si atendemos a los múltiples fallos de tutela de la Corte Constitucional en sede de revisión, y a las sentencias de constitucionalidad que se fundamentan en los principios y valores constitucionales, se puede concluir que la creación del Fuero Laboral Constitucional constituye

un medio para garantizar la efectiva protección de los derechos fundamentales de los trabajadores. Esta creación de la Doctrina Constitucional no se ha quedado escrita en el papel o en simples desarrollos teóricos, sino que su aplicación materializó principios y valores constitucionales y gracias al desarrollo jurisprudencial realizado por la Corte Constitucional, hace que podamos aseverar que lo que se ha consagrado en la Constitución referente a la protección laboral en cabeza de trabajadores que tienen unas condiciones especiales, se cumple y encuentra mecanismos efectivos para su ejecución. (Giraldo, 2006, p.109).

Entre tanto, en Colombia, la protección especial de tipo constitucional puede decirse tiene su premisa de la misma configuración del Estado Social de Derecho, tal como instaura el artículo 1º de nuestra Constitución política, el cual «hace referencia a la forma de organización política que tiene como uno de sus objetivos combatir las penurias económicas y sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la población, prestándole asistencia y protección. Exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes de un país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance².

Corolario de lo anterior, y en lo que respecta al ordenamiento jurídico propio, en Colombia la protección de la maternidad se ha regulado en diversas disposiciones normativas constitucionales, legales y jurisprudenciales. Comenzando por la carta magna, es pertinente considerar que bajo la vigencia de la Constitución Nacional de 1886, no existía articulado expreso que consagrará un fuero laboral a trabajadores en circunstancias especiales, por lo cual solo hasta la primera regulación legal ordinaria en 1939, se consagraron mecanismo de protección, sin embargos éstos

² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-426 de 1992 del 24 de junio de 1992. M.P Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

permitían que se presentaran abusos por parte de los empleadores dados los formalismo de notificación, que conllevaban a una terminación unilateral de la relación laboral, imposibilitando en tiempo a la trabajadora a demostrar que la causa real era su estado de embarazo.

Posteriormente, tuvo su desarrollo tardío de tipo constitucional con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, en la que fue consagrado explícitamente en los artículos 43 y 53 de la Constitución Política, donde respectivamente se dispone “La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”.

Y el artículo 53 de la carta política que en lo que respecta a la protección a la mujer dispone lo siguiente “(...); protección especial a la mujer, a la maternidad (...)”.

Ante este panorama, la Constitución enseña que las mujeres no podrán ser sometidas a ninguna clase de discriminación y además que durante su estado de embarazo y con posterioridad a éste, gozarán de especial protección por parte del estado, todo ello guardando relación directa con el art 13 superior, e igualmente estable que no solo se protegerá a la mujer sino al estado mismo de su maternidad.

En esa misma línea, y en lo que respecta al ordenamiento jurídico ordinario, pese a la obligación del estado colombiano de legislar y expedir un estatuto del trabajo, que hoy por hoy el Congreso de la Republica no ha hecho, lo que implica que el principio de estabilidad laboral reforzada tenga que ser regulado por una legislación antiquísima y obligatoriamente ha tenido que ser desarrollado por la jurisprudencia.

Por otro lado, la especial protección a la mujer en estado de embarazo o lactancia comenzó a ver su desarrollo en la Ley 53 de 1938 que estableció, por primera vez, la protección laboral de la mujer en estado de embarazo, al prohibir su despido con ocasión a su estado y consagrar la licencia renumerada de 8 semanas. Del mismo modo Decretos como el 1632 de 1938 y el 2350 de 1938 precisaron el requisito de autorización administrativas ante la oficina del Inspector del trabajo. Estas normas entre otras, posteriormente fueron recopiladas en el Código Sustantivo del Trabajo.

El código sustantivo del trabajo en su artículo 239 modificado por el artículo 2 de la Ley 1822 de 2017, expresa textualmente que “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 los tres meses posteriores al parto. 3. Las trabajadoras 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 sesenta (60) días de trabajo, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con su contrato de trabajo. 4. En el caso de la mujer trabajadora que por alguna razón excepcional no disfrute de la semana preparto obligatoria, y/o de algunas de las diecisiete (17) semanas de descanso, tendrá derecho al pago de las semanas que no gozó de licencia. En caso de parto múltiple tendrá el derecho al pago de dos (2) semanas adicionales y, en caso de que el hijo sea prematuro, al pago de la diferencia de tiempo entre la fecha del alumbramiento y el nacimiento a término.”

La norma expresamente prohíbe el despido de una mujer en estado de embarazo o lactancia, sin que medie la debida autorización del Inspector del trabajo que avale una justa causa, tal

discriminación se presume por el hecho del motivo del embarazo y/o lactancia, que en efecto podría decirse que comprende desde el momento de la concesión o desde la comunicación del estado al empleador el cual es materia de discusión, hasta los 3 meses posteriores al parto e incluso durante todo el periodo de lactancia equivalente a los 6 meses siguientes al parto si se demuestra el nexo causal entre el despido y la lactancia, como un hecho discriminatorio. Por lo que, ante estas circunstancias, se protegerá la estabilidad laboral con el reintegro, con un debido pago adicional a título de indemnización o en defecto los correspondientes pagos al sistema de seguridad social que garantice el pago de la licencia de maternidad, dependiendo algunos presupuestos.

Es imperativo precisar que si bien es cierto en Colombia se encuentra vigente la estabilidad relativa en el trabajo, como quiera que, el trabajador puede ser apartado de su cargo con el solo pago de una indemnización, sin que pueda existir acciones contra el empleador. Sin embargo, también es cierto que existe una excepción a esta regla, pues está constituida también una estabilidad laboral absoluta para casos particulares, como es en el caso de los trabajadores sindicalizados, personas en condición de discapacidad, o el de las mujeres en estado de gestación. En cuyo caso dicha protección no tiene como finalidad proteger al trabajador de los problemas subyacentes que representaría dejar de trabajar; sino más bien, busca proteger al trabajador que por sus condiciones especiales pueda ser despedido en razón de una discriminación.

Luego entonces el fuero de maternidad tiene su finalidad en el principio constitucional que pretende evitar que una persona por su estado especial de debilidad y/o vulnerabilidad pueda ser discriminado y segregado por el simple hecho de su estado. Esta protección desarrolla derechos a

la igualdad y no discriminación por ninguna razón de condición de salud, raza, sexo, religión, etc, en procura de una igualdad más real y efectiva.

El fuero de maternidad, estabilidad laboral absoluta, es principio constitucional y legal en virtud de la cual, como se indicó anteriormente, que supone que todo despido de mujer embarazada o en estado de lactancia es consecuencia de una discriminación originada en su estado de gravidez. Por lo anterior, le corresponde al empleador desvirtuar la presunción legal de discriminación, si pretende desvincular a una mujer trabajadora que su trabajo, es por ello que deberá explicar suficiente y razonablemente que el despido del cargo se produjo por razones laborales y no por causas imputables al embarazo. caso contrario, se le tendrá que renovar contrato.

Por último, es importante destacar que la estabilidad laboral reforzada de las mujeres embarazadas o lactantes se fraguó con las sentencias SU-071 de 2013 y SU-75 de 2018, la primera que clarifico el alcance de esta protección al derecho a no ser despedida mientras se encuentre en condición de gravidez y la segunda, que delimito la figura y consagró el conocimiento de la condición de embarazo como hecho preponderante, a la hora de valorar una hipotética discriminación, por lo cual eliminó la solidaridad patronal en los casos en lo cual desconocía de la condición de su empleada, permitiendo dichos pronunciamientos estudiar de manera más concreta el alcance los artículos 236 al 240 del Código Sustantivo del Trabajo.

**PROTECCIÓN JURISPRUDENCIAL A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA
DE LA MUJER EN ESTADO DE EMBARAZO A PARTIR DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL.**

Es imperativo destacar lo indispensable que ha sido el papel de la Corte Constitucional en la guarda de los derechos de los trabajadores, en especial aquellos que tienen una situación de inferioridad o debilidad manifiesta, dado algunas condiciones que de alguna u otra manera resultan un reto para afrontar en el desarrollo de sus actividades labores, como son las mujeres en estado de gestación o gravidez. Es en ello donde podríamos encontrar justificación a las distintas decisiones de la Corte Constitucional, ya sea por vía de tutela (sentencias T), por vía de revisión de constitucionalidad (sentencias C) o por medio de las sentencias de unificación (sentencias SU).

Previo abordar la jurisprudencia dentro del tiempo establecido de estudio y dada la importancia del tema, se debe recalcar que la corte constitucional en sentencia de tutela T-373 de 1998 reconoció el derecho al fuero de maternidad como un derecho fundamental autónomo, y un año antes en sentencia de constitucionalidad C-470 de 1997, por una demanda contra el numeral 3 del artículo 239 del C.S.T, sirvió para que la corte recopilara argumentos, recomendaciones y tratados internacionales, para recordar el deber de protección que tienen el estado con la mujer en estado de gravidez, dada la importancia de la este sujeto tiene dentro de la sociedad como gestara de vida y formadora del nuevas generaciones que ayuden el desarrollo social.

Por otra parte, se tiene que, el 13 de febrero de 2013 se emitió por parte de la Corte Constitucional de Colombia, la sentencia de Unificación SU-070 de 2013 que recopiló las sentencias de tutela T-373 de 1998, T-426 de 1998, T-832 de 2000, T-1003 de 2005, T-095 de 2008, T-095 de 2008, T-649 de 2009, T-649 de 2009, T-876 de 2010, T-069 de 2010, T-054 de 2011, T-054 de 2011, T-707 de 2011, T-120 de 2011 y posteriormente el día 24 de julio de 2018 se emitió nueva providencia la SU-075 de 2018 sentencia de unificación jurisprudencial al respecto de la estabilidad laboral reforzada desarrollada por el fuero de maternidad, modificando

los criterios de la sentencia de unificación anterior y acoplado los pronunciamientos individuales proferidos de vieja data.

Pues bien, la sentencia SU-070 del año 2013, comprende la revisión de 33 casos de mujeres en estado de embarazo que fueron desvinculadas de sus actividades laborales y han solicitado al juez de tutela la aplicación de la protección laboral reforzada constitucional por su condición.

En resumen, el objeto de la revisión plantea interrogantes acerca del alcance de la protección laboral reforzada de las mujeres embarazadas. Para resolver este problema jurídico la Sala considero que debieron evaluarse: Primero: las distintas modalidades de alternativa laboral en que se desempeñaban las 33 trabajadoras y segundo: el conocimiento que tenían los empleadores(as) de la situación de embarazo de las trabajadoras, siendo esta última de especial estudio y cuestionamientos para el presente análisis.

Y es que la problemática en este aspecto sería más que todo por la discusión sobre los medios probatorios que prestarían certeza al juez (laboral o de tutela), para encontrar probada la comunicación al empleador, lo cual incide directamente en la determinación de cuál debería ser la conducta a seguir por una mujer embarazada que tenga un vínculo laboral vigente, para hacerse acreedora a la protección reforzada de su situación laboral. Todo lo opuesto a posturas anteriores cuando no era necesario dicha comunicación al empleador.

La corte en este fallo consideró que la comunicación al empleador no es un requisito para la procedencia de la protección sino más bien una forma de determinar el grado de protección del derecho.

“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”

Resulta ser una sentencia regresiva respecto del precedente que había sentado en la materia principalmente por la Sentencia T-069 de 2010. En esta la Corte había establecido como único criterio para determinar la entidad de la protección la existencia o no de la justa causa, mientras que en la SU-070 de 2013 también es determinante el conocimiento del empleador del estado de embarazo o lactancia de la empleada.

“Toda vez que, para materializar la protección especial otorgada a las mujeres embarazadas, es importante garantizarles que la terminación de su vínculo laboral se produzca por una justa causa, evento en el cual el empleador debe observar las ritualidades legales previstas [...] y no por un acto discriminatorio en razón a su particular estado [...]. En consecuencia, se exonera a la mujer embarazada de esta carga probatoria limitante en muchas ocasiones de la efectiva realización de sus derechos”

Incluso, de darse un despido de una trabajadora embarazada amparada por el fuero de maternidad se consideraba que procedía la presunción de despido en razón de su estado a menos que operasen las causales de despido con justa causa y el seguimiento de los causales legales para ello.

Es como resulta contradictorio para el suscrito, cuando en sentencia SU-070 de 2013, la Corte presenta una noción unificada con relación a la forma probatoria bajo la presunción para alegar la estabilidad reforzada y sitúa al aviso en el sentido del conocimiento del embarazo de la trabajadora no como un requisito para establecer si existe o no protección, sino para determinar el grado de la protección, por lo que el conocimiento del embarazo por parte del empleador da lugar a una protección integral y completa mientras que la falta de conocimiento, dará lugar a una protección más débil, como textualmente lo considera la corte en el extracto antes citado y señala que este conocimiento no tiene que ser expreso sino que puede presumirse cuando el embarazo es un hecho notorio o cuando las circunstancias permiten deducirlo, sobre esto por lo menos la corte da lugar a dicha presunción sobre los hechos notorios.

Por otro lado, La Corte Constitucional en sentencia SU-075 del año 2018, modificó su posición acerca de la protección a la maternidad en los casos en que se ha terminado la relación laboral y el empleador desconoce el estado de gravidez de la empleada, retornando a posturas anteriores sobre el aviso previo y sus implicaciones sobre las obligaciones patronales.

Se enfatiza la importancia y el deber que tiene la sociedad y estado de procurar por la garantía de la estabilidad laboral de las mujeres trabajadoras en estado de gestación y posteriormente en su periodo de lactancia, para evitar acciones de discriminación a estos sujetos de especial protección por su estado de debilidad y/o vulnerabilidad.

El problema jurídico planteado en el estudiado precedente, radica solo cuando se ha terminado la relación laboral por cualquiera que fuere su causal, y el empleador desconocía completamente la situación de gestación de su empleada, deviniendo la eliminación de la presunción de

discriminación que se venía manejando con anterioridad, para en su lugar presumir buena fe del patrono al momento del despido por desconocimiento absoluto de la gestación de su trabajadora.

El alto Tribunal preciso. “Si se imponen tales medidas, incluso cuando no existe discriminación contra la trabajadora en razón de su embarazo, se desincentiva la contratación de mujeres y se limita su acceso al mercado laboral”.

De tal manera que, elimina la responsabilidad objetiva que buscaba la salvaguarda de los intereses de la mujer trabajadora, y que recaía sobre el empleador ipso facto por la terminación de la relación laboral, aun existiendo justa causa como lo es la expiración del periodo pactado.

Del estudio del precedente jurisprudencia es relevante considerar las siguientes hipótesis a efectos conocer el alcance de la protección que deberá aplicarse dependiendo de ciertas condiciones laborales, según la jurisprudencia vigente.

Tabla 1. Modificación jurisprudencial en maternidad.

CONTRATO LABORAL	CONOCIMIENTO DEL EMPLEADOR	CUANDO EXISTE DUDA SI EL EMPLEADOR CONOCE O NO EL ESTADO DE GESTACIÓN	CUANDO EL EMPLEADOR NO CONOCE EL ESTADO DE GESTACIÓN DE LA TRABAJADORA
CONTRATO DE TRABAJO A TÉRMINO INDEFINIDO	<p>Cuando el empleador conoce del estado de gestación de la trabajadora, se mantiene la regla prevista en la Sentencia SU-070 de 2013.</p> <p>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</p>	<p>Opera la presunción de despido por razón del embarazo consagrada en el numeral 2º del artículo 239 del CST.</p> <p>No obstante, en todo caso se debe garantizar adecuadamente el derecho de defensa del empleador, pues no hay lugar a responsabilidad objetiva.</p>	<p>No hay lugar a la protección derivada de la estabilidad laboral reforzada.</p> <p>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</p>

	<p>supuesto de protección contra la discriminación.</p>		<p>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.</p> <p>Así, para la eventual discusión sobre la configuración de la justa causa, se debe acudir ante el juez ordinario laboral.</p>
<p>CONTRATO DE TRABAJO POR OBRA O LABOR CONTRATADA</p>	<p>a. Que la desvinculación ocurra antes del vencimiento de la obra o labor contratada sin la previa calificación de una justa causa por el inspector del trabajo:</p> <p>En este caso 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.</p> <p>b. Que la desvinculación tenga lugar al vencimiento del contrato y se alegue como una justa causa la terminación de la obra o labor contratada:</p> <p>En este caso el empleador debe acudir antes de la terminación de la obra ante el inspector del trabajo para que determine si subsisten las causas objetivas que dieron origen a la relación laboral. Si el empleador acude ante el inspector del trabajo y este determina que subsisten las causas del contrato, deberá extenderlo por lo menos durante el periodo del</p>	<p>Opera la presunción de despido por razón del embarazo consagrada en el numeral 2º 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.</p>	<p>No hay lugar a la protección derivada de la estabilidad laboral reforzada.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>Así, para la eventual discusión sobre la configuración de la justa causa, se debe acudir ante el juez ordinario laboral.</p>

	<p>embarazo y las 18 semanas posteriores. No obstante, si dicho funcionario establece que no subsisten las causas que originaron el vínculo, se podrá dar por terminado el contrato y deberán pagarse las cotizaciones que garanticen el pago de la licencia de maternidad.</p> <p>Si el empleador no acude ante el inspector del trabajo, el juez de tutela debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación y la renovación solo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral no desaparecen, valoración que puede efectuarse en sede de tutela. Adicionalmente, para evitar que se desconozca la regla de acudir al inspector de trabajo, si no se cumple este requisito el empleador puede ser sancionado con el pago de los 60 días de salario previsto en el artículo 239 del CST.</p>		
<p>CONTRATO DE TRABAJO A TÉRMINO FIJO</p>	<p>a. Que la desvinculación tenga lugar antes del vencimiento del contrato sin la previa calificación de una justa causa por el inspector del trabajo:</p> <p>En este caso 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.</p> <p>b. Que la desvinculación ocurra una vez vencido el contrato, alegando como una justa causa el vencimiento del plazo pactado:</p>	<p>Opera la presunción de despido por razón del embarazo consagrada en el numeral 2º 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.</p>	<p>No hay lugar a la protección derivada de la estabilidad laboral reforzada.</p> <p>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.</p> <p>Sin perjuicio de lo anterior, con el monte 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.</p>

	<p>En este caso el empleador debe acudir antes del vencimiento del plazo pactado ante el inspector del trabajo para que determine si subsisten las causas objetivas que dieron origen a la relación laboral.</p>		<p>Así, para la eventual discusión sobre la configuración de la justa causa, se debe acudir ante el juez ordinario laboral.</p>
--	--	--	---

NOTA: Cuadro elaborado con base en la Sentencia SU-75 de 2018 de la Corte Constitucional, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
FUENTE: Cartilla de Seguridad Social y Pensiones 2019. LEGIS información y soluciones.

En la gráfica siguiente, se relaciona de manera ilustrativa parte de la línea de tiempo jurisprudencial que desarrolló la Corte Constitucional desde sus inicios, a efectos de comprender los cambios en la interpretación constitucional del derecho a la estabilidad laboral.

Grafica 2. Línea de tiempo jurisprudencial

T-527 de 1992

La tutela es improcedente por no ser el derecho al fuero maternal un derecho fundamental.

C-470 de 1997

Conceptualiza la protección como una obligación nacional, extiende el derecho al sector público. La mujer gestora de vida

T-426 de 1998

Se limita el acceso a la protección cuando termina un contrato a término fijo y por obra o labor y obedece al cumplimiento del plazo pactado



T-497 de 1993

La tutela es procedente por ser el fuero maternal un derecho asistencial en conexidad a los derechos fundamentales.

T-373 de 1998

El fuero de maternidad es un derecho fundamental autónomo. Conocimiento del estado de embarazo por parte del empleador es requisito previo para que opere la protección.

T-631 de 2006

Se reitera la necesidad del conocimiento del empleador para que opere la presunción de despido por discriminación.

SU-070 de 2013

La protección opera para todos los casos, empero dependiendo del tipo de contrato se mide el alcance de guarda del derecho.



T-095 de 2008

El embarazo es un hecho notorio por lo cual opera la presunción, el requisito del aviso pone en inferioridad a la mujer.

SU-075 de 2018

Se elimina la presunción de derecho de discriminación y en su lugar se presume buena fe del empleador que desconoce absolutamente el estado de estación ante la terminación de una relación laboral.

CONCLUSIÓN

Es relevante que la comunidad obrera específicamente la femenina, perciban el alcance de este derecho, pues se consideró que en la actualidad colombiana hay variedad de providencias incluso de unificación que modifican otras a su vez, que no permiten conocer de manera clara los antecedentes de líneas jurisprudenciales de la Honorable Corte Constitucional sobre la estabilidad laboral que se garantiza por fuero a las mujeres en estado de embarazo y lactantes.

Por lo anterior, el presente artículo abordó el tema de la estabilidad laboral reforzada por fuero de maternidad, vista desde tres subtítulos, el primero con un análisis del derecho comparado en países de América Latina, tales como México, Venezuela, Perú y Chile, en el que se concluyó que todos los países cuentan con una regulación de tipo constitucional y también legal, destacando la importancia de la mujer en el estado y la sociedad. Se reflexionó que países como México y Venezuela cuentan con regulaciones que evocan una protección dispositiva, afirmando la necesidad de guardar a las mujeres trabajadoras y la importancia de no discriminación, y por otro lado países como Perú, Chile y Colombia, en lo que su regulación de protección además de dispositiva, exhortan una prohibición expresa de despido en razón a la condición de la mujer gestante, permitiendo una estabilidad laboral reforzada propiamente dicha.

El ordenamiento jurídico colombiano, ha permitido que se conciba a la mujer como sujeto de especial protección constitucional, que merece todo amparo ante hechos discriminatorios y de segregación, revistiendo a la mujer de importancia como gestora de vida en la sociedad y engrane en el desarrollo del sector productivo nacional.

En el ordenamiento, existe un fuero especial que cubre a las madres gestantes y lactantes, el cual encuentra consagrado en los artículos 13, 43 y 53 de la Constitución Política, pero también

tiene un desarrollo legal en los artículos 239 a 241 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual ha sido desarrollado por las Altas Cortes en cuanto a su contenido, características y ámbito de aplicación.

Es por el cual que las altas cortes en Colombia, especialmente la H. Corte Constitucional ha desarrollado un precedente amplio y variado de la posición e interpretación del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada por fuero de maternidad, en el que desafortunadamente en desatención al principio laboral de no regresión, ha cambiado su postura ejemplo de ello es la SU-070 de 2013 en la cual distinguió el nivel de protección dependiendo del tipo de contrato y el conocimiento previo del empleador del estado de gravidez de su empleada, así como también en la sentencia SU-075 de 2018, que consideró eliminar cualquier auxilio que permitiera la garantía del goce de una licencia de maternidad por el presupuesto de desconocimiento absoluto del empleador del estado de gestación de la trabajadora en virtud de la terminación de su relación laboral.

En consecuencia, es asertivo considerar que se ha venido infringiendo y debilitando la posibilidad con el que efectividad cuanta la mujer al derecho, al permitir que sea supeditado su reconocimiento al conocimiento previo y absoluto del empleador sobre la gestación.

El presente aporte, permitió crear conciencia crítica al lector, sobre las recientes posturas que restringen, limitan y debilitan la estabilidad laboral que gozan las mujeres gestantes y lactantes.

REFERENCIAS

- Rojas, A, (2003). Fuero de maternidad. Garantía a la estabilidad laboral. *Revista de Derecho Universidad del Norte*, 19, 126-141. Recuperado de <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/viewArticle/2962>.
- Rojas, A, (2003). Protección laboral a los trabajadores con limitación física, síquica y sensorial. *Revista de Derecho Universidad del Norte*, 20, 280-294. Recuperado de <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/2898/1985>.
- Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Constitucionalidad C-470 de 1997 referencia Expediente D-1606, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero, Santa Fe de Bogotá, veinticinco (25) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).
- Betancourth, R, (2010). Principios del derecho laboral en el sistema jurídico colombiano. *Criterio jurídico garantista*, 2 (2), 252-264. doi: <https://doi.org/10.26564/21453381.324>. Recuperado de <http://revistas.fuac.edu.co/index.php/criteriojuridicogarantista/article/view/324>.
- Castro, O., y Caballero, L., (2013). Nivel de protección jurídica laboral a la maternidad en Colombia, *criterios cuadernos de ciencias jurídicas y política internacional*, 6 (1), 251-272. Recuperado de <http://www.revistas.usb.edu.co/index.php/criterios/article/view/1997/1738>.
- Giraldo, D., (2006). El fuero laboral de origen constitucional para trabajadores discapacitados, Escuela de derecho Universidad EAFIT. Recuperado de https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/472/DianaIsabel_GiraldoCa%C3%B1ola_2006.pdf?sequence=1.

Cueva, A., (2019). La estabilidad laboral reforzada de la madre gestante: naturaleza jurídica y efectos, 37-50. URI: <http://hdl.handle.net/20.500.12404/13284>. Recuperado de

<http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/13284>.

Ayola, A. (2016). Facultad del empleador de no prorrogar contrato pactado por término fijo y de obra o labor contratada. 39-50. Recuperado de:

<http://repositorio.unicartagena.edu.co/bitstream/handle/11227/2873/Dialogo%20jurisdiccional%20Ultima.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

Berrocal, J y Casa, J (2018). La estabilidad laboral reforzada de las mujeres trabajadoras en estado de embarazo Colombia-México. DOI: <https://doi.org/10.32870/dgedj.v0i10.200>. Año 4, núm. 10, noviembre 2018 - febrero 2019, ISSN 2448-5128, e-ISSN 2448-5136 183. Recuperado de:

<http://derechoglobal.cucsh.udg.mx/index.php/DG/article/view/200>.

Yáñez, S. (2017). Fuero de maternidad en el ordenamiento jurídico colombiano. Discrepancias entre la corte suprema de justicia y la corte constitucional sobre la protección a las madres gestantes y lactantes durante la relación laboral. Universidad EAFIT, escuela de derecho. Recuperado de:

https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/12132/Ya%C3%B1ezGiraldo_SilviaMilena_2017.pdf?sequence=2

Colombia. Congreso de la Republica de Colombia. Código Sustantivo del Trabajo “ordenada por el artículo 46 del Decreto Ley 3743 de 1950, la cual fue publicada en el Diario Oficial No 27.622, del 7 de junio de 1951”.

Colombia. Congreso de la Republica de Colombia. Ley 1822 de 4 de enero 2017 “por medio de la cual se incentiva la adecuada atención y cuidado de la primera infancia, se modifican los artículos 236 y 239 del código sustantivo del trabajo y se dictan otras disposiciones”.

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Tutela T-527 de 1992 referencia Expediente T-2585, Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Diaz, Santa Fe de Bogotá, dieciocho (18) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Tutela T-527 de 1992 referencia Expediente T-14966, Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Diaz, Santa Fe de Bogotá, veintinueve (29) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1993).

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Constitucionalidad C-470 de 1997 referencia Expediente D-1606, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero, Santa Fe de Bogotá, veinticinco (25) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Tutela T-373 de 1998 referencia Expediente T-162.865 y T-163.106 (acumulados), Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, Santa Fe de Bogotá, veintidós (22) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Tutela T-426 de 1998 referencia Expediente T- 161529, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero, Santa Fe de Bogotá, dieciocho (18) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Tutela T-631 de 2006 referencia Expediente T-1331050, Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, Santa Fe de Bogotá, tres (03) de agosto de dos mil seis (2006).

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Tutela T-095 de 2008 referencia

Expediente T-1.714.938, Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, Santa Fe de Bogotá, siete (07) de febrero de dos mil ocho (2008).

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Tutela T-069 de 2010 Referencia:

expedientes T-2.426.390 – T- 2.422.019 – T- 2.417.622 – T- 2.422.761 y T- 2.420.047.

Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil diez (2010).

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Unificación SU070/2013 Expedientes T-

2.361.117 y acumulados Magistrado ponente: Alexei Julio Estrada. Bogotá D.C., febrero trece (13) de dos mil trece (2013).

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Unificación SU075 de 2018 Expedientes 1.

T-6.240.380 y acumulados, Magistrado ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá D.C., julio veinticuatro (24) de dos mil dieciocho (2018).