

## **Línea Jurisprudencial Sujetos de Especial Protección Constitucional a mujeres en estado de embarazo en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia Sala Casación Laboral**

Diana Marcela Chicangana Burbano

Diana Milena Muñoz Hoyos

José Jair Salinas Latorre

Juán David Arevalo Tejada

Juan David Cuellar Orozco

Natalia Ruiz Acue

Nicolle Tatiana Carmona Hoyos

Wendy Vanessa Torres

Yudi Mardoli Moriano Cortes

### **Resumen**

Los integrantes del Seminario de Investigación del Programa de Derecho de la Fundación Universitaria de Popayán, desarrollado en el periodo de julio – agosto de 2019 se han propuesto desarrollar un ejercicio investigativo sobre las diferentes posiciones que han asumido tanto la Corte Constitucional, como la Corte Suprema de Justicia respecto de la estabilidad laboral reforzada y como se aplica en los siguientes sujetos de protección constitucional: i) personas en condición de discapacidad, ii) mujer embarazada o en estado de gestación; iii) pre pensionados y iv) trabajadores con fuero sindical. Este ejercicio busca fijar una línea jurisprudencial por cada sujeto y según la correspondiente Corte, dando respuesta al siguiente problema jurídico: ¿Vulnera el empleador público o privado los derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital, a la seguridad social, y a la estabilidad laboral reforzada de personas de especial protección constitucional como mujeres en estado de embarazo, pre pensionados, aforados sindicales y

personas en situación de discapacidad al ser desvinculados de su trabajo o cuando no se renueva su vinculación?. El resultado se considera de relevancia en el ámbito jurídico, pues permite la comprensión del fenómeno desde sus raíces constitucionales y legales, e igualmente se pretende que el lector conozca los elementos que la jurisprudencia exige para que proceda la protección de los derechos constitucionales que están en juego.

La actividad se desarrolló a través de ocho grupos, entre los cuales se distribuyeron las labores de investigación jurisprudencial basados en dos criterios: a) los sujetos de especial protección constitucional y b) la jurisdicción de conocimiento.

**Palabras clave:** jurisprudencia, sujetos de especial protección, mujeres en estado de embarazo, Cesación laboral.

**Abstract:**

The members of the Research Seminar of the Law Program of the University Foundation of Popayán, developed in the period from July - August 2019, have proposed to develop an investigative exercise on the different positions that both the Constitutional Court and the Supreme Court have assumed. of Justice regarding reinforced labor stability and as applied in the following subjects of constitutional protection: i) persons with disabilities, ii) pregnant women or pregnant women; iii) pre-pensioners and iv) workers with union jurisdiction. This exercise seeks to establish a jurisprudential line for each subject and according to the corresponding Court, responding to the following legal problem: Does the public or private employer violate the fundamental rights to work, to the minimum vital, to social security, and to reinforced labor stability of persons of special constitutional protection such as women in a state of pregnancy, pre-pensioners, union members and persons with disabilities when they are disconnected from their work or when their relationship is not renewed ?. The result is considered relevant in the legal field, as it allows the understanding of the phenomenon from its constitutional and legal roots, and it is also intended that the reader know the elements that jurisprudence requires for the protection of the constitutional rights that are in game.

The activity was carried out through eight groups, among which the jurisprudential research work was distributed based on two criteria: a) the subjects of special constitutional protection and b) the jurisdiction of knowledge.

## **Key words:**

Jurisprudence, subjects of special protection, women in a state of pregnancy, Cessation of work.

## **Introducción**

La consagración del trabajo en la Constitución de 1991 como un principio fundante del Estado Social de Derecho en su artículo 1, y luego como un derecho fundamental en su artículo 25, permite concluir que este no se concibe simplemente como el derecho de los ciudadanos a acceder a algún empleo, sino que posee una connotación más amplia, como aquella actividad productiva que permite a los seres humanos materializar sus planes de vida, y a nivel social constituye la base del régimen económico de cualquier comunidad. Su relevancia no solo se evidencia en las normas expuestas, sino también en los principios que la misma Carta Magna, en su artículo 53, establece como de obligatoria observancia en el ejercicio de este derecho, así:

*“El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad”.*

De estos postulados, la estabilidad en el empleo ha cobrado una gran relevancia, no solo por el alto índice de desempleo que existe en Colombia (a la fecha del presente escrito, la tasa del desempleo es del 9,4% según el DANE), sino también por ser un punto eje en esa relación litigiosa que ha existido entre el trabajador y el empleador. Cuando hablamos de estabilidad en el trabajo, podemos decir que consiste en una garantía que le permita al trabajador permanecer en su empleo mientras no se configure una justa causa para su despido. Lo anterior implica que, sí

bien es cierto el empleador es quien genera la oportunidad para que diferentes personas puedan desarrollar un trabajo y ser remunerado por ello, no tiene una disposición absoluta de las condiciones sobre las cuales se sustenta la relación laboral, por cuanto hay en juego otros valores constitucionales, y también porque a través de estas limitaciones a la voluntad del empleador se busca generar mayor igualdad entre este y el trabajador.

Gracias a la jurisprudencia constitucional, la estabilidad laboral se puede clasificar en precaria, impropia o relativa, y reforzada. En Sentencia T – 445 de 2014, la Corte Constitucional las describe de la siguiente manera:

*“La estabilidad laboral precaria es característica de los trabajadores que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción. Éstas personas pueden ser despedidas sin que el empleador demuestre la existencia de una justa causa y sin que tenga que indemnizarlas dada la amplia discrecionalidad de la que goza. La estabilidad laboral impropia suele acompañar a todo contrato laboral. A través suyo se busca proteger al trabajador de un despido injusto, pues el empleador sólo está autorizado para terminar la relación laboral cuando existe una justa causa para tal efecto, o cuando ante la ausencia de una, indemniza adecuadamente al trabajador. Finalmente, la estabilidad laboral absoluta o reforzada, hace relación a que el vínculo laboral sólo puede ser terminado por el empleador ante la existencia de una justa causa sin importar si el contrato de trabajo es a término fijo o indefinido. De lo contrario, el despido se torna ineficaz y se debe reintegrar al trabajador en los casos en que resulte pertinente. La estabilidad laboral reforzada es un derecho que tienen los trabajadores que se encuentran en una situación de vulnerabilidad a permanecer en el trabajo y a gozar de cierta seguridad en la continuidad del vínculo laboral”.*

De estas modalidades, la estabilidad laboral reforzada es la que más discrepancias ha generado entre empleadores y trabajadores: por un lado, tenemos la inconformidad de los empresarios con la protección que se concede a personas que poseen una condición particular que los ubica en una situación de debilidad frente a los demás miembros de la sociedad y los convierte en sujetos de especial protección constitucional, generando para estos unas cargas de orden laboral que consideran excesivas:

*“(…) Ha sido un tema de preocupación recurrente por parte de los empresarios, pues, de un lado, el grado de indeterminación jurídica de esta figura ha dado lugar a abusos que, hoy por hoy, parecen incontrolables. Asimismo, los costos de las empresas se han incrementado debido a nóminas de trabajadores que permanecen ausentes por largos*

*períodos o que no desarrollan su potencial en los cargos en donde son reubicados. Lo anterior, claro está, sin tener en cuenta los costos de oportunidad, en términos de eficiencia, productividad y competitividad para las empresas. De igual modo, pensamos que, a nivel social, las consecuencias de la estabilidad ocupacional reforzada aún están por verse. En no pocos casos, garantías de este tipo refuerzan concepciones disfuncionales del trabajador, constituyen barreras de acceso en términos de inclusión laboral y generan dificultades en los ecosistemas organizacionales (...)*” (ANDI, 2017).

Por el otro lado, está la posición de los trabajadores y las trabajadoras que poseen esta condición, que los y las hace vulnerables frente al poder de su empleador y no tienen más remedio que acudir a la vía judicial en busca de la protección de sus derechos. A lo anterior se suma que la resolución de los casos puede diferir si su conocimiento recae sobre el juez constitucional o el juez ordinario, debido a que no siempre existe armonía entre las posiciones sostenidas por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional.

Independientemente de la posición que se asuma, sea la de los empresarios y su clamor por mayor flexibilidad laboral que permita la competitividad de las empresas en el mercado, o la de los trabajadores y su continua lucha por asegurar mejores condiciones laborales, es imperativo un tratamiento diferenciado para las personas que se encuentran en el medio de la discusión, esto es, para aquellas que poseen una situación particular de orden físico o social y que por ello son acreedores de una especial protección. Teniendo esto en mente, es del interés de los y las participantes del seminario de investigación del Programa de Derecho de la Fundación Universitaria de Popayán conocer cuáles han sido las medidas de amparo que se han establecido para los trabajadores sindicalizados, las mujeres en estado de embarazo, los pre pensionados y las personas en situación de discapacidad, partiendo del reconocimiento de esa realidad que les impide desarrollar sus labores en condiciones normales. En relación con las actividades que adelantan los trabajadores sindicalizados, la Corte Constitucional ha expresado que

*“(...) las asociaciones sindicales tienen la finalidad de proteger los intereses de los afiliados ante el empleador buscando siempre promover el mejoramiento de las condiciones laborales. Para garantizar que las asociaciones sindicales cumplan con sus objetivos, el ordenamiento jurídico ha previsto unos mecanismos para su protección, dentro de los cuales se encuentra el fuero que cobija a los fundadores y directivos de las organizaciones sindicales (...)*” (Sentencia T 308 de 2013).

De conformidad con el Censo Sindical 2017, realizado por el Ministerio de Trabajo, con participación de varias centrales sindicales, tenemos que

*“Para el 2017, considerada una población nacional de 49.291.925, de la cual, la población económicamente activa llegaba al 50.1% y la población ocupada era del 45.4%, tenemos que el grado de sindicalización en Colombia con relación a la PEA era DEL 5,8%, mientras que con relación a la población ocupada era del 6,4%”.*

Es decir, que del total de personas ocupadas (22.382.580, que es 45,4% de la población nacional para el 2017), solo 1.432.485 son sindicalizadas. Con base en esta información, se concluye que la actividad sindical es desarrollada por una amplia minoría, lo cual llama la atención si se tiene en cuenta que la importancia de su ejercicio, que por naturaleza exige necesariamente la confrontación con quien lo emplea, tal como lo dice la Corte, poniendo en riesgo la principal forma de sustento de muchos trabajadores.

Respecto de la situación de las mujeres en estado de embarazo, la Encuesta Nacional de Demografía 2015 (ENDS 2015) realizada por el Ministerio de Salud y Profamilia, pone en evidencia algunas prácticas discriminatorias hacia este grupo poblacional, como es la solicitud de pruebas de embarazo para la contratación de personal, pese a estar prohibidas (Sentencia T 071 de 2007), en donde al 27, 5% de las mujeres entre 20 y 24 años y al 42% de las mujeres entre 30 y 34 años le exigieron la prueba. Esta encuesta pone de presente igualmente el despido de la mujer en estado de embarazo como una actividad recurrente: el 2,7 % de las mujeres entre 25 y 29 años, el 4,0% entre 30 y 34 años y 4,3% entre 35 y 39 años han sido objeto de esta práctica.

De otro lado, tenemos a las personas que están cercanas a pensionarse, mejor conocidos como los pre pensionados, cuya protección se sustenta, en primer lugar, en la proximidad para cumplir con los requisitos que exige la ley para obtener la pensión de vejez, esto es, la edad y las semanas cotizadas o el tiempo de servicios; y en segundo lugar, en el deber de guarda de la vejez que confiere al Estado la Constitución Política en su artículo 46, bajo el entendido de que es muy difícil para una persona de la tercera edad obtener un trabajo que le permita obtener los recursos que requiere para subsistir, estando tan cerca de obtener la pensión (Sentencia T 357 de 2016). Tan evidente es esta situación que el legislador ha regulado la garantía de manera expresa, a través del artículo 12 de la Ley 790 de 2002, el cual dispone:

*“De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las*

*personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley”.*

Finalmente, tenemos el caso tanto de las personas en situación de discapacidad, como de aquellas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta por razones de salud, cuya protección se sustenta en diferentes normas, partiendo de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, que en su artículo 2 describe como discriminación

*“cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo (...)”;*

A nivel nacional encontramos la Constitución Política, en sus artículos 13, 47 y 54, y regulaciones como la Ley 1145 de 2007 que establece el Sistema Nacional de Discapacidad, la Ley Estatutaria 1618 de 2013, por medio de la cual se establecen disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, y la Ley 361 de 1997, que se considera la ley marco de discapacidad, y dentro de ella el artículo 26, el cual establece la prohibición de despido de este grupo poblacional sin que medie una justa causa y sin la autorización de la autoridad competente.

La regulación existente busca la integración de las personas en situación de discapacidad a la vida en sociedad y evitar cualquier forma de discriminación, lo cual resulta fundamental en materia laboral, teniendo en cuenta que se trata de una población considerable: Así, la II Encuesta Nacional del Ministerio de Trabajo sobre las condiciones de Seguridad y Salud en el Trabajo realizada en el 2013 establece que el 84,9% de las causales de incapacidad correspondían a enfermedades o accidentes de origen común, un 1,4% corresponden a enfermedades o accidentes laborales. En el mismo sentido, un estudio realizado por la ANDI arrojó como resultado que para el año 2015 el 59,9% de los casos de ausentismo laboral en las empresas se debían a enfermedades de origen común y el 10,4% a enfermedades y accidentes laborales. Para el año 2016, la misma ANDI estableció que las causas de ausentismo laboral se equiparan a unos porcentajes cercanos al 76,1% debido a incapacidades por enfermedad general,

el 19,1% es atribuido a permisos y licencias y el 4,8% se debe a accidentes y enfermedades laborales.

Podemos decir que lo expuesto anteriormente, es un panorama general de la realidad que justifica nuestro interés en los sujetos escogidos para nuestra investigación, y en la forma en la que la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia ha resuelto los asuntos referidos a la protección laboral. Al final, se busca que este estudio pueda constituirse en un referente que permita conocer los supuestos de hecho y los requisitos que dan lugar a la protección, lo cual puede ser de gran interés para quienes deseen la resolución de ese conflicto empleador – trabajador ya citado.

### **Quienes y porque son Sujetos de especial protección constitucional**

Constitucional y jurisprudencialmente en Colombia se ha establecido, que las mujeres en estado de gestación son sujetos de especial protección y tal protección se desprende de la adopción del Estado social de derecho instituido con la Constitución de 1991. Es así como, en virtud del principio y derecho fundamental a la igualdad (artículo 13 C.P), -dicha igualdad comprendida en sentido amplio, es decir, tanto igualdad formal como material, entendida esta última como una igualdad real y efectiva en favor de los grupos marginados y de personas que por cualquier razón se encuentre en desventaja frente a los demás-, se le impone al Estado la obligación de establecer medidas y realizar actos de discriminación positiva en aras de garantizar condiciones de vida digna a sus asociados, estableciendo de esta manera, la obligación de proteger de manera especial a grupos que históricamente han sido víctima de discriminación, entre ellos a las mujeres embarazadas, garantizándoles así, el ejercicio de sus derechos en los diferentes ámbitos de su vida.

De esta manera, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sostenido que el “amparo reforzado de la mujer como integrante de los sujetos de especial protección constitucional, durante la gestación y la lactancia es un mandato superior, que se deriva principalmente de cuatro fundamentos principales”, a saber:



1. **“El derecho de las mujeres a recibir una especial protección durante la maternidad**, lo que implica a su vez dos obligaciones a cargo del Estado: la especial protección de la mujer embarazada y lactante –sin distinción–, y **un deber prestacional que consiste en otorgar un subsidio cuando esté desempleada o desamparada**. En este sentido, se trata de una protección general para *todas las mujeres gestantes*.
  
2. **La protección de la mujer embarazada o lactante de la discriminación en el ámbito laboral**. El fin de la salvaguarda en este caso es impedir la discriminación que, a raíz del embarazo, pueda sufrir la mujer, específicamente la terminación o la no renovación del contrato por causa o con ocasión de esa condición o de la lactancia. De este modo, el fuero de maternidad, encuentra también su sustento en la cláusula general de igualdad de la Constitución que proscribe la discriminación por razones de sexo, así como en el ya mencionado artículo 43 Superior, que dispone la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres.
  
3. **La protección del derecho fundamental al mínimo vital y a la vida**. Este derecho, como bien jurídico de máxima relevancia constitucional, implica no solo la protección de la mujer durante la etapa gestacional, sino también se extiende a la protección al ejercicio pleno de la maternidad. De este modo, la protección de la mujer durante el embarazo también responde al valor que la Constitución le confiere a la vida en gestación, para lo cual contempla una protección específica y diferenciable de aquella que se otorga al derecho a la vida.
  
4. Por último, **la relevancia de la familia en el orden constitucional** es una justificación adicional de la especial protección de la mujer gestante y lactante”.

Por otro lado, en la Sentencia SU-070 de 2013, la Corte estableció que dicha especial protección emana del derecho a la vida como “un valor fundante del ordenamiento constitucional”. Así las cosas, señaló que,

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

Ahora bien, es en razón de todo lo anterior y principalmente del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo en el trabajo, que el legislador instituyó una protección reforzada en el ámbito laboral para la mujer en estado de gravidez, contenida en los artículos 239, 240 y 241 del C.S.T., artículos en los que se encuentra previsto el fuero de maternidad, los cuales consagran diferentes medidas de protección como son: “la prohibición general de despido en razón del embarazo o lactancia, sin la autorización previa del Inspector del Trabajo; la presunción, de que el despido efectuado dentro del periodo del embarazo y/o dentro de los 3 meses posteriores al parto, tuvo como motivo o causa el embarazo o la lactancia; una indemnización por despido si autorización del Ministerio del Trabajo; el derecho de la trabajadora a disfrutar del descanso remunerado por su licencia de maternidad, o en caso de interrupción total o parcial, el correspondiente pago durante dicho término; la obligación para el empleador de mantener vinculada a la trabajadora que disfruta de los descansos remunerados en razón de la licencia de maternidad, periodo de lactancia o en caso de aborto, y finalmente, la sanción de ineficacia del despido que se efectúe en dichos periodos”.

### **Requisitos corte constitucional**

En cuanto a los requisitos de procedencia de la estabilidad laboral reforzada a la maternidad y la lactancia en el ámbito del trabajo, en la Sentencia SU-075 de 2018 la Corte Constitucional se remite a la regla establecida en la Sentencia SU-070 de 2013, la cual esgrime como únicos requisitos, sin poder exigirse otros, los siguientes:

- a. La existencia de una relación laboral o de prestación y;
- b. Que la mujer se encuentre en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación.

No obstante, el **alcance de la protección** se debe determinar a partir de dos factores:

- a. El conocimiento del embarazo por parte del empleador; y
- b. La alternativa laboral mediante la cual se encontraba vinculada la mujer embarazada.

En cuanto al conocimiento del embarazo por parte del empleador, a partir de la Sentencia SU 075 de 2018, se debe tener en cuenta una modificación, pues en esta ocasión la Corte indica que, cuando el empleador no conoce el estado de gestación de la trabajadora, independientemente de si el despido se originó en una justa causa, no desencadena la protección por fuero de maternidad derivada de la estabilidad laboral reforzada; por el contrario, cuando existe conocimiento del empleador se mantiene la regla prevista en la Sentencia SU-070 de 2013, la cual establece que se debe aplicar la protección originada por el fuero de maternidad y lactancia.

En otras palabras, cuando el empleador desconoce el embarazo y el contrato laboral termina, no se puede alegar que existe discriminación y, por ende, no se aplica el fuero de maternidad.

**Tabla 1. Requisitos cortes**

<b>REQUISITOS CORTE CONSTITUCIONAL</b>	<b>REQUISITOS CORTE SUPREMA DE JUSTICIA</b>
<p>La Corte Constitucional esgrime como únicos requisitos, sin poder exigirse otros, los siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>c. La existencia de una relación laboral o de prestación y;</li> <li>d. Que la mujer se encuentre en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación.</li> </ul>	<p>La protección reforzada a la maternidad y la lactancia en el ámbito del trabajo <b>procede cuando se demuestre</b>, sin ninguna otra exigencia adicional, lo siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li><b>A)</b> La existencia de una relación laboral o de prestación y;</li> <li><b>B)</b> Que la mujer se encuentra en estado de embarazo o dentro de los tres meses</li> </ul>

<p>No obstante, el <b>alcance de la protección</b> se debe determinar a partir de dos factores:</p> <p>c. El conocimiento del embarazo por parte del empleador; y</p> <p>d. La alternativa laboral mediante la cual se encontraba vinculada la mujer embarazada.</p>	<p>La necesidad de proteger a la mujer en estado de embarazo, no solo a partir de los lineamientos constitucionales y legales internos, sino de la legislación internacional ratificada por Colombia que obliga a impartir una especial protección a este grupo poblacional históricamente discriminado</p> <p>A) El conocimiento del embarazo por parte del empleador; y</p> <p>B) La alternativa laboral mediante la cual se encontraba vinculada la mujer embarazada.</p>
--	--

Fuente: Sentencia SU-070 de 2013

### ¿Cómo procede esta protección Constitucional en la Corte Constitucional?

#### **Procedencia de la acción de tutela en materia de protección constitucional reforzada de mujeres embarazadas en el ámbito laboral**

La Corte Constitucional en la Sentencia SU 070 de 2013 estableció que las reglas de procedencia de la acción de tutela en materia de protección constitucional reforzada de mujeres embarazadas en el ámbito laboral “son las generales que han sido definidas en reiterada jurisprudencia”, Añadió que:

- El amparo debe interponerse en un plazo razonable y que la exigencia de vulneración o amenaza al mínimo vital de la madre o del recién nacido es necesaria únicamente cuando se discute la protección reforzada de la maternidad en sede de tutela.
- Manifestó que el juez de tutela debe valorar, en cada caso concreto, los supuestos que rodean el despido de la trabajadora, para determinar si subsisten las causas que dieron origen a la relación laboral. Por tanto, estimó que debe darse un trato diferenciado “si se trata de cargos de temporada o de empresas pequeñas, respecto de cargos permanentes

dentro de grandes compañías o cuando la vacante dejada por la trabajadora despedida fue suplida con otro trabajador”.

- Indicó que las reglas derivadas de la protección constitucional reforzada a la mujer embarazada y lactante que han sido definidas en esas consideraciones se extienden por el término del periodo de gestación y la licencia de maternidad, es decir, aproximadamente los cuatro meses posteriores al parto.
- Finalmente, en aquellos eventos en los cuales corresponde ordenar al empleador el pago de las cotizaciones a la seguridad social que se requieran para que la mujer embarazada pueda acceder a la licencia de maternidad, y ya tuvo lugar el nacimiento del hijo, el empleador deberá cancelar la totalidad de la licencia como medida sustitutiva.

En cuanto al **carácter subsidiario** del amparo constitucional, en principio el artículo 86 de la Constitución establece que este solo procede ante la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial para proteger el derecho, a menos que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. No obstante, cuando el amparo es invocado por personas que constitucionalmente gozan de especial protección, el examen de procedencia de la acción de tutela debe ceder.

*“La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que aunque en principio la acción de tutela (dada su naturaleza subsidiaria), no es el mecanismo adecuado para solicitar el reintegro laboral y el pago de las acreencias derivadas de un contrato de trabajo, en los casos en que el accionante sea titular del derecho a la estabilidad laboral reforzada por encontrarse en una situación de debilidad manifiesta, la acción de tutela pierde su carácter subsidiario y se convierte en el mecanismo de protección preferente”.*  
Sentencia T-350 de 2016, Corte Constitucional.

La anterior posición fue reafirmada por la Sentencia SU 075 de 2018, al respecto estableció que, “la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela y el carácter legal de las relaciones laborales implican, en principio, la improcedencia del amparo, pues los trabajadores tienen a su disposición acciones judiciales específicas para solicitar el restablecimiento de sus derechos cuando consideran que han sido despedidos. No obstante, la Corte Constitucional ha reconocido que en circunstancias especiales, como las que concurren en el caso del fuero de maternidad, las acciones ordinarias pueden resultar inidóneas e

ineficaces para brindar un remedio integral, *motivo por el cual la protección constitucional procede de manera definitiva*”.

### **Contenido de la protección del fuero de maternidad y las reglas generales aplicables a esta garantía.**

Con el fin de dar cumplimiento a los mandatos constitucionales, desde 1938 el legislador ha venido estableciendo medidas de protección en aras de promover la igualdad de la mujer en el ámbito laboral, dichas medidas han sido condensadas en el *fuero de maternidad*, como una materialización de la “especial protección a la mujer embarazada, de los cuales se deriva el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada”. Sentencia SU-075/2018.

La Corte Constitucional ha señalado que el fuero de maternidad tiene sustento en los artículos 239, 240 y 241 del C.S.T., los cuales instituyen diferentes medidas de protección, encaminadas a hacer efectivo ese blindaje a la mujer embarazada y lactante:

- (i) El numeral 1° del artículo 239 del CST impone una **prohibición general de despido a las mujeres por motivo de embarazo o lactancia** y precisa que dicha desvinculación únicamente puede realizarse con “la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa”;
  
- (ii) En consonancia con la norma anterior, el artículo 240 del CST dispone que, para que sea legal el despido de una trabajadora durante el período de embarazo “o los tres meses posteriores al parto”, **el empleador necesita la autorización del inspector del trabajo o del alcalde municipal**, en los lugares en donde no existiere aquel funcionario. Así mismo, este permiso de desvinculación sólo puede concederse en virtud de una de las justas causas enumeradas en los artículos 62 y 63 del CST.
  
- (iii) El numeral 2° del artículo 239 del CST establece una **presunción**, de conformidad con la cual se entiende **que el despido efectuado dentro del período de embarazo y/o dentro de los tres meses posteriores al parto tuvo como motivo o causa el embarazo o la lactancia.**

(iv) El numeral 3° del artículo 239 del CST prevé una **indemnización por despido** sin autorización del Ministerio del Trabajo (o del alcalde municipal según el caso), la cual es independiente de los salarios y prestaciones a los cuales tiene derecho la trabajadora de acuerdo con el contrato de trabajo.

(v) El numeral 4° del artículo 239 del CST indica que si la mujer trabajadora no ha disfrutado del descanso remunerado que corresponde a su licencia de maternidad, **“tendrá derecho al pago de las semanas que no gozó de licencia”**. En otras palabras, cuando por alguna “razón excepcional” exista alguna interrupción total o parcial del período de descanso remunerado al cual tiene derecho, se debe efectuar el pago correspondiente a la licencia de maternidad durante dicho término.

(vi) Finalmente, el artículo 241 del CST impone la **obligación para el empleador de mantener vinculada a la trabajadora que disfruta de los descansos remunerados** contemplados en dicho capítulo (licencia de maternidad, lactancia y descanso remunerado en caso de aborto). Además, **sanciona con la ineficacia** “el despido que el empleador comunique a la trabajadora en tales períodos”, es decir, en los descansos remunerados anteriormente mencionados.

De esta manera la Corte aclara que el fuero de maternidad no es una correa de fuerza que obliga al empleador a mantener vinculada a la trabajadora en estado de embarazo, pues ante la existencia de una justa causa, el empleador si puede terminar la relación laboral, pero con la anuencia y la correspondiente autorización del Ministerio de Trabajo.

Por otro lado, es necesario señalar que la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, ha precisado la distinción entre “la presunción de desvinculación en razón del embarazo, y la extensión de garantía de ineficacia del despido” (Sentencia de 10 de mayo de 2017. SL7363-2017. Rad. 45297.Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral), así las cosas, dicha presunción solo es aplicable en el periodo de gestación y dentro de los 4 meses posteriores al parto, en este punto la presunción desaparece, ahora bien, en adelante, “en el segundo trimestre posterior al parto, lo que opera es la protección a la trabajadora lactante”, y en caso

de despido le corresponde al demandante probar que el despido efectuado durante este periodo fue motivado en la condición de madre lactante.

De este modo, ha dicho la Corte Constitucional que, “pueden existir distintos tipos de medidas entre las cuales se encuentran: (i) el reintegro de la trabajadora; (ii) el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir; (iii) las indemnizaciones previstas en el CST; (iv) la obligación de reconocer las cotizaciones durante el período de gestación y hasta que la empleada tenga derecho a la licencia de maternidad, entre otras”. “La protección a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres se concreta, en principio, mediante el reintegro o la renovación del contrato de trabajo (según el caso). No obstante, también ha señalado que la salvaguarda de la alternativa laboral de las mujeres gestantes y lactantes también se protege *“desde la óptica de la garantía de los medios económicos necesarios para afrontar tanto el embarazo como la manutención del(a) recién nacido(a)”* Sentencia SU 070 de 2013. Corte Constitucional

Además de lo anterior, la Corte ha establecido, que la protección laboral reforzada a la mujer embarazada opera independientemente de la relación laboral que exista entre las partes, ya sea, si se trata de un contrato de trabajo a término fijo, indefinido, por obra o labor determinada o a través de una cooperativa de trabajo asociado, pues lo que se pretende es la salvaguarda de los derechos de la madre gestante y lactante; lo que determina el tipo de relación laboral en sí, es el alcance de la protección a la cual tiene derecho la trabajadora que ha sido desvinculada de su trabajo en razón de su estado.

*“De esta manera, la garantía del fuero de maternidad y lactancia cobija todas las modalidades y alternativas de trabajo dependiente, por cuanto el principio de estabilidad en el empleo se predica de todos los trabajadores, sin importar la naturaleza del vínculo contractual. En este sentido, “el fundamento que sostiene la posibilidad de adoptar medidas de protección en toda alternativa de trabajo de las mujeres embarazadas, es la asimilación de estas alternativas a una relación laboral sin condiciones específicas de terminación; categoría esta que se ha concretado en las normas legales como punto de partida para la aplicación de la protección contenida en el denominado fuero de maternidad”* Sentencia SU 070 de 2013. Corte Constitucional

En cuanto a la situación de las mujeres embarazadas vinculadas mediante contrato de prestación de servicios ha dicho la corte, que el fuero de maternidad no aplica para los contratos de



prestación de servicios, pero el juez de tutela está facultado para analizar de acuerdo a las pruebas, si se da las condiciones para la existencia de un contrato de trabajo y de ser el caso ordenar lo pertinente como si fuera un contrato a término fijo.

**Tabla 2 Ejercicios comparativos: Diagrama Problema Jurídico Corte Constitucional**

¿De acuerdo con la jurisprudencia constitucional emitida durante el periodo 2013 a 2018, vulnera el empleador los derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital, a la seguridad social y a la estabilidad laboral de personas de especial protección constitucional como las mujeres gestantes, al ser desvinculadas de su trabajo y que no se renueve su vinculación?			
tesis A	Revoca	No Revoca	tesis B
Opera la estabilidad laboral de una mujer embarazada por fuero de maternidad, por el solo hecho de quedar en embarazo durante una relación laboral y por lo tanto hay lugar al reconocimiento de prerrogativas que impiden el desamparo, protegiendo el derecho al mínimo vital y por ende la calidad de vida tanto de la madre como del recién nacido e incluso de su núcleo familiar. Dicha protección no depende del conocimiento de su	SU-070/2013  T-796/2013  T-312/2014  T-092/2016	SU 075/2018	Cuando el empleador no conoce el estado de gestación de la trabajadora, independientemente de si el despido se originó en una justa causa, no desencadena la protección por fuero de maternidad derivada de la estabilidad laboral reforzada; por el contrario, cuando existe conocimiento del empleador se mantiene la regla prevista en la Sentencia SU-070 de 2013, la cual establece que se debe aplicar la protección originada

estado por parte del empleador.		por el fuero de maternidad y lactancia.
---------------------------------	--	---

Fuente: esta investigación

A partir del estudio realizado a los fallos emitidos por la Corte Constitucional desde el año 2013 hasta el año 2018, se puede evidenciar que este Alto Tribunal mantuvo una posición uniforme en las sentencias SU-070 de 2013, T-796 de 2013, T-312 de 2014 y T-092 de 2016, respecto al derecho de la estabilidad laboral reforzada por fuero de maternidad y el consecuente reconocimiento de las medidas de protección que este genera al configurarse la desvinculación del trabajo, de las mujeres en estado de gravidez, aun sin el conocimiento de dicho estado por parte del empleador, adoptando así una posición más garantista de los derechos de las mujeres en virtud del principio de solidaridad que impone el Estado social de derecho; no obstante en el fallo emitido el 24 de julio del año 2018, al decidir la revisión de tres expedientes de tutela, en dos de los cuales la Corte no protegió el derecho a la estabilidad laboral reforzada aduciendo que el empleador no tenía conocimiento del estado de embarazo de las trabajadoras, porque dicha protección se origina del derecho a la igualdad y principio de no discriminación por razón de sexo en el trabajo que estipula el artículo 239, 240 y 241 del C.S.T., y no en virtud del principio de solidaridad el cual tiene fundamento en el artículo 43 de la Constitución Política, que estipula que la especial protección a las mujeres gestantes es una obligación que recae en principio en el Estado, y por ende no puede trasladarse dicha obligación completamente al empleador, pues sería una carga desproporcionada, ya que esto fomenta la discriminación laboral, pues al generar un eventual sobre costo para la contratación femenina el empleador puede abstenerse de vincular personal femenino a su planta de personal.

Así las cosas, respecto del tema se evidencian dos posiciones de la Corte, la primera, que reconocía que, por el solo hecho de quedar en embarazo durante una relación laboral, las trabajadoras ya se hacían acreedoras a prerrogativas que impedían el desamparo, protegiendo el derecho al mínimo vital y por ende la calidad de vida tanto de la madre como del recién nacido e incluso de su núcleo familiar. Y la segunda posición, se exige como requisito indispensable el conocimiento del estado de embarazo por parte del empleador, para poder otorgar las medidas derivadas de la protección por fuero de maternidad.

En síntesis, con la sentencia SU 070 de 2013, la Corte Constitucional había precisado que teniendo en cuenta el caso concreto o la situación específica en la que se encontrara la trabajadora y del conocimiento de su estado por parte del empleador, se podían establecer diferentes grados de protección, una protección integral y completa, desencadenada por el conocimiento que tuvo el empleador antes de la desvinculación, caso en el cual se debía ordenar el reintegro y pago de erogaciones dejadas de percibir en los términos del artículo 239 del C.S.T.; en segundo grado, una protección intermedia, por medio de la cual se obligaba al pago de cotización a salud en el estado de embarazo o pago de licencia de maternidad si el parto ya sucedió, sumado al reintegro si todavía procede, o el pago de prestaciones y salarios dejados de percibir; y por último, una protección débil, por la cual se obliga al pago de cotización a salud en el estado de embarazo o pago de licencia de maternidad si el parto ya sucedió, esto en virtud del desconocimiento del estado de embarazo de la trabajadora (Sentencia SU 075 de 2018).

Por lo tanto, a raíz de la modificación que hizo la Corte en la Sentencia SU 075 de 2018, el tercer grado de protección, es decir la protección débil, desapareció, y de aquí en adelante la Corte señaló que en este caso, como la carga de protección le corresponde al Estado y no al empleador, la mujer trabajadora embarazada tiene otras alternativas, en principio, “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”.

Por otro lado,

*“si la mujer embarazada se encuentra desempleada puede recibir atención en salud (i) en el Régimen Contributivo como beneficiaria o afiliada adicional; (ii) mediante el mecanismo de protección al cesante, el cual asumirá el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud; (iii) a través del Régimen Subsidiado, en condición de afiliada; y (iv) en todo caso, las mujeres en estado de embarazo o en período de lactancia y sus hijos deben ser atendidos por el Sistema de Seguridad Social en Salud con cargo a las entidades territoriales, aún si no están afiliados a ningún régimen de salud.”*

Y, por último,

*“los mecanismos de protección dispuestos en la Ley 1636 de 2013 y sus decretos reglamentarios ofrecen una garantía para el mínimo vital de las mujeres gestantes desempleadas y establecen una serie de prestaciones económicas que garantizan la dignidad humana y el mínimo vital de las mujeres embarazadas que cumplan con los requisitos para acceder a ellos. Tales beneficios son: (i) el pago de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social; (ii) el reconocimiento de la cuota monetaria del subsidio familiar; y (iii) la entrega de los bonos de alimentación”*

Por consiguiente, la decisión que adopta el Tribunal Supremo **“no implica un desconocimiento de los derechos fundamentales de las mujeres embarazadas y de sus hijos menores de edad”**.

**Tabla 3. Diagrama Problema Jurídico Corte Suprema de Justicia**

¿De acuerdo con la jurisprudencia de la corte suprema de justicias emitida durante el periodo 2013 a 2018, vulnera el empleador los derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital, a la seguridad social y a la estabilidad laboral de personas de especial protección constitucional como las mujeres gestantes, al ser desvinculadas de su trabajo y que no se renueve su vinculación			
tesis A	Casa	No Casa	tesis B
-La protección a la maternidad es una garantía que debe cumplirse sin importar la modalidad de contratación o el sector al que pertenezca la madre gestante. - La Corte considera , que es su deber de atención a la necesidad de propender por la continua reivindicación de los derechos de la mujer embarazada, que le permitan no solo mantener su posición como trabajadora, sino también -en amparo del mínimo vital-	SL-1097-2019 SL 1319 2018 STL 3728-2017 STP 4523-2017 SL 4791-2015		La figura del fuero de maternidad opera para las diferentes clases de contratos laborales, en ese sentido al ser diferente la modalidad contractual también cambian las reglas que obligan al empleador a respetar el vínculo laboral con su empleada, pero que en todo caso se debe establecer si el empleador conocía o no del estado de gravidez. - El fuero de maternidad no aplica para los contratos de prestación de servicios, pero el juez de tutela está facultado para analizar de acuerdo a las pruebas si se da las

		condiciones para la existencia de un contrato de trabajo y de ser el caso ordenar lo pertinente como si fuera un contrato a término fijo.
--	--	---

Fuente: esta investigación

## **Resultados**

Como se puede evidenciar dentro de esta línea la Corte Suprema de Justicia a pesar de estudiar a fondo la situación de los empleadores, se mantiene en firme en cuanto a la protección de las mujeres en estado de gestación, nos orientar su jurisprudencia hacía una cobertura más amplia de la trabajadora embarazada como sujeto de especial protección durante el período de gestación y después del parto, dada la importancia social de la maternidad y la usual discriminación de la mujer en razón de ésta.

### **SL-1097-2019**

Advierte la Corte que hay que tener claro, si la protección laboral reforzada busca mantener la estabilidad física, psíquica y emocional de la madre gestante, pues no es correcto enviar a este comunicado de despido en el periodo de su licencia de maternidad.

CASA la sentencia favor de la demandante, y revocar las decisiones de primera y segunda instancia.

### **SL 1319 -2018**

La ley prevé la protección laboral de estabilidad en el trabajo, y también derivada del sistema de seguridad social integral, para mantener los ingresos de la madre durante el tiempo que permanezca sin acudir a realizar sus labores por ese motivo, se ha hecho referencia, el legislador limita la facultad del empleador de terminar el contrato de trabajo

CASA la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 28 de enero de 2011, en el proceso ordinario laboral.

### **STL 3728-2017**

Lo cierto es que en el presente asunto se encuentran garantizados los derechos fundamentales de la accionante y del nasciturus, a fin de garantizar los derechos del menor que está por nacer, se continuó realizando los aportes de Seguridad Social en Salud, de conformidad con la Ley 100 de 1993, por medio de la planilla PILA hasta la fecha de finalización de la licencia de maternidad

### **STP 4523-2017**

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha señalado que cuando el juez constitucional determine que no existen elementos de juicio suficientes para presumir que la desvinculación de la trabajadora se produjo por su estado de gravidez, en virtud del principio de solidaridad, resulta viable ordenar el pago de las cotizaciones respectivas a seguridad social, después de la cesación de la relación laboral o el contrato y hasta el momento en que la mujer acceda a la prestación económica de la licencia de maternidad.

Revocar la sentencia impugnada y, en su lugar, tutelar el derecho fundamental a la seguridad social de CAROLINA SOTO GÓMEZ, y hacer los pagos correspondientes de la seguridad social

### **SL 4791-2015**

La Corte considera , que es su deber de atención a la necesidad de propender por la continua reivindicación de los derechos de la mujer embarazada, que le permitan no solo mantener su posición como trabajadora, sino también -en amparo del mínimo vital-, percibir ingresos que le permitan sufragar sus gastos y los del hijo que está por nacer y, consecuentemente, la posibilidad de acceder a los servicios de salud, tan frecuentemente necesarios en esa etapa de la vida tanto de la madre como del nasciturus.

CASA la sentencia proferida por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a favor de la demandante.

### **Conclusiones**

Como podemos evidenciar dentro de esta línea, la Corte Suprema de Justicia a pesar de estudiar a fondo la situación de los empleadores, se mantiene en firme en cuanto a la protección de las mujeres en estado de gestación, nos orientar su jurisprudencia hacía una cobertura más amplia de la trabajadora embarazada como sujeto de especial protección durante el período de gestación y después del parto, dada la importancia social de la maternidad y la usual discriminación de la mujer en razón de ésta.

La Corte considera , que es su deber de atención a la necesidad de propender por la continua reivindicación de los derechos de la mujer embarazada, que le permitan no solo mantener su posición como trabajadora, sino también -en amparo del mínimo vital-, percibir ingresos que le permitan sufragar sus gastos y los del hijo que está por nacer y, consecuentemente, la posibilidad de acceder a los servicios de salud, tan frecuentemente necesarios en esa etapa de la vida tanto de la madre como del nasciturus en efecto, el carácter de progresión social que identifica al derecho Laboral y de la Seguridad Social, le impone a esta Corporación orientar su jurisprudencia hacía una cobertura más amplia de la trabajadora embarazada como sujeto de especial protección durante el período de gestación y después del parto, dada la importancia social de la maternidad y la usual discriminación de la mujer en razón de ésta.

## **REFERENTES BIBLIOGRÁFICOS**

ANDI 2017

Censo Sindical 2017

Corte constitucional

En Sentencia T – 445 de 2014

la Sentencia SU-075 de 2018

Sentencia SU-070 de 2013

Sentencia T 308 de 2013

Sentencia T 357 de 2016

SU-070 de 2013

de Bogotá, C. D. C. (1991). Constitución política de Colombia.

Encuesta Nacional de Demografía 2015

la Ley 790 de 2002

Ley Estatutaria 1618 de 2013