

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA EN MUJERES GESTANTES O
LACTANTES.

Análisis Legal y Jurisprudencial del reintegro y las indemnizaciones por despido, en periodo de embarazo, como garantías que protegen este principio. (2011-2017)

GLORIA YASMÍN HENAO ROJAS

C.C 52.221.995

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

PROGRAMA DE DERECHO

BOGOTÁ, D.C.

2018

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA EN MUJERES GESTANTES O
LACTANTES.

Análisis Legal y Jurisprudencial del reintegro y las indemnizaciones por despido, en
periodo de embarazo, como garantías que protegen este principio. (2011-2017)

GLORIA YASMÍN HENAO ROJAS

Trabajo de Grado para optar por el título de Abogada

Director: DANIEL ALFONSO BARRAGÁN RONDEROS

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
PROGRAMA DE DERECHO
BOGOTÁ, D.C.

2018

Índice general

Introducción	2
Capítulo 1. Conceptualización del Principio de Estabilidad Laboral Reforzada de Mujeres gestantes o Lactantes, en Colombia	5
Capítulo 2. Legislación y Jurisprudencia, entre 2011 y 2017, sobre trabajadoras gestantes o lactantes.....	21
Capítulo 3. El Reintegro y las Indemnizaciones por despido, en periodo de embarazo, como garantías que protegen la permanencia en el empleo, en trabajadoras gestantes o lactantes.....	48
Conclusiones	72
Lista de referencias	76
Anexos	83

Índice de tablas

Tabla 1. <i>Clases de Discapacidad</i>	14
--	----

Resumen

La Estabilidad Laboral Reforzada es un principio fundamentado en el art 53 de la Constitución Política de Colombia de 1991, que busca proteger a personas en estado de vulneración, y se aplica a diferentes titulares, entre los cuales está la mujer embarazada. De dicho principio, nace el derecho a la permanencia en el empleo, el cual permite que el trabajador conserve su puesto de trabajo.

En el caso de la trabajadora embarazada o lactante, el derecho puede ser vulnerado, cuando ésta es despedida en virtud de su estado. Por tal razón, surge la necesidad de protegerlo, a partir de medidas que le garanticen permanecer en su cargo mientras se encuentre embarazada o lactante, y algunas medidas que podrían garantizar su permanencia, tienen que ver con el reintegro y las indemnizaciones por despido, que se han desarrollado en la legislación y jurisprudencia colombiana en los últimos 8 años.

En ese sentido, el presente trabajo es un análisis de las dos medidas, Reintegro e indemnización por despido no autorizado, en la legislación y jurisprudencia, comprendida entre 2011 y 2013, con el fin de comprobar que estas medidas le garantizan a la trabajadora, gestante o lactante, permanecer en su empleo.

Palabras clave: Estabilidad Laboral, Estabilidad Reforzada, Fuero de maternidad, Derecho Laboral, Gestación, Lactancia, Licencia de maternidad.

Abstract

Reinforced Labor stability is a principle founded on the 53rd. article of the 1991 Colombian Constitution. Its purpose is to protect people in a state of vulnerability, and it applies to diverse types of individuals; amongst these, are women who are gestating or lactating. From this principle derives the right to permanence of the employment, which allows workers to remain in their jobs.

In the case of the pregnant woman, or that of the one who is lactating; their right can be venerated when she is discriminated because of her state. For this reason, it becomes necessary to protect her. Starting with a series of measures that assure her employment and deal directly with reinstatement of employment and compensation for wrongful termination, both legislation and jurisprudence have been put into place within the last 8 years.

In this fashion, the present monograph is an analysis of two of these measures: Employment reinstatement and payment of back wages and damages for undue termination; in the framework of Colombian legislation and jurisprudence between 2011 and 2013. With the objective to prove that these measures guarantee the protection of her employment to women who are in gestation or lactating periods.

Key words: Labor Stability; Reinforced Stability; Maternity Protection at Work; Labor Law; Gestation; Lactation; Maternity Leave.

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

Introducción

La Estabilidad Laboral, es un concepto que, a pesar de haberse consagrado como principio en la Constitución Política de Colombia de 1991, tiene como antecedentes distintas teorías de las cuales algunas han servido para elaborar la regulación del Derecho Laboral en Colombia, lo cual ocurre en la segunda mitad del siglo XX con el surgimiento del Código Sustantivo del Trabajo. Dichas teorías presentan diferentes definiciones de Estabilidad en el empleo, y por tal razón, unas se relacionan con el derecho laboral, mientras que otras con el contractual.

Al momento de llevarse a la Constitución como Principio, se observa, sin embargo, que solo tiene cabida la que se orienta a proteger los derechos y garantías laborales, estableciendo en consecuencia un solo sentido dentro del texto constitucional, del que es posible derivar el derecho a la permanencia en el empleo, que hace que todo trabajador pueda conservar su puesto de trabajo por el tiempo que fuere necesario, si cumple con sus debidas funciones.

La Estabilidad Laboral se considera como un principio fundamental del trabajo, tal como se ha consagrado en el texto constitucional, y eso implica que toda legislación y jurisprudencia laboral lo tenga presente. Éste, adquiere el carácter de Reforzado, cuando busca proteger los derechos laborales a cierto grupo de personas en condiciones de vulnerabilidad, dentro de las cuales se pueden situar las mujeres embarazadas, pero para efectuar tal protección deben existir unas garantías que lo permitan.

En tal sentido, y teniendo en cuenta que la legislación, en materia laboral, ha evolucionado en los últimos favoreciendo a las mujeres en condición de maternidad, es

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

pertinente preguntar ¿Cuáles son las garantías que la legislación laboral colombiana, entre 2013 y 2017, le ofrece a la mujer gestante o lactante para permanecer en su empleo? , pues se tiene la hipótesis de que las garantías laborales están dadas, por la legislación, con el reintegro, y con el pago de las indemnizaciones por despido, que son aplicadas dependiendo de cada caso en particular.

Por tal razón, la presente investigación tiene como objetivo Demostrar que el reintegro y las indemnizaciones por despido, en periodo de embarazo, son las garantías que la legislación y jurisprudencia entre 2011 y 2017 le ofrecen a la mujer gestante o lactante para permanecer en el empleo y para ello es necesario conceptualizar la Estabilidad Laboral, de carácter reforzado, en trabajadoras gestantes o lactantes en Colombia; establecer qué legislación y jurisprudencia, en el periodo señalado, hace referencia a la mujer en condición de embarazo o lactancia; y determinar, en el anterior marco legal, cuál ha sido el desarrollo y los alcances del Reintegro y las Indemnizaciones por despido, en periodo de embarazo, en relación con la protección del Principio de Estabilidad Laboral Reforzada.

Por lo anteriormente expuesto, se deduce que el tipo de pregunta remite al paradigma de investigación Jurídica documental y por tanto la metodología de investigación que escogida es la Jurídica dogmática, documental o teórica, que es un tipo de investigación donde “Se recoge la información de fuentes documentales, tales como libros, revistas, periódicos, manuales, tratados, folletos, enciclopedias, conferencias, simposios escritos, etcétera” (García, 2015, p. 455)

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

El método implementado, para cumplir con lo propuesto en el proyecto monográfico es el exegético interpretativo, porque mediante ésta, “... se determina el sentido de las expresiones del derecho... [Siendo] la determinación cognoscitiva de los significados de las normas jurídicas” (García, 2015, p. 452), siguiendo un itinerario que parte de lo general a lo particular.

Por lo tanto, el Primer capítulo, será la conceptualización de la Estabilidad Laboral reforzada, partiendo de la doctrina jurídica; allí se presentarán las distintas teorías que fundamentan el Principio de Estabilidad Laboral, su constitucionalización en Colombia y su clasificación, donde se expondrá su carácter reforzado y los titulares de éste. De la misma manera se expondrán las situaciones que vulneran tal principio y los mecanismos para acceder a su protección.

En el segundo capítulo, a partir de una indagación en diferentes bases de datos, como LexBase, Vlex, entre otras, se recopilará información, normativa y jurisprudencia referente a las trabajadoras gestantes o lactantes, en aras de una revisión exhaustiva que permita identificar la relación de estas con la Estabilidad Laboral Reforzada y la evolución que dicha normativa y jurisprudencia ha tenido entre los años 2013 y el 2017.

Finalmente, en el tercer capítulo se definirá, a partir de la doctrina jurídica, que es y en qué consiste el reintegro y las indemnizaciones por despido. Posteriormente se analizará en la legislación y Jurisprudencia seleccionada en el segundo capítulo, como se han desarrollado y cuáles son los alcances que han tenido las dos medidas, con el fin de comprobar que son estas las que les garantizan, a las trabajadoras gestantes o lactantes, la permanencia en el empleo.

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

Capítulo 1. Conceptualización del Principio de Estabilidad Laboral Reforzada de Mujeres gestantes o Lactantes, en Colombia

La Estabilidad Laboral, entendida como permanencia en el Empleo, es un principio que ha sido consagrado en la constitución política de Colombia de 1991 y que es aplicado en diferentes casos; este principio es sustentado y definido por diversas teorías que conllevan a distintos sentidos; por tanto, es necesario abordar dichos sentidos, con el ánimo de establecer cuál fue el que se incluyó en la constitución. Así mismo, es pertinente definir qué es un Principio Constitucional en aras de comprender lo que implica que la Estabilidad Laboral sea uno de estos.

Posteriormente, es menester presentar una clasificación del principio, para entender en qué casos es aplicado, y desde allí, explicitar el carácter reforzado que es donde se sitúan las mujeres gestantes o lactantes. Finalmente es imprescindible señalar las situaciones en las que se puede vulnerar el principio, en mujeres gestantes o lactantes, así como los mecanismos para su protección.

Sentidos de la Estabilidad en el Empleo

En el marco del derecho del trabajo colombiano, la Estabilidad Laboral o en el Empleo, es entendida como uno de los principios bajo el cual se rigen las normas de protección del trabajo y de los trabajadores, las cuales establecen unos mínimos para que el empleado conserve su trabajo y el empleador no desmejore sus condiciones laborales, a menos que se contemplen y comprueben justas causas para cesar la relación laboral; de esta manera, se protege la permanencia del trabajador durante el desarrollo de su labor, es

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

decir, el empleador no puede despedir arbitrariamente al trabajador; además, tal principio permite determinar las garantías para que el trabajador no se vea obligado a abandonar su empleo.

En tal sentido Alburquerque (1995) define este principio como el derecho, conferido al trabajador, de conservar su puesto de trabajo y de perderlo sólo por una causa justificada. Empero, Podetti (1991) la define como un principio, no del derecho laboral sino, del contractual, que se tiene por objeto la conservación del contrato laboral y que solo busca garantizar el cumplimiento de lo pactado en el contrato de trabajo, sea éste a término fijo o indefinido, sin tener en cuenta la permanencia del trabajador en el mismo. Con esto solo es posible establecer que la estabilidad en el empleo presenta dos sentidos, uno referente a la permanencia en el empleo y otro a la conservación del contrato laboral.

¿Qué es un Principio Constitucional?

Un principio es aquel que se constituye en un mandato que optimiza las normas que regulan las relaciones jurídicas. En tal sentido, el Principio Constitucional se refiere a las ideas sobre las que está basada la organización política de un Estado y << puede servir para medir la Constitucionalidad de las Leyes >>, es decir, que es el límite de las leyes, las cuales “no pueden ir en contra vía de las disposiciones Constitucionales” (Rubio, 1995, p.8).

Es decir, los Principios Constitucionales fundamentan las leyes que se crean en el congreso, y del mismo modo éstos permiten evaluarlas en el sentido de su compatibilidad

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

con el contenido constitucional, sin embargo quien, en la práctica del derecho, se encarga de ver la constitucionalidad de la ley es la corte constitucional, la cual declara la exequibilidad o inexecuibilidad de la ley, a partir de la consideración de los principios generales del derecho.

Los Principios Constitucionales se pueden clasificar en Implícitos y Explícitos, los primeros son extraídos de otros enunciados constitucionales y los segundos se refieren a los que existen por remisión expresa del constituyente dentro del ordenamiento jurídico. El Principio Constitucional Implícito se puede definir como la norma no escrita extraída inductivamente de los textos constitucionales. Con esto se hace la distinción entre Principios Constitucionales Escritos y los no Escritos o Implícitos; “los Escritos son Fundamentales, los cuales “terminan siendo normas expresas que sirven de fundamento jurídico Constitucional” (Bielsa, 1959).

Los Principios no Escritos son el producto del método inductivo y partiendo de este postulado se puede establecer que “no existe una regla o norma expresa que solucione un problema jurídico.” (Pérez, 2004, p.21). En ese orden de ideas, los Principios Constitucionales son los que se encuentran ubicados en el articulado de los títulos 1 y 3 de la Constitución Política de Colombia de 1991, que son los mismos que conforman la parte dogmática de la Constitución, y que se presentan como escritos y no escritos.

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

De la misma manera, Galvis (2012) dice que:

... Los Principios Fundamentales de la Constitución de 1991, son consagrados en el Título primero y... además están basados en el respeto, la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y la prevalencia del interés general, en este sentido también son principios constitucionales con la salvedad de que éstos Principios Fundamentales si aparecen de forma expresa en la Constitución de 1991 bajo el artículo 1 (p.42).

La Constitución es un instrumento que se nutre de los Principios generales del Derecho, que “son los pilares donde descansa el edificio jurídico; además de ser fundadores y supletorios, éstos cumplen con una triple función: i) informativa, que se refiere a la sanción de una ley y al principio de publicidad al que este obliga, es decir a difundir su contenido; ii) normativa, que es cuando entra en aplicación determinada ley o norma; iii) interpretativa, que se encarga de llenar las lagunas jurídicas (Podetti, 1991).

Además, éstos también cumplen una función integrativa, una función fundante y otra interpretativa, lo que permite poder aplicarlos en caso de que existan lagunas, darle aplicación como base fundamental del ordenamiento, y hallar la interpretación que sea más correcta (Lorenzetti, 1995).

La parte dogmática Constitucional esta revestida de unos valores que son la representación axiológica a partir de la cual se le da un sentido y finalidad a las demás normas del ordenamiento jurídico, es decir, esta representación constituye el espíritu del

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

cual están hechas las normas jurídicas, las cuales deben seguir a los Principios que aparecen en forma implícita dentro del discurso constitucional.

Los Principios Constitucionales son el espíritu de una norma, lo que le da sentido al deber ser del ordenamiento jurídico, son postulados axiológicos que conforman la parte sustancial del Derecho, y por consiguiente, éstos son aplicables a cada disciplina del Derecho. (Daza & Quinche, 2010)

La Estabilidad Laboral como un Principio Constitucional

Cuando los Principios se incorporaron en la Constitución de 1991, el de la Estabilidad Laboral se llevó de forma expresa a esta y por consiguiente paso de ser un Principio del Derecho Laboral a ser, además, un Principio Constitucional Fundamental, que fue denominado Principio de Estabilidad en el Empleo; en este sentido los Principios Constitucionales Fundamentales son aquellos que aparecen de forma escrita en la Constitución.

Teniendo en cuenta las características de la relación laboral, la Estabilidad Laboral al ser un Principio Constitucional, debe gozar de toda la protección especial en todas sus modalidades de trabajo, como finalidad primera del mandato constitucional y dicha protección cobija a los dos sujetos de la relación laboral, empleador y trabajador. Por ello a este principio, debe concedérsele una doble protección, una en cuanto a que éste se deriva del Principio de Seguridad, lo que le permite al trabajador la garantía del sustento vital y por otro lado la garantía trascendente del hombre en sociedad tendiente a

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

las satisfacciones personales, a la cooperación, integración y al desarrollo de su personalidad (Barona, 2015).

La Estabilidad Laboral se encuentra articulada en la norma de normas bajo los Artículos 53 y 125, el primero aplicable a los trabajadores del sector privado y el segundo a los Empleados del sector Público, puesto que la Constitución Nacional se extiende en igual forma a los dos sectores. A este proceso de inclusión taxativa de los Principios Laborales entre los cuales está el Principio de Estabilidad Laboral algunos autores le denominaron Constitucionalización de los Principios Laborales (Avendaño, 2010).

Clases de Estabilidad en el Empleo en Colombia

La Estabilidad en el Empleo se aplica en distintos casos, por lo que surgen diferentes clases de ésta. En primer lugar la Estabilidad puede ser Absoluta y Relativa; la Absoluta, se entiende como aquella potestad otorgada al trabajador para permanecer en el empleo el tiempo que fuere necesario y que éste quisiera permanecer; así, el empleador no puede contemplar arbitrariamente cesar la relación laboral. Esto también se evidencia en el concepto emitido por la Corte Constitucional (1998), cuando se refiere a que la Estabilidad puede ser Absoluta cuando se niega al empleador la posibilidad de despedir al empleado de forma unilateral a menos que esta disolución de la relación laboral sea en ocasión a causas justificadas.

La Relativa, hace referencia al momento en que existen razones suficientes y comprobables para que se produzca el despido del trabajador; por ejemplo: cuando éste incurra en faltas como violencia contra el empleador, las cuales ameritan que el

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

trabajador sea despedido; en ese sentido el Principio de Estabilidad Laboral otorga permanencia en el empleo al trabajador y, sólo por voluntad de éste o, excepcionalmente, por una justa causa, el empleador puede dar por terminada la relación laboral afectando así este principio (De la Cueva, 2001). De allí que la permanencia en el empleo depende del debido cumplimiento de las normas, deberes y funciones laborales por parte del trabajador.

Sin embargo, la Estabilidad Laboral Relativa, también se origina por las circunstancias legales; autores como “Plá (1978) establecen que, en este principio, la condición de protección al trabajador de no ser despedido, es una circunstancia que no puede ser perenne y que depende de varios factores que determina la legislación de cada Estado” (Guerrero, 2007, p.398). Por ejemplo, en el caso de una calamidad doméstica, el trabajador puede solicitar una licencia temporal de cinco días que le permita encargarse de la situación, tiempo en el que no puede ser despedido, sin embargo, éste es limitado y luego de cumplido, el amparo de la Estabilidad laboral es improcedente.

La Estabilidad depende de la eventualidad en la que se encuentre el trabajador, pues el Principio ampara a éste en el caso de que su despido se haya dado arbitrariamente y en ocasión a la presentación de circunstancias ajenas a su voluntad, como calamidades domésticas; pero lo desfavorece cuando éste incurra en alguna falta que amerite su desvinculación laboral, y cuando se extralimite de un permiso legal, por lo que la Estabilidad Laboral es inoperante.

Desde este enfoque, la Estabilidad Laboral se clasifica en Absoluta cuando el despido del trabajador es nulo por violación del derecho al trabajo y esté obligado al

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

reintegro; y en Relativa, que a su vez puede ser propia cuando se hace alusión a la obligatoriedad del empleador de pagar salarios y demás conceptos dejados de recibir por el empleado; e impropia en el caso que el despido sea generador de una indemnización a favor del empleado, pero sin la obligación de generar su reintegro, sin embargo para autores como “Barbageleta, (1951) la Estabilidad no tiene grado de relatividad, sino que simplemente es o no lo es” (Guerrero, 2007, p.402).

Es decir, que la permanencia en el empleo depende por una parte, del comportamiento que tenga el trabajador en el cumplimiento de su labor: y por otro lado, de las políticas laborales propias de cada legislación, que confluyen en la relatividad del principio de estabilidad, además de las circunstancias personales del trabajador, las cuales determinan la aplicabilidad del principio de Estabilidad Laboral.

Desde el punto de vista conceptual, la Estabilidad Laboral, puede ser contextualizada en el ámbito público y privado del Derecho Laboral. Para el caso del sector público, ésta puede ser Relativa, Precaria o Absoluta. Es Relativa, cuando procede el pago de una indemnización; es Precaria, cuando los empleados de libre nombramiento y remoción son retirados del servicio en virtud de la facultad de discrecionalidad por parte de la Administración; y es Absoluta, cuando se da lugar al reintegro derivado de la declaratoria de nulidad del acto administrativo (Corte Constitucional, SU-250 1998).

En el sector privado, la Estabilidad Laboral, desde la perspectiva del trabajador subordinado a un empleador, se entiende como el derecho del empleado de conservar su trabajo durante su vida laboral, siempre y cuando no incurra en justa causa de despido, la cual, de ser comprobada, daría lugar a la Estabilidad Laboral Relativa, evocando en el

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

mismo derecho de permanencia del trabajador, mientras haya, permanentemente, una relación de trabajo donde no exista una justa causa que lleve a su terminación

El principio de Estabilidad Laboral da certidumbre al trabajador de permanecer inamovible en su trabajo mientras su desempeño en él no sea causa para que se produzca el despido (Barona, 2015, p.139). En ese orden de ideas, ésta es aplicable tanto a los trabajadores públicos como a los privados, toda vez que trabajador es entendido de manera general y el derecho a la igualdad es aplicable a los dos sectores.

En segundo lugar, la Estabilidad puede ser Reforzada; esta es entendida como la protección especial que nace del derecho a la igualdad del trabajo y por ende cobija a un grupo de personas en circunstancias particulares y especiales que la ley así determina, para que gocen de las mismas garantías y oportunidades laborales en el desarrollo del derecho fundamental a la igualdad (Sanabria, 2014). Esta clase de Estabilidad, es similar a la Relativa, puesto que la protección de permanecer en el empleo se establece por las condiciones particulares del trabajador.

titulares de estabilidad laboral reforzada.

Los titulares de la Estabilidad Laboral Reforzada, conforme la ley lo ha dispuesto, son las personas en situación de discapacidad, que se refiere a la pérdida de la capacidad laboral. Así mismo, la discapacidad comprende una clasificación que puede ser física, mental, psíquica y sensorial. Unos ejemplos claros de estas formas de discapacidad se son explicados por (Sanabria, 2014), (ver Tabla 1). En tal sentido queda claro entonces

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

que el grupo de personas mencionadas con anterioridad deben gozar de la protección que brinda el principio de Estabilidad Laboral Reforzada.

Tabla 1. Clases de discapacidad.

Física	Psíquica	Mental	Sensorial
Amputación de algún miembro o inmovilidad parcial o completa del cuerpo.	Trastornos o situaciones determinadas (Ej. Estrés Laboral).	Disminución en el lenguaje o inteligencia.	Pérdida parcial de algún sentido (Ej. Audición, visión, olfato).

Fuente: Adaptado de (Sanabria, 2014).

Gozan de la protección del principio de Estabilidad Laboral Reforzada personas en Estado de Debilidad Manifiesta. Está se refiere a la condición que impide a un trabajador cumplir con el desempeño de sus labores por razones de salud (Sanabria, 2014). Esto quiere decir que, por ejemplo, hasta una simple gripe es considerada como una forma Estado de Debilidad Manifiesta y por ende quien se encuentre bajo estas circunstancias debe estar protegido bajo el Principio de Estabilidad Laboral de carácter Reforzado.

También, los aforados sindicales, que son trabajadores pertenecientes a un sindicato en ejercicio del derecho de asociación del derecho colectivo según la ley, también gozan de Estabilidad Laboral reforzada, en el sentido de “no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones laborales, ni trasladados a otro sitio o lugar de trabajo, salvo que exista justa causa comprobada” (Corte Constitucional, C1232, 2005).

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

Según lo expresado en sentencia T-357 de 2016, el fuero de los pre pensionados goza de esta protección, pues es aplicable a aquellas personas que se encuentran próximas a pensionarse y a quienes la ley otorga protección especial, de tal modo que no pueden ser despedidos los funcionarios públicos en provisionalidad a quienes les faltan tres o menos años para acceder a su pensión de jubilación (Corte Constitucional, 2016).

Por último, la Estabilidad Laboral Reforzada aplica para el fuero de maternidad, en el que se inscriben las mujeres en situación de embarazo, caso en el que la trabajadora no puede ser despedida, ya que el embarazo es una condición de vulnerabilidad y está amparada por la ley. La corte constitucional se ha pronunciado respecto de las mujeres en Estado de Embarazo y la protección va desde la gestación hasta el periodo de lactancia, tiempo durante el cual no se puede despedir a la trabajadora (Corte Constitucional, S-U 070, 2013).

La sentencia C-005 de 2017 se le otorga una extensión al hombre que tenga esposa o compañera permanente que dependa económicamente de éste y se encuentre en gestación o lactancia, situación en la que existe la prohibición expresa de despedir al hombre trabajador, esto como extensión de la protección constitucional a la mujer y al *naciturus* (corte Constitucional, C005, 2017). Con lo anterior se busca la protección de la familia como una de las principales funciones constitucionales dentro del estado social de derecho, fundado en el respeto, la dignidad, la familia y el trabajo.

estabilidad laboral reforzada en mujeres gestantes o lactantes.

La estabilidad laboral reforzada en Colombia, como se señaló anteriormente, es una de las formas del Principio de Estabilidad Laboral, que refiere al derecho, que tiene

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

cualquier trabajador, a permanecer en su empleo. (Sanabria, 2014) la define como “...un instrumento jurídico [usado por los trabajadores con condiciones especiales] para mantenerse en sus empleos valiéndose de la protección que, por mandato jurisprudencial Constitucional, está establecida”. (p.13)

Por otra parte, es posible reconocer que el carácter reforzado de este principio, la define como “...un mecanismo que se ha implementado bajo el objetivo de ofrecer protección laboral a aquellas personas que tienen una condición especial, la cual puede generar tendencia a la vulneración de los derechos de ellas en sus espacios de trabajo” (Actualícese, 2015, párr.1). Sin embargo, el hecho de que esta forma de principio no cuenta con una expresa definición, ni reconocimiento formal en la legislación, ha dado lugar a que la discapacidad termine por constituir una razón para despido; en dicho caso, se hace necesario recurrir a otros derechos para proteger el principio.

El caso de la mujer en estado de embarazo o lactancia se comprende en el marco de la estabilidad laboral reforzada; allí, el principio de estabilidad laboral está configurado a partir del Art. 43, que señala que la mujer embarazada debe recibir protección especial por parte del estado en todo el proceso de gestación, y del Art. 53, que caracteriza la Estabilidad Laboral como principio fundamental del trabajo, logrando así una doble protección.

Esto quiere decir que si bien, la mujer embarazada o lactante debe ser tratada de igual forma que a los demás trabajadores, en cuanto a su Estabilidad laboral reforzada, se deben tener en cuenta sus condiciones especiales a la hora de pensarse en su despido; cabe recordar que la protección Constitucional de la mujer, nace a partir de la necesidad

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

de reconocer la importancia de ésta como “dadora de vida”, que, si bien fue una condición que en siglos pasados no se reconoció, en la actualidad merece de ser enaltecida (Corte constitucional, T-179, 1993).

factores que afectan la estabilidad laboral reforzada en mujeres gestantes o lactantes.

La Estabilidad Laboral reforzada al ser un principio, puede verse afectada por diversos factores que conllevan a su vulneración, como lo son el no pago de salarios y seguridad social, los despidos injustificados o la no renovación del contrato laboral, los cuales a su vez, en casos como el de la trabajadora gestantes o lactante, terminan por afectar otros derechos y otras garantías, como el de la licencia de maternidad y la seguridad social.

En primer lugar, el no pago oportuno de salarios a un trabajador ocasiona que éste se vea obligado a abandonar su empleo, lo que se conoce como despido indirecto o auto despido; esto quiere decir que por la negligencia del empleador, se rompe el objeto contractual y por ende la relación laboral y dando lugar a que el trabajador no continúe vinculado a su cargo. En líneas generales, el término despido hace alusión al “acto de despedir, licenciar o dar por terminado [una relación laboral]” (Capitant, 1995)”.

En este sentido, es pertinente mencionar que como obligación patronal, el empleador debe “pagar la remuneración pactada en las condiciones, periodos y lugares convenidos” (Código Sustantivo del Trabajo, 2012, Art.57), de lo contrario, el no pago de los salarios convenidos es indicio o señal del despido, puesto que, además con tal acción, se presiona al trabajador para que se vea obligado a renunciar.

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

En segundo lugar, la seguridad social es un derecho del trabajador, contemplado en el Art.48 de la Constitución Política de 1991, que el empleador debe reconocer, y para ello se deben realizar las respectivas deducciones del salario devengado por el trabajador y efectuar los respectivos aportes con destino a salud, pensión ARL y cajas de compensación. En la trabajadora gestante o lactante, las cotizaciones a salud por un lado, permiten el pago de las incapacidades por razones de salud; por otro, son las que garantizan el pago efectivo de la licencia de maternidad, definida ésta según (Capitant, 1995) como “[el] Periodo de descanso al que tiene derecho la mujer inmediatamente anterior y posterior al parto” (p.530), tiempo durante el cual la mujer se encuentra protegida por el principio de Estabilidad Reforzada.

Por tanto, siguiendo con la dinámica del no pago de los salarios, en caso de no pagarse la seguridad social, se estaría obligando al trabajador a renunciar, y, en el caso específico de la trabajadora en estado de embarazo o lactancia, a terminar su relación laboral para buscar nuevas formas de cubrir sus necesidades derivadas por su estado, vulnerando así el principio de estabilidad laboral.

En tercer lugar, el despido injustificado¹ es uno de los factores que podría estar vulnerando el principio de estabilidad laboral, en el sentido que tiene que ver directamente con la suspensión de la permanencia en el empleo. Éste se da cuando arbitrariamente a un trabajador se le cancela el contrato laboral sin una justa causa o razón; sin embargo, como se observó con antelación, también se origina con el no pago

¹ El despido, para que sea justificado, debe contener una calificación jurídica; autores como Baylos y Pérez (2009) señalan que éste tiene que estar en “función de las garantías del trabajador [y limitar] las posibilidades de extraer beneficios de la extinción empresarial del contrato de trabajo...” (p.90); con esta medida se podrían evitar los despidos injustificados, los cuales suelen ser discriminatorios como en el caso de la mujer gestante o lactante, que se dan, algunas veces, en ocasión al estado de la trabajadora.

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

de los salarios y seguridad social, aunque en este caso el trabajador, con justa causa, es quien se ve obligado a ponerle fin a la relación laboral.

Por último, en cuarto lugar, la no renovación del contrato, tiende a ser la alternativa de los empleadores en caso de que no sea posible generar la cancelación del contrato vigente; en estos casos, se deben analizar los motivos que dan por terminada la relación laboral; casi siempre, en los contratos de prestación de servicios o en los de obra labor, el empleador justifica la no renovación por haber finalizado el plazo pactado para la prestación del servicio o labor; autores como Barona (2015) defienden que” los contratos subsisten mientras subsistan las causas que le dieron origen” (p.139), es decir, que subsista la necesidad de contratar, así mismo nace la obligación de la renovación.

Pero, en el caso de la trabajadora gestante o lactante, se ha establecido que tal justificación no aplica cuando, al finalizar el plazo inicialmente pactado, subsisten la materia de trabajo y las causas originaron la relación laboral, y el trabajador haya cumplido efectivamente sus obligaciones; pues en ese caso, se le deberá garantizar la renovación del contrato (Corte Constitucional, T987, 2008) y de no ser así, se estaría atentando contra el Principio de Estabilidad Laboral Reforzada.

mecanismos para acceder a la protección del principio de estabilidad laboral reforzada.

Para proteger la Estabilidad en el Empleo de las trabajadoras en gestación o en lactancia se pueden aplicar dos mecanismos: la tutela o la demanda ordinaria laboral. El primero, tiene un término de diez (10) días para resolverse; por tal razón, es el mecanismo idóneo que se aplica para acceder a la protección de tal principio en los casos

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

laborales, pues como lo expresa (Sanabria,2014) su protección “se origina de la jurisprudencia constitucional por vía de tutela” (p.36), de tal modo que la Tutela, consagrada bajo el tenor del Art.86 de la Constitución Política, es la vía por la que se otorga el amparo de los derechos fundamentales, ya sea por conexidad o por remisión expresa.

La acción de tutela puede ser interpuesta por cualquier persona que ve amenazados sus derechos fundamentales, hecho que pueda causar un perjuicio irremediable para el accionante; en el caso de la mujer gestante, el hecho también afecta al hijo que está por nacer. El segundo, aunque tiene como termino un año a partir de admitido el proceso, tiende a no ser tan eficaz como el primero; sin embargo, también con éste se persigue la restitución o el pago de los derechos laborales, entre estos el de la permanencia en el empleo.

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

Capítulo 2. Legislación y Jurisprudencia, entre 2011 y 2017, sobre trabajadoras gestantes o lactantes.

Los derechos laborales de mujeres gestantes o lactantes han sido tratados en el marco del derecho internacional y cuentan con referencias de organizaciones, como la OIT, que participan en el tema, dando como resultado apreciaciones y sugerencias para mejorar las condiciones laborales de este sector de trabajadoras; esto ha influido en el ámbito nacional de la legislación del trabajo ya que, dichas apreciaciones y sugerencias han sido acogidas por el marco jurídico colombiano, el cual se compone de las leyes y jurisprudencia.

Por tanto, es necesario ver que antecedentes nacionales e internacionales han precedido la legislación y jurisprudencia comprendida entre 2011 y 2017, en relación con la maternidad y los derechos laborales para posteriormente presentar de manera ordenada, las leyes y sentencias de la corte constitucional que han tenido que ver con el tema durante el periodo mencionado anteriormente.

Antecedentes Internacionales

Existen instrumentos del derecho internacional como pactos, convenios o tratados, que Colombia ha incorporado a su legislación interna, entre los cuales se encuentra la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que busca que la protección de la maternidad se produzca de manera integral, es decir, que aplique además en el entorno laboral, y el Pacto Internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, adoptado por Colombia en el año 1968, el cual en su numeral 2 del art.10, según sentencia T 126/12, hace puntual referencia a la protección a la mujer antes y después del

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

parto y a la obligación de proporcionar a esta la cobertura necesaria en materia de seguridad social (Zapata, 2013).

Así mismo el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966), hace referencia a que "...la ley prohibirá toda discriminación..." (Art. 26), por la causas que fuere, defendiendo el derecho a la igualdad que tienen todos los seres humanos, mismos derechos que también son protegidos por la convención de derechos humanos en sus art. 1 y 24. (Organización de las Naciones Unidas, 1966, Arts. 1-26)

También la Convención Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979) señala que "Los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia". (Art. 12); en este sentido se establece el compromiso del estado en cuanto a la garantía de la adecuada alimentación para la mujer en gestación y su hijo durante su gestación y parto. (Organización de los estados Americanos, 1979, Art. 12)

Además en el Protocolo de San Salvador, ratificado por el estado colombiano en el año 1996, se hace referencia a que, por una parte "Toda persona tiene derecho al trabajo", y por otra, al compromiso de "Los Estados partes [quienes] se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programa que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo" (Comisión interamericana de Derechos Humanos, 1988, Art. 6).

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

Por último es procedente citar a la OIT, como organismo protector en materia laboral, quien ha emitido algunas recomendaciones, con las que se han celebrado algunos convenios en relación a la protección de la mujer y la maternidad desde 1919. La OIT, mediante el convenio No.3 numeral 3, plantea todo lo relativo a la licencia por maternidad antes y después del parto y el descanso remunerado por lactancia. (Organización Internacional del Trabajo T, C 003, 1919)

En el convenio 183 se hace alusión, en primer lugar, a la prohibición para el empleador de despedir a la trabajadora sin que se configuren unas justas causas; y, en segundo lugar, al goce del principio de Estabilidad en el empleo por parte de la trabajadora después de terminar la licencia de maternidad (Organización Internacional del Trabajo, C183, 2000). De tal modo que, como se expresa en la recomendación 95, "Durante la ausencia legal, antes y después del parto, los derechos de antigüedad de la mujer deberían ser salvaguardados" (Organización Internacional del Trabajo, R 095, 1952).

En cuanto a la recomendación 165, la OIT propone una licencia de paternidad, la cual debe tener la misma estabilidad de empleo que tiene la licencia de. (Organización Internacional del Trabajo, R165, 1981). De igual manera, se propone en la recomendación 191 que la licencia de maternidad se amplíe a 18 semanas, esto en virtud de que el menor en sus primeros meses necesita reforzar sus lazos con la madre (Organización Internacional del Trabajo, R191, 2000).

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

Antecedentes Nacionales

Constitución política de 1991.

La Constitución política de 1991 hace referencia a los derechos sexuales y reproductivos, los cuales deben ser protegidos por el estado. Estos indican que "la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos que desea tener..." (Const.,1991, art.42), en atención a que la familia constituye el eje central de toda sociedad, de conformidad con lo establecido en el texto constitucional. En consecuencia, la mujer, es libre para procrear y para decidir responsablemente cuántos hijos y en qué momento desea concebirlos sin que nada afecte o determine su decisión, y el estado debe garantizar la protección de la mujer en tal situación.

En ese orden de ideas "...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..." (Cont.,1991, art.43). En ese sentido, se entiende además que las mujeres adoptantes tienen los mismos derechos que las madres biológicas, y por consiguiente el estado también debe garantizarles a ellas la protección de la maternidad. La mujer, por su condición de maternidad y vulnerabilidad, es sujeto de protección especial, en todos los casos.

Por tal razón, la constitución hace énfasis en la protección de la mujer, en materia laboral, indicando que uno de los principios mínimos fundamentales que la ley laboral tendrá en cuenta para erigirse es la "...protección especial a la mujer [y] a la maternidad..." (Cont.,1991, art.53), lo cual refiere a la mujer en gestación o lactancia.

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

Código sustantivo del trabajo.

Además de la constitución, existen normas contenidas en los artículos: 7, 58, 236, 239, 240 y 241, del Código Sustantivo del Trabajo, que garantizan la defensa de los derechos laborales de las mujeres embarazadas, o en ocasión al alumbramiento, tales como la prohibición del despido de la trabajadora en tales circunstancias, entre otros. Algunos de estos artículos han sido modificados posteriormente por las leyes 1468 de 2011, ley 1610 de 2013 el Decreto 2353 de 2015 y las leyes 1822 y 1823 de 2017, los cuales han ampliado el rango de protección a la mujer.

El Código Sustantivo del trabajo, en su Art. 239 indica que, ni durante el embarazo, ni durante la lactancia procede el despido que se produzca dentro de los tres (3) meses posteriores al parto, puesto que se considerará que fue en ocasión a esta circunstancia, lo cual se denomina como una prohibición de despido en embarazo o lactancia. Para que proceda el despido a una mujer en estado de gestación o lactancia se requiere de un Permiso otorgado por autoridad competente, como se puede analizar en el Art.240, esa autoridad es precisamente el inspector de trabajo o el alcalde municipal quienes serán los que otorguen permiso para despedir a una trabajadora en estado de embarazo o lactancia y siempre y cuando incurra en causal comprobada en los Arts. 62 y 63 (Código Sustantivo del Trabajo, 2014).

En el Art.241, se expresa que la nulidad del despido se produce cuando el empleador se niega a reconocer las circunstancias de vulnerabilidad de la trabajadora, de tal modo el empleador está obligado a respetar y conservar el puesto de trabajo de quien se encuentre en licencia motivada por embarazo y/o período de lactancia, de tal manera

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

que el despido realizado en tales circunstancias será nulo, es decir no producirá efectos.

De la misma manera en el Art. 238 estipula el denominado descanso remunerado por lactancia, que está comprendido por 2 períodos de 30 minutos durante la jornada laboral, por los seis (6) primeros meses posteriores al parto; los que la ley establece como periodo de lactancia.

Legislación Entre 2011 y 2017

Ley 1468 de 2011.

La ley 1468 establece el tiempo durante el cual se otorga licencia de maternidad y modifica algunos Artículos del Código Sustantivo del Trabajo y la seguridad social en Colombia. De tal modo, el Art. 236 del CST titulado descanso remunerado en la época del parto, trata de la licencia de maternidad y fija un espacio de tiempo de 14 semanas, el cual se concede con dos semanas de antelación al parto. Esta licencia se hace extensiva para las madres adoptantes, de tal manera que la licencia comienza a contar desde la entrega del menor; cuando se trata de parto prematuro el tiempo de gestación faltante se sumará a las 14 semanas, del mismo modo cuando se trata de parto múltiple ésta licencia se aumenta dos semanas más. (Ley 1468, 2011).

La licencia de maternidad se hace extensiva al esposo o compañero permanente de la trabajadora y se extiende también para el caso de madres adoptantes, esta se concede al hombre por un espacio de 8 días hábiles y se denomina licencia de paternidad². También la ley permite que el padre adoptante que carezca de esposa o compañera permanente se

² La sentencia C-383 de 2012, rompe con el esquema de que para el goce de la mencionada licencia deba existir un vínculo civil como lo es el matrimonio o la unión libre, es decir, que de ahora en adelante solo bastará el vínculo sanguíneo entre el padre y su hijo sin hacer hincapié en el tipo de relación que se tenga con la madre para el disfrute de la licencia de paternidad.

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

le otorguen los mismos beneficios y garantías que se otorgan a la mujer trabajadora ya sea por ser madre adoptante o madre biológica, es decir, que en este caso al hombre se le conceden 14 semanas de licencia remunerada que comienzan a contar desde la entrega del menor.

Otro caso particular ocurre cuando la mujer fallece antes de terminar la licencia de maternidad, en este evento la ley 1468 señala que el empleador del padre del menor está en la obligación de conceder a éste una licencia por el tiempo que faltare para completarse la licencia de maternidad, no clarifica que dicha licencia sea remunerada pero se sobre entiende que se trata de una fuerza mayor y en estas circunstancias dicha licencia deberá ser cubierta por la EPS a la que se encontraba afiliada la trabajadora para el momento del deceso.

La prestación económica por licencia de maternidad al fallecimiento de la mujer puede ser completada por el esposo o compañero permanente o por quien se encuentre a cargo del menor. Esta prestación debe ser pagada en su totalidad a la madre a pesar que el menor muera minutos posteriores al parto, toda vez que hace parte de unos derechos adquiridos en ocasión a que el menor nació vivo. Cuando el hijo nace muerto, o se presenta un caso de aborto, se otorgan como licencia especial remunerada para recuperación física y emocional a cargo de la EPS entre dos (2) y cuatro (4) semanas, lo que quiere decir, que se termina la licencia de maternidad antes del término previsto.

También la esta Ley impone la obligación para los empleadores en los Artículos. 57 y 58 de conceder prontamente la licencia de maternidad a la trabajadora de forma obligatoria por lo menos una semana antes del posible parto o por prescripción médica

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

con por lo menos dos semanas de antelación al alumbramiento (Ley 1468, 2011). Lo anterior se hace como garantía efectiva del goce de la licencia de maternidad emanada del derecho al trabajo contenida en el fuero Constitucional de protección a la mujer y a la maternidad en Colombia, con dichas semanas empieza el descanso remunerado por maternidad establecido en 14 semanas o 16 para el caso en que el mismo parto nazca más de un hijo.

Entre tanto, la misma ley 1468 reglamenta el Art. 238 del CST en lo concerniente al despido injustificado a la trabajadora en estado de gravidez, despido que solamente puede ser autorizado por autoridad competente y que impone al empleador la obligación de indemnizar a la afectada primero con el pago del salario de 60 días más el pago de la licencia de maternidad que comprende 14 semanas en el caso en que no la haya disfrutado, y, en segundo lugar al pago adicional de las dos semanas a que tiene derecho por parto múltiple y en tercer lugar al pago del tiempo de gestación faltante en el caso de parto prematuro (Ley 1468, 2011).

Ley 1610 de 2013.

Esta ley tiene por objeto regular algunos aspectos sobre la inspección del trabajo y teniendo en cuenta que, la autoridad competente para mediar el despido es el Inspector de Trabajo, según (Código Sustantivo del trabajo, 1950, Art. 240), la figura del inspector aparece claramente descrita en esta ley, de tal modo que en los tres primeros artículos están contenidas algunas especificaciones como su competencia general, principios orientadores y funciones principales. La ley indica que es competencia de los inspectores de trabajo las relaciones laborales que se dan en lo público y en lo privado, así mismo los

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

conflictos de tipo individual y colectivo; los principios que orientan sus funciones siempre están guiados por los principios constitucionales, tratados internacionales y demás lineamientos de la OIT, como organismo especializado de la ONU en proteger el derecho al trabajo.

En cuanto a las principales funciones del Inspector de trabajo están: la función preventiva, la coactiva, la conciliadora, mejoramiento de normatividad y función de acompañamiento y garante de cumplimiento. La preventiva va encaminada a evitar posibles conflictos entre trabajador y empleador del derecho individual o colectivo, la coactiva o también llamada de policía administrativa va desde la imposición de multas al empleador que va de 1 a 5.000 salarios mínimos mensuales vigentes dependiendo de la gravedad de la falta, hasta el cierre del establecimiento por los abusos cometidos en contra de los derechos de los trabajadores; la de mejoramiento de la normatividad laboral mediante la toma de iniciativas que ayuden a llenar vacíos normativos o procedimentales que puedan presentarse en la aplicación de las disposiciones vigentes; y la función de acompañamiento y garantía de cumplimiento de las normas en cuanto a la seguridad social en pensiones y riesgos laborales que posee todo trabajador.

Decreto 2353 de 2015.

El decreto 2353, que tiene por objeto la unificación y actualización de las reglas de afiliación al sistema general de salud, y la garantizarían de la continuidad del goce de los servicios de salud, hace referencia a la licencia de maternidad, la cual favorece, en el sector laboral, a madres gestantes o lactantes trabajadoras; las garantías que ofrece el decreto son mencionadas en los artículos 78 y 79.

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

En el Art. 78 se menciona que, la mujer trabajadora, sea independiente o dependiente, puede acceder al disfrute de la Licencia de Maternidad, de manera total, si ha efectuado aportes a seguridad social en salud durante todo el periodo de gestación, y de manera proporcional si no se han efectuado la totalidad de los pagos. En el caso en que, al momento del parto se adeuden aportes por concepto de seguridad social en salud, la licencia podrá pagarse en su totalidad solamente si se pagan con intereses de mora las cotizaciones correspondientes al periodo de gestación (Ministerio de Salud y protección social, 2015).

En el Art. 79 se fijan las reglas para que la trabajadora independiente con ingreso de un salario mínimo pueda acceder a la licencia de maternidad. Allí se señala que, aunque la trabajadora independiente haya dejado de efectuar sus pagos a salud hasta por dos meses, se le debe reconocer la totalidad de la prestación.

Ley 1822 de 2017.

El derecho laboral en Colombia es una ciencia dinámica que afronta constantes cambios que bien pueden beneficiar a una parte u a otra dentro de la relación laboral o apuntar a mejorar a un grupo de personas con circunstancias particulares, en este caso para mejorar las condiciones de las trabajadoras gestantes. Por consiguiente, en la ley 1822 de 2017, se pueden observar algunas modificaciones al Art. 236 del Código Sustantivo del Trabajo que van dirigidas a incentivar la adecuada atención de la primera infancia y ampliación la licencia de maternidad de 14 a 18 semanas tanto para madres biológicas como para madres adoptantes, medida que permite la extensión de éstos beneficios a las mujeres en iguales condiciones que pertenecen al sector público.

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

Así mismo la modificación que propuso la ley 1822 se hizo efectiva en el Art.239 del mismo código de dos formas: La primera, en lo concerniente al despido:

“Ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia sin autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa”. La segunda, corresponde al inciso 4 del Artículo 2 de la misma ley, que dice que, si por alguna razón la mujer no disfrutó de alguna semana de las 17 semanas posteriores al parto o de la última semana obligatoria, el empleador deberá pagar estas semanas faltantes, del mismo modo opera en caso de parto prematuro o múltiple (Ley 1822, 2017).

Ley 1823 de 2017.

La maternidad en Colombia es un derecho que goza de protección legal y jurisprudencial; por ende, el periodo de lactancia es una consecuencia que se deriva de éste derecho, y en ese sentido, la ley 1823 busca incentivar la creación de “Salas Amigas de la Familia Lactante”, para que las mujeres puedan extraer la leche para alimentar a sus hijos. La creación de las Salas en mención también aplica para las trabajadoras del sector público (Ley 1823, 2017).

Estos espacios deberán tener las condiciones apropiadas de higiene y salubridad, con la oportuna inspección del ministerio de salud y protección social. El empleador está en la obligación de proporcionar el tiempo estimado en una (1) hora para que o bien la trabajadora se desplace a su residencia y amante a su hijo o para que ésta pueda proceder a extraer y conservar la leche materna para ser suministrada al menor en su ausencia.

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

Jurisprudencia Entre 2011 y 2017

A continuación se expone una muestra jurisprudencial, comprendida entre 2011 y 2017, donde se presentan casos específicos de empleadas en estado de embarazo, las cuales han sido despedidas en ocasión a su estado; la Corte Constitucional, en estas sentencias, ha brindado una serie de elementos para la protección de los derechos de las Trabajadoras gestantes o lactantes y así mismo ha señalado las condiciones que deben cumplir para acceder a tal protección.

Sentencia T-174 de 2011.

En la siguiente sentencia, se expone el caso de Rebeca Sánchez Ospina, mujer que solicita el reconocimiento de su derecho fundamental al mínimo vital, el cual, según se expone en el caso, no ha sido reconocido por COOMEVA E.P.S, empresa de la que recibe los servicios de salud, ni por COMCEL S.A, empresa en la cual laboraba bajo el contrato de aprendizaje; mientras estuvo desarrollando sus labores en COMCEL S.A quedó en estado de embarazo y, en este estado, es despedida en virtud de la terminación de su contrato. (Corte Constitucional, T174, 2011).

El Magistrado Ponente, Iván Palacio, hace alusión a que el contrato de aprendizaje no es considerado un contrato laboral, pero está reglamentado por el CST; sin embargo, señala que la accionante del caso es meritoria de la protección constitucional en materia de seguridad social en salud y riesgos laborales puesto que es un tipo de contrato especial, que se compone de dos etapas, lectiva y la práctica, y que en ningún caso puede ser superior a (2) dos años.

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

Como esta clase de contratación no posee el elemento de la remuneración, sino que solo se cancelan, al aprendiz, cuotas de sostenimiento no genera ninguna clase de vínculo laboral; sin embargo, a la empresa patrocinadora, en este caso COMCEL S.A, le asiste la obligación de realizar aportes al sistema de salud, y ARL en concordancia con el Art. 81 del CST. No obstante, sin importar que no se genere vínculo laboral, el fuero de maternidad también está llamado a proteger a la madre y al menor.

En este caso se generan dos problemas jurídicos: uno, en cuanto a que la EPS COMEVA niega el pago de la licencia de maternidad argumentando que no se acreditó el pago ininterrumpido de las cotizaciones en salud, con lo cual se vulneran los derechos fundamentales de la mujer gestante y del hijo por nacer; y el otro, en cuanto al despido del aprendiz por parte del patrocinador COMCEL S.A, vulnerando el principio de Estabilidad Laboral reforzada, una vez es desvinculada al terminar su contrato de aprendizaje.

La corte ha argumentado su decisión en los instrumentos internacionales como lo son los la declaración de derechos humanos, convenciones contra la eliminación de todas las formas de violencia contra la mujer, convenio 3 de la OIT para la protección de la mujer embarazada y demás documentos internos donde prevalecen los derechos de la mujer y del que está por nacer, por encima de cualquier vínculo laboral.

En conclusión del caso, se señala que, por lo general, una vez termine el contrato de aprendizaje, la empresa COMCEL S.A, considera la posibilidad de hacer, o no, contrato laboral al aprendiz. Pero en este caso específico, la Corte ordena la renovación del contrato, puesto que el embarazo se produce mientras se encontraba bajo contrato de

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

aprendizaje y el despido está afectando el principio de Estabilidad Reforzada. Así mismo, ordena a COOMEVA EPS a cancelar el valor de ésta licencia de maternidad de forma proporcional al tiempo cotizado, en consecuencia de haberse renovado el contrato y de haberse efectuado los pagos a salud que estaban pendientes.

Sentencia T-082 de 2012.

Esta sentencia refiere a dos expedientes en donde se presentan casos laborales que tiene que ver con el fuero de maternidad y las medidas de protección, en el contexto laboral. El primer expediente (T-3.215.831), corresponde a la situación de la accionante, Zandra Karina Obando Campos, empleada que fue contratada, en un primer momento mediante un contrato verbal y en segundo, mediante uno de obra labor, por el contratista John Alexander Terreros Perea, contratista de interventoría de CEDENAR S.A, para desempeñar el cargo de asistente administrativo en la Interventoría Técnica Centrales Eléctricas de Nariño.

La señora Obando Campos, durante el desempeño de sus labores como asistente administrativa, queda en estado de embarazo, y posteriormente, debido a irregularidades, es cancelado el contrato de interventoría entre el contratista Terreros Perea y CEDENAR S.A, y por consiguiente la señora Obando Campos es desvinculada de su cargo. La accionante busca mediante el recurso que se le conceda la continuación de su contrato. (Corte Constitucional, T082, 2012).

El problema jurídico sobre el que gira el caso, por un parte, es la vulneración del principio de Estabilidad Laboral reforzada a partir de la no continuación del contrato, derivada de la disolución contractual de interventoría entre el ingeniero Terreros Perea y

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

CEDENAR S.A; en ese sentido se entiende que la terminación del contrato de la accionante se dio mientras esta se encontraba en embarazo y sin la autorización del inspector del trabajo. Por otra, en consecuencia, es el no reconocimiento de la licencia de maternidad puesto que la accionante ha sido desvinculada del cargo.

El Magistrado ponente, Humberto Antonio Sierra Porto, haciendo un análisis de las circunstancias en las que se dio el caso se pregunta por el alcance de las medidas de protección del fuero de maternidad, puesto que, según se observa, la relación laboral es terminada como consecuencia de la cancelación del contrato de interventoría, lo cual conlleva a que no sea posible generar el reintegro de la trabajadora Obando Campos. Sin embargo, y en miras a una conclusión del caso, el magistrado ponente ordena a Terreros Perea reconocer los aportes al sistema de salud proporcionales al tiempo laborado y a la restante duración que se supone tendría el contrato obra labor.

El segundo expediente, (T-3.230.993), habla de la situación de Libis Johana Berrio Julio, quien fue contratada, de manera verbal, por Claudia Zaray Agustín Márquez, para desempeñar labores de trabajo doméstico en marzo de 2011. En Junio del mismo año, se da cuenta que tiene aproximadamente 6 semanas de embarazo y da por enterada a su emperadora, la cual en el mes de Mayo le había notificado que su contrato terminaría en el mes siguiente, puesto que había decidido cambiar de Domicilio. (Corte Constitucional, T082, 2012)

Ahora bien surge un problema jurídico en cuanto a cuál va a ser la forma con la cual se garantice a esta trabajadora la aplicación el Principio de Estabilidad Reforzada, si

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

está determinada por la indemnización del Art. 239 del CST, o por otra media como el reintegro, o con el pago de la seguridad social.

En el caso, es evidente que se genera el despedido a la trabajadora en gestación, sin mediar autorización del respectivo inspector de trabajo y además su empleadora no efectúa los pagos correspondientes a la afiliación al sistema de seguridad social en salud, obligación que emana de la relación laboral. Cabe anotar que el servicio doméstico, socialmente para el momento de la sentencia, es considerado subvalorado, lo que quiere decir que no cuenta con las formalidades de un contrato de trabajo y por ende la trabajadora y su empleadora acuerdan no realizar el pago de un salario digno, así como tampoco el reconocimiento de la seguridad social correspondiente. (Corte Constitucional, T082, 2012).

A pesar de que las condiciones laborales de la trabajadora no son las mejores, no implica que ésta no sea sujeto de derecho y que no pueda gozar del fuero de protección a la maternidad. Por el contrario, también a este grupo de trabajadoras se extiende la protección y las garantías que otorga el principio de estabilidad laboral de carácter reforzado; la Corte argumenta, con apoyo de otra jurisprudencia producida entre 2000 y el 2009, que la maternidad es una circunstancia que merece toda la protección, independientemente de la labor realizada o el tipo de contrato.

Como conclusión del caso, la Corte decide otorgarle, a la accionante, la medida sustitutiva de carácter económico en cuanto al pago de la seguridad social en salud, equivalente al tiempo laborado y al tiempo faltante hasta el parto, para que finalmente pueda obtener el pago de la licencia de maternidad, que emana del fuero de protección de

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

quienes se encuentran en estado de gravidez o en periodo de lactancia. Cómo la trabajadora no había comunicado su estado al empleador, y dicha comunicación se produjo después de la notificación de terminación del contrato, la trabajadora perdió su derecho al pago de indemnización de la que trata el Art. 239 del CST. Por último, La medida de reintegro no le fue aplicable en este caso puesto que la razón por la que se terminó el contrato laboral fue el cambio de domicilio de la empleadora, a otra ciudad.

Sentencia T-008 de 2013.

La sentencia en mención, hace referencia al caso de Inelda Peñaloza Moreno, persona que estaba vinculada desde hace varios años, mediante contrato laboral escrito, para desempeñar funciones como generadora de aseo en la empresa Internacional de Negocios S.A. A inicios del mismo mes, se da cuenta de su estado de embarazo, por lo cual allega la prueba para dar por enterada a la empresa, con la que suscribe contrato finalizando el mismo mes; posteriormente, la empresa en febrero del mismo año le notifica que deben terminar la relación laboral debido a que se habían terminado los contratos comerciales que, al parecer, originaban las actividades de la empresa. (Corte Constitucional, T008, 2013)

Sin embargo, la empresa se comprometió al pago de los salarios adeudados a la trabajadora, así como el pago de la liquidación y la indemnización por incumplimiento unilateral del contrato, obligando a la trabajadora a firmar en un acta la terminación del contrato por común acuerdo. Debido al incumplimiento de la empresa, la trabajadora, instaura una acción de tutela en donde solicita, se le reconozcan los valores adeudados, el pago de la licencia de maternidad y se orden el reintegro, puesto que, según lo expresa

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

ella, es madre soltera de dos hijos, aparte del que está por nacer, y la situación ha afectado su derecho al mínimo vital de ella y su núcleo familiar. (Corte Constitucional, T008, 2013)

En ese orden de ideas, el problema jurídico que se origina a partir de los hechos es si, al momento de la terminación del contrato, se le vulneraron, a la trabajadora, los derechos fundamentales, al mínimo vital, al trabajo, a la seguridad social, a la estabilidad laboral reforzada y al fuero de maternidad, por parte de la empleadora, teniendo en cuenta que la terminación del contrato no se originó por la de los contratos comerciales, como se creyó en un primer momento y por ende se puede en tela de juicio la validez y los efectos jurídicos de la finalización contractual.

En primer lugar, para solucionar el caso en concreto, se menciona como argumento que el despido o terminación del contrato de la trabajadora, en estado de embarazo, tiene una presunción de que se originó justamente por la condición de gravidez de la trabajadora, salvo que se compruebe un despido con justa causa. En segundo lugar, se reconoce que el despido tiene una carencia de efectos al no ser autorizado con antelación por el inspector de trabajo. En tercer lugar, se señala que al comprobarse la existencia de un contrato laboral es requisito indispensable contar con la autorización del inspector de trabajo para generar el despido. (Corte Constitucional, T008, 2013).

Como solución del caso, se ha determinado que se deben tutelar los derechos invocados por la trabajadora, en virtud de que confluyen las condiciones que ameritan la protección de los derechos laborales de la Sra. Peñaloza Moreno, quien había sido despedida en estado de embarazo y sin contar con el visto bueno del inspector de trabajo;

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

además, la decisión del caso incluye su reintegro inmediato, además del pago de la indemnización, que señala el art 239 del C.S.T, de la licencia de maternidad, de los salarios y de la seguridad social.

Sentencia T-656 de 2014.

El caso que se presenta en esta sentencia tiene que ver con la aparente vulneración del principio de Estabilidad laboral reforzada y del derecho a la seguridad social de los que es titular la trabajadora Leidy Karina González Rueda, la cual fue contratada de manera verbal, entre agosto y septiembre de 2012, por Ramiro Muñoz Cárdenas, para desempeñar labores de atención al cliente en su establecimiento comercial; cabe anotar que González Rueda fue contratada sin tener en cuenta el pago de la seguridad social.

En enero de 2013 la Sra. González Rueda informa a su empleador que se encontraba en estado de embarazo, el cual al saberlo intenta terminar la relación laboral y finalmente decide reintegrarla desmejorando sus condiciones laborales, ya que se redujo el salario devengado y la carga horaria laboral. Posteriormente, cuando se da el nacimiento del hijo de Gonzales Rueda, el empleador decide no renovar el contrato laboral.

El problema jurídico aquí planteado es si se le vulnera el derecho a la seguridad social y a la estabilidad reforzada a la trabajadora, ya que es despedida sin justa causa y sin autorización de autoridad competente dentro del contrato verbal indefinido, y además no se le pagan los aportes respectivos a seguridad social, con lo cual se afecta el pago de la licencia de maternidad. En tal caso, el desarrollo que se le da al problema jurídico, por parte de la magistrada ponente María Victoria Calle, tiene en cuenta que la modalidad de

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

contratación no debe afectar, en ninguna trabajadora, el principio de estabilidad ni la protección a su maternidad.

Por una parte, la Corte en reiteradas ocasiones se ha pronunciado respecto de la prohibición del despido sin justa causa, en concordancia con lo establecido en el Art.239 “ninguna mujer puede ser despedida en ocasión al embarazo o lactancia”, toda vez que este debe ser evaluado por el inspector de trabajo correspondiente a efectos de analizar si existen o no causas que justifiquen tal despido y además en esta ocasión se configura el despido de forma indirecta al no reconocerle sumas de (300.000.00) por concepto de salarios; faltando con esto a las obligaciones del empleador de las que trata el Art.57 inciso 4 del CST. (Corte Constitucional, 2014).

Por otra, el hecho de no realizar los aportes correspondientes a Seguridad social, como obligación de todo empleador, provoca afectación en la respectiva licencia de maternidad a la que tiene derecho, por lo cual la Corte ordena al pago de la licencia de maternidad al empleador y el respectivo aporte a seguridad social por el tiempo de la misma, al igual que al pago de una indemnización por 60 días de salario por el despido injustificado de la que trata el Art.239 laboral.

Por tanto, en síntesis, del caso, la resolución del problema jurídico esta dado con el reconocimiento del pago de la seguridad social, con miras a que se le cancele a la trabajadora la licencia de maternidad. Respecto del reintegro, al cual tendría derecho González Rueda, este no fue reconocido puesto que el establecimiento donde que produjo la relación laboral, que dentro de otras cosas se produjo de manera informal, es una pequeña unidad económica de régimen simplificado la cual no puede afectarse con la

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

decisión del caso; de tal manera que en vez del reintegro aplican las indemnizaciones por despido injustificado.

Sentencia T-238 de 2015.

La sentencia en mención expone la situación de Cristi Johanna Díaz, quien en enero de 2014 suscribe un contrato de prestación de servicios profesionales con la Escuela Superior de Administración Pública, para apoyar en el componente técnico y operativo los procesos de planeación, implementación y seguimiento de los programas académicos de capacitación y formación para el trabajo. Posteriormente, en julio de 2014, la contratista se entera de su embarazo e informa a la Escuela sobre su estado de Gravidéz; teniendo en cuenta la jurisprudencia adoptada por la entidad sobre la protección a la mujer gestante, y, aprovechando la ocasión, solicita que se le respete el principio de estabilidad reforzada y se le renueve el contrato. (Corte constitucional, T238, 2015)

La entidad, en respuesta a su solicitud, responde a la contratista que, como fue contratada mediante la figura de prestación de servicios profesionales, no hay una subordinación directa y por tanto no hay una relación laboral; por tanto, el contrato puede darse por terminado, no porque la mujer se encuentre en embarazo, sino por el vencimiento y porque el contrato es de orden civil y no laboral.

En ese orden de ideas, se plantea como problema jurídico la protección del derecho al trabajo, a tener una familia, al mínimo vital, los derechos del que está por nacer y la Estabilidad Reforzada de la mujer que es despedida en prestación de servicios sin autorización precisa de la autoridad competente y bajo el argumento de la inexistencia

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

de la necesidad del servicio. Al respecto, la Corte ha dicho que sin importar la modalidad de contrato, la estabilidad laboral se aplica de igual forma para todas las mujeres en estado de gestación o lactancia en concordancia con el derecho a la igualdad, a la no discriminación, al derecho a tener una familia y a una remuneración digna que le proporcione a la madre y a su hijo una atención adecuada durante y después del parto. (Corte constitucional, T238, 2015)

Los contratos de prestación de servicios son contratos temporales que se celebran entre privados o particulares y que requieren de prestar unos conocimientos profesionales, técnicos o científicos; de no ser así, se estaría ocultando, con dicha modalidad, una relación laboral que desnaturalizaría el propósito de este tipo de contratos. Para el caso concreto de la trabajadora de la Escuela de Administración Pública ESAP, existe un vínculo laboral oculto, y en ese sentido, dar por terminado el contrato es despedir a la trabajadora, lo cual ocurrió en la semana once (11) de gestación, a pesar de haber puesto en conocimiento a la entidad en mención su estado.

Una vez analizadas las pruebas por parte de la corporación, Martha Victoria Sáchica Méndez, magistrada ponente, determinó que bajo el contrato de prestación de servicios se encontraba disfrazado un contrato laboral, la ESAP nunca puso en conocimiento del Ministerio de trabajo ningún documento donde constara que las circunstancias que dieron origen al contrato habían desaparecido. La Sentencia SU 070 de 2013 contiene las reglas que se utilizan para otorgar las medidas de protección del fuero de maternidad, dentro de las cuales se presentan las reglas que aplican para el contrato de prestación de servicios, las cuales son las mismas que las del contrato a término fijo:

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

Cuando el empleador conoce en desarrollo de esta alternativa laboral el estado de gestación de la empleada, se presentan dos situaciones: 1. Si la desvincula antes del vencimiento del contrato sin la previa calificación de una justa causa por el inspector del trabajo: En este caso se debe aplicar la protección derivada del fuero consistente en la ineficacia del despido y el consecuente reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de percibir (Corte Constitucional, SU070, 2014).

En conclusión del caso, la decisión de la corte, consta de cinco aspectos: el primero en cuanto a declarar ineficaz el despido; el segundo, en cuanto a la renovación del contrato laboral hasta el goce de su licencia de maternidad; el tercero, respecto del pago de la indemnización de 60 días que establece el Art.239 del CST; el cuarto, consiste en el pago de los salarios dejados de percibir por la contratista desde el momento de la desvinculación hasta el posible parto; y por último, el pago de la licencia de maternidad a cargo de la Escuela Superior de Administración Pública.

Sentencia T-256 de 2016.

El caso que se desarrolla en la sentencia mencionada hace referencia a la accionante Julieth Natalia Díaz Guevara, quien es contratada en abril de 2014 por la empresa de Activos temporales, mediante contrato de obra labor, para ejercer como trabajadora de la empresa Logytech Mobile S.A.S. Durante el desarrollo de sus labores quedó en embarazo y en marzo de 2015 nace su hijo; en consecuencia se da inicio a su licencia de maternidad, la cual termina en junio del mismo año. Finalizando su licencia de maternidad es notificada de la terminación de la obra para al cual había sido contratada y

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

le es reconocida la liquidación por concepto de prestaciones sociales. (Corte Constitucional, T256, 2016).

A raíz de los hechos, se genera un problema jurídico en torno a si se le vulneró o no el derecho a la estabilidad reforzada en periodo de lactancia, para lo cual la corte realiza el respectivo análisis que se fundamenta en los Arts. 53, de la C.P.C; 239, 240 y 241, del CST; y en la ley 1468, que tiene que ver con la estabilidad laboral dentro del derecho al trabajo, con la autorización del inspector de trabajo para efectuar el despido, con la procedencia de los pagos legales establecidos, en virtud del despido injustificado y con la extensión de la licencia en los casos de parto múltiple.

Según señala la corte, los despidos que se produzcan al terminar la licencia de maternidad y siempre y cuando no subsistan las causas que le dieron origen a la relación laboral, la ley los considera legales³. Por tal razón, la corte niega el amparo en periodo de lactancia y el reintegro solicitado, toda vez que la accionante ya había cumplido la licencia de maternidad. Para el magistrado ponente, Luis Guillermo Guerrero Pérez, la ley dice que existe prohibición para despedir a la trabajadora dentro de los tres primeros meses, que corresponderían a los tres primeros de lactancia, los tres restantes, aunque también son parte del periodo de lactancia, no tiene la misma carga probatoria que los primeros. (Corte Constitucional, T256, 2016).

³ Los contratos de obra o labor se terminan por lo general a la terminación de lo pactado; en algunos casos, y dadas las circunstancias, es del resorte del inspector del trabajo si este debe o no continuar, de tal modo que para el caso traído a colación donde una mujer contratada bajo la modalidad de obra labor en empresa de servicios temporales es despedida en estado de gravidez. El consejo de Estado manifiesta la necesidad de que el empleador tenga pleno conocimiento del estado de su trabajadora, esto en virtud de determinar el grado de protección reforzada que se le pueda dar a la mujer despedida arbitrariamente, sin que esto implique que la protección constitucional no opere desde el momento mismo de la concepción (Corte Constitucional, T095, 2008).

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

La protección Constitucional reforzada, si bien opera desde el mismo instante de la concepción, tiene un límite que la ley desde 2011 ha fijado, el cual es de 14 semanas. Durante este tiempo se garantiza el derecho a no ser despedida. Al terminar la licencia se pierde el derecho a garantizar la estabilidad reforzada, siendo legal todo despido que se produzca una vez se termine esta. Por tal razón, la decisión del caso fue negar el amparo solicitado por la accionante.

Sentencia T-583 de 2017.

El caso de la sentencia en mención es el de Yorledy Barrera Joven, quien fue contratada en octubre de 2016 por CORRESERVICIOS Y LOGÍSTICA S.A.S, mediante contrato de obra labor, para desempeñar el cargo de auxiliar logístico a cambio de un salario mínimo mensual legal vigente; la trabajadora aduce que trabajo, por conducto de su empresa en compañías como INTER RAPIDISIMO S.A. y Cadena S.A, donde desarrolló funciones administrativas y de logística relacionadas con la mensajería nacional e internacional.

En el mismo mes se da cuenta de que tiene aproximadamente cinco (5) semanas de embarazo e informa de su situación al jefe inmediato; finalizando el mismo mes recibe una carta en la que se le notifica la terminación del contrato por la finalización de la obra para la cual fue contratada; aunque al recibir su liquidación se entera que el motivo de la terminación del contrato es unilateral por parte de la trabajadora al incumplir sus funciones⁴. (Corte Constitucional, T583, 2017),

⁴ El empleador puede argumentar a su favor que el despido se produjo por la terminación del contrato y no en ocasión al estado de gravidez de la trabajadora, toda vez que el contrato de obra labor termina una vez finalice la

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

El problema jurídico que se produce a partir de los hechos mencionados es si

....se vulneran los derechos fundamentales de una mujer en estado de gestación a la igualdad y no discriminación, al trabajo, al debido proceso, al mínimo vital, a la seguridad social y a la estabilidad laboral reforzada cuando el empleador decide terminar unilateralmente la relación laboral con base en el presunto incumplimiento de sus deberes contractuales, a pesar de no contar con la autorización respectiva del Ministerio del Trabajo. (Corte Constitucional, T583, 2017)

Los argumentos con los que la Magistrada Ponente, Gloria Stella Ortiz Delgado, aborda el problema jurídico apuntan a que toda mujer tiene derecho a recibir una especial protección durante la Maternidad; es decir, las mujeres de gestantes o lactantes deben ser protegidas de toda clase de discriminación; y a la protección del mínimo vital. También se reconocen los razonamientos propuestos por la Ley 1822 de 2017, la cual extendió la licencia de maternidad a 18 semanas, y por la sentencia C-005 de 2017⁵, que extiende la prohibición de despido a trabajadores con condición de Conyugues, compañeros permanentes o pareja sentimental de mujeres en estado de embarazo o lactancia.

Para el caso concreto se ofrecen como garantías para la protección del fuero de maternidad⁶: La prohibición general de despido de mujeres en estado de embarazo, la

obra o labor contratada. Sin embargo, como se expone posteriormente, existe la presunción que el despido es producido en ocasión al embarazo, por lo cual se obliga al empleador a reintegrar o a indemnizar a la trabajadora.

⁵ La Sentencia en mención propiamente tiene como problema central la cobertura del principio de Estabilidad Laboral Reforzada a mujeres no trabajadoras; en esta se reconoce la cobertura del principio en virtud del fuero de maternidad, que implica una protección de la familia más que la protección a los derechos laborales.

⁶ La Corte Suprema de Justicia deja claro que la garantía más efectiva que pueda darse a la mujer despedida en ocasión a su estado de embarazo es el reintegro, como medida principal. No obstante cuando no sea posible el reintegro, se tendrán medidas sustitutivas que consisten en pagos indemnizatorios y demás que contemple la ley en

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

indemnización por despido sin autorización del Ministerio del Trabajo, La efectucción del pago correspondiente a la licencia de maternidad y la sanción de ineficacia ocasionada por el despido dentro de los periodos de gestación y de lactancia. Sin embargo, la sentencia es expresa al señalar que

Pueden existir distintos tipos de medidas entre las cuales se encuentran: el reintegro de la trabajadora, el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, las indemnizaciones previstas en el CST, 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. (Corte Constitucional, T583, 2017)

En síntesis de caso, la decisión proferida por la corte constitucional para el caso Barrera Jóven indica que la empresa Correservicios y Logística S.A.S debe reintegrar a la Trabajadora, para que labore en el mismo cargo o uno mejor, además de pagar la totalidad de salarios, prestaciones sociales derivadas del contrato de trabajo dejados de recibir hasta el momento de su reintegro, indemnización por despido no autorizado por el ministerio del Trabajo y al monto que no gozó de la licencia de maternidad.

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

Capítulo 3. El Reintegro y las Indemnizaciones por despido, en periodo de embarazo, como garantías que protegen la permanencia en el empleo, en trabajadoras gestantes o lactantes.

La permanencia en el empleo puede estar dada a partir del reintegro y/o del pago de indemnizaciones por despido no autorizado en estado gestación o periodo de lactancia de la mujer trabajadora en Colombia. A continuación se conceptualizarán los términos, reintegro e indemnización por despido y se observará su desarrollo en la legislación y jurisprudencia, comprendidas entre 2011 y 2017, para determinar cuál es su alcance frente a la protección del derecho a la permanencia en el empleo.

El Reintegro

El concepto reintegro, hace referencia a la acción mediante la cual algo o alguien es vuelto al lugar de pertenencia. Según Goldstein (2009), es “la devolución de una cosa o un bien” (p.320), sin embargo, en el marco del Derecho Laboral, es preciso entenderlo como la acción mediante “...la cual, un trabajador vuelve a encontrar el empleo que había dejado a consecuencia de la interrupción del trabajo o del despido que resulta de la ley (después de la liberación del servicio militar) o de una decisión judicial (en caso de despido irregular o abusivo)” (Capitant, 1995, p.746).

En ese sentido, y de manera general, el reintegró puede entenderse como la figura jurídica que es utilizada por el trabajador que, al verse afectado por la terminación abusiva o arbitraria de su contrato laboral, que lleva al despido injustificado, se ve en la necesidad de solicitar que le sean restituidos sus derechos laborales; por tanto, el reintegro tiene la característica de ser una garantía, derivada del principio de estabilidad laboral, que le

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

permite al trabajador seguir ejerciendo sus actividades laborales hasta la terminación del contrato o de las labores para las cuales fue contratado.

La estabilidad laboral reforzada no solo será el mecanismo [o principio a recurrir] para evitar que la desvinculación se materialice, sino que lleva inmersa la garantía que cuando ello se cumpla se podrá invocar la acción de reintegro en un puesto de igual categoría, siempre y cuando no se cuente con una razón suficiente que exonere al empleador de realizar este reintegro (Boada, 2015, p.30).

La Indemnización Por Despido

La indemnización entendida de manera general se define según Golstein (2009) como “[la] reparación del daño”, (p.320), que bien podría causarse por distintos factores y en diferentes contextos; y esa misma línea Capitant (1995) propone que esa reparación consiste en el reconocimiento de una suma de dinero que intenta compensar cualquier clase de daño. En ese sentido, es clave comprender que la indemnización es la compensación económica a causa del daño y/o perjuicio, material o moral.

En el Derecho Laboral, esta definición tiene múltiples aplicaciones, tanto para el empleador como para el trabajador, cuando existe detrimento a los intereses del uno y del otro. Para el trabajador, el caso ejemplar que suscita alguna clase de indemnización refiere al despido injustificado o al ilegal, pues esta es “el primer componente de la dimensión patrimonial...[que se da luego] del despido improcedente” (Baylos y Pérez, 2009, p.152) , lo que podría entenderse como el precio que tiene que pagar el trabajador cuando, por decisión unilateral, opta por ponerle fin a la relación laboral, que en muchos

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

casos, surge sin un justificante, sin haberse cumplido el término pactado contractualmente y sin contar con los requisitos legales formales para hacerlo⁷.

Las indemnizaciones por despido, injustificado y/o indebido, se constituyen en garantías derivadas del Principio de Estabilidad Laboral que le aseguran al trabajador permanecer en su empleo, de manera general aplican en el caso injustificado, y en virtud de la Estabilidad laboral Reforzada en el caso de despido indebido, pues la empresa queda condicionada a que si llega a incurrir en esta clase de despidos, como consecuencia, deberá asumir la reparación económica del trabajador, lo cual implica finalmente que el empleador prefiera no despedir al trabajador para no indemnizarlo económicamente, ya que esto afectaría las finanzas de la empresa.

El reintegro en la legislación laboral sobre mujeres gestantes o lactantes (2011-2017).

Ley 1468 de 2011.

El reintegro es tratado por esta ley en el sentido que, al modificar el Art.239 del CST, reitera expresamente prohibición del despido en gravidez o lactancia⁸:

1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.2.

Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del periodo del embarazo dentro de los tres meses

⁷ En el último caso, las indemnizaciones por despido aplican cuando los trabajadores no pueden ser despedidos dadas algunas condiciones de esté Cómo el fuero sindical, de salud, de maternidad, circunstancial y de acoso laboral, en los que el trabajador solo puede ser despedido si el empleador cuenta con la previa autorización del inspector de trabajo.

⁸ El cual se encuentra consagrado en el texto original del Código Sustantivo del Trabajo.

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

posteriores al parto y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente. (Ley 1468, 2011, Art. 2).

En concordancia con el Código Sustantivo del Trabajo, el despido de la trabajadora en este estado, da como consecuencia la nulidad del mismo, y

El empleador [estará] obligado a conservar el puesto a la trabajadora que esté disfrutando de los descansos remunerados de que trata este capítulo, o de licencia por enfermedad motivada por el embarazo o parto. [Además]... no producirá efecto alguno el despido que el empleador comunique a la trabajadora en tales períodos, o en tal forma que, al hacer uso del preaviso, éste expire durante los descansos o licencias mencionados. (Código Sustantivo del Trabajo, 2012, Art. 241).

Con la anterior ley se sigue garantizando a la trabajadora en estado de gravidez, y de lactancia, la permanencia en el empleo, al confirmar la prohibición del despido, y se aumenta la cobertura del tiempo en el que está prohibido despedir a la trabajadora, ampliando el rango de descanso remunerado por licencia de maternidad.

En el caso de la mujer trabajadora además, tendrá derecho al pago de las catorce (14) semanas de descanso remunerado a que hace referencia la presente ley, si no ha disfrutado de su licencia por maternidad; en caso de parto múltiple tendrá el derecho al pago de dos (2) semanas adicionales y, en caso de que el hijo sea prematuro, al pago de la diferencia de tiempo entre la fecha del alumbramiento y el nacimiento a término, por lo menos hasta que su condición de sujeto de especial protección, por maternidad, termine. (Ley 1468, 2011, Art. 2).

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

Así las cosas el despido ilegal de una trabajadora cobijada por esta protección, trae como consecuencia la obligación de la continuidad del contrato de trabajo hasta la terminación del periodo concedido como licencia de maternidad. El nuevo tiempo de la licencia de maternidad amplía a la mujer la protección de no ser despedida durante 2 semanas más.

Ley 1610 de 2013.

La ley 1610 hace referencia a la regulación de la figura del inspector de trabajo. Y en este sentido tiene incidencia en el reintegro ya que es él quien autoriza el despido, es decir que garantiza que sea legal. Como se señala en la ley, el inspector de trabajo es quien realiza “funciones de inspección, vigilancia y control en todo el territorio nacional y conocerán de los asuntos individuales y colectivos en el sector privado y de derecho colectivo del trabajo del sector público”. (Art.1) y quien vela porque las “normas de carácter socio laboral se cumplan a cabalidad, adoptando medidas que garanticen los derechos del trabajo y eviten posibles conflictos entre empleadores y trabajadores”. (Art. 3) (Ley 1610, 2013).

La norma es relevante para el tema tratado, puesto que en el Código Sustantivo del Trabajo se señala que “Para poder despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o los tres meses posteriores al parto, el empleador necesita la autorización del Inspector del Trabajo, o del Alcalde Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario”⁹. (Código Sustantivo del trabajo, 2012, Art. 240) y al regularse la figura del

⁹ La prohibición de despido y la exigencia de permiso para llevarlo a cabo, se extienden al (la) trabajador(a) que tenga la condición de cónyuge, compañero(a) permanente o pareja de la mujer en período de embarazo o lactancia, que sea beneficiaria de aquel (la), según sentencia C005 de 2017 de la Corte Constitucional. (Código Sustantivo del trabajo, 2012, Art. 240)

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

inspector se tendrá mayor seguridad en cuanto a la protección de los derechos laborales de la trabajadora en embarazo o lactancia, ya que dentro de las funciones del inspector está el garantizar los derechos laborales de los trabajadores.

Si bien, él es no es competente para ordenar el reintegro de la trabajadora, si está facultado para intervenir y avalar o no la disolución del vínculo laboral, toda vez que dentro de sus funciones está la de dar aplicación a la normatividad existente; lo que quiere decir, que es quien deja el antecedente para el reintegro, según avale o autorice el despido.

Ley 1822 de 2017.

La ley 1822, por una parte, siguiendo con la dinámica de la 1468 del 2011, se refiere al reintegro en la medida que modifica el término de la licencia de maternidad. Ésta señala que “Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia” (Ley 1822, 2017, Art. 1), tiempo en el que la trabajadora no puede ser despedida ya que al serlo, se caería en la nulidad contemplada en el Art. 241 del Código sustantivo del trabajo.

Por otra, es enfática en reiterar la prohibición del despido con un nuevo elemento que es el de la intervención del Ministerio del Trabajo. “Ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia sin la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa” (Ley 1822, 2017, Art. 2), pues con esto se garantiza aun más la permanencia en el empleo de la trabajadora gestante o lactante, en el sentido que para que sea legal su despido debe contar con el aval del ministerio del trabajo y de no

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

ser así se incurriría en la nulidad citada anteriormente y por consiguiente se obligaría al reintegro de la trabajadora.

El Reintegro en la jurisprudencia laboral sobre mujeres gestantes o lactantes (2011-2017).

Sentencia T-174 de 2011.

En la sentencia T 174/11 la corte ordenó no solamente el reintegro de la trabajadora despedida mientras se encontraba en gestación en el desarrollo del contrato de aprendizaje, sino que además ordena la continuidad del empleo bajo la modalidad de contrato laboral pese a que las causas que dieron origen al contrato inicial habían desaparecido, no se puede desconocer la protección a la maternidad de la cual la accionante es titular. En ese sentido, se reconoce que

Sin importar el tipo de vinculación laboral, y siempre que no haya otra circunstancia que justificadamente autorice el despido, se proporcionará la protección a las mujeres trabajadoras durante el embarazo y el periodo de lactancia de los 3 meses posteriores al parto. (Corte constitucional, T174, 2011), con lo cual el alcance que tiene el reintegro está por encima de la clase de contratación.

Así las cosas, la permanencia en el empleo está dada por la orden expresa de reintegro, en virtud a la protección de la maternidad y el reintegro determina un cambio en la contratación para seguirle brindando Estabilidad a la mujer; por tanto, se entiende la importancia del reintegro, ya que de no ser reconocido como obligatoriedad, en este caso, lo más seguro es que la trabajadora, al terminar el contrato de aprendizaje, hubiera quedado desempleada.

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

Sentencia T-082 de 2012.

En los dos casos que dieron origen a esta sentencia, es de observar que si bien, el reintegro es reconocido como medida que busca la protección de la permanencia en el empleo, este en la práctica no se pudo efectuar si hay circunstancias que impiden su aplicación. La sentencia, cuando hace referencia a las medidas de protección derivadas del fuero de maternidad, señala que:

... El amparo que se obtiene de aplicar la fórmula de protección objetiva en un determinado caso, se concreta finalmente, según lo ha sostenido la jurisprudencia, en medidas de protección principales, como el reintegro o la renovación de la relación laboral, o en medidas de protección sustitutas, como el reconocimiento de las prestaciones en materia de seguridad social en salud necesarias para adquirir el derecho a la licencia de maternidad (Corte constitucional, T082, 2012).

Lo anterior quiere decir que el principio de Estabilidad Laboral Reforzada, es reconocido y por tanto es posible aplicar las medidas de protección, como el reintegro o la renovación del contrato, pero dichas medidas no se podrían efectuar cuando las circunstancias no lo permiten.¹⁰ Por tal razón la decisión que se tomo sobre ambos expedientes fue desfavorable para las partes actoras; en el primer caso no fue posible porque la relación laboral de la mujer gestante estaba determinada por un contrato que el

¹⁰ Según sentencia de la Corte Constitucional, T-353 de 2016, se pueden contemplar cuatro casos en los que no es procedente aplicar la medida de reintegro: Cuando la empresa se ha liquidado o está en proceso de extinción la persona jurídica que la sustenta; Cuando el origen de la desvinculación es que el cargo que la mujer embarazada ocupaba ha sido provisto por concurso de méritos; Cuando el origen de la desvinculación es que el cargo que la mujer embarazada ocupaba fue creado por la administración pública para el desempeño puntual de funciones transitorias relativas a la eficacia, celeridad y mejoramiento de la función pública, como por ejemplo los cargos denominados de descongestión y, Cuando la existencia de la relación laboral entre la mujer gestante y empleador dependía íntimamente de la subsistencia de un contrato previo celebrado por el empleador. (Ámbito Jurídico, 2016, Párr. 3-6)

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

empleador había suscrito previamente con una empresa, y al terminarse dicho contrato se terminó el de la trabajadora.

En el segundo caso, según lo señala la misma sentencia, el reintegro como medida protectora, es de

...imposible cumplimiento dado que, no [se] puede obligar... a la empleadora a que traslade a la actora y al recién nacido a su nuevo domicilio y a que la reintegre a las labores domésticas en su nuevo hogar. Lo anterior por cuanto no se pueden presumir las condiciones de vida de la demandada en su nueva residencia y por lo tanto no se puede inferir que la misma requiere, también allí, del servicio doméstico. (Corte constitucional, T082, 2012).

Sentencia T-008 de 2013.

En esta sentencia se ordena el reintegro inmediato de la trabajadora puesto que la terminación del contrato fue provocada su estado de gravidez, situación en la cual el despido producido además de ser improcedente resulta ineficaz. La sentencia, citando la (Corte constitucional, T014, 1992), refiere que

...para proceder a su despido se deberá configurar una justa causa o razón objetiva, y conseguirse la autorización del funcionario competente pues, de lo contrario, tendrá lugar la aplicación de la presunción de despido en razón del embarazo, con la consecuente ineficacia del mismo y la posibilidad de obtener el reintegro. (Corte constitucional, T008, 2013).

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

Lo anterior permite inferir que el reintegro implica que a la trabajadora se le restituya el empleo en condiciones iguales o mejores a las iniciales, y nunca podrá desmejorarse sus condiciones como trabajadora, porque de ser así se estaría incurriendo en acoso laboral, al obligar a la trabajadora que presente su renuncia¹¹. En el caso citado, la accionante solicitó su reintegro al ver vulnerados sus derechos laborales y maternales; la solicitud se llevó a cabo mediante la tutela,¹² que es además uno de los instrumentos con los cuales se garantiza de forma total la permanencia en el empleo.

Sentencia T-656 de 2014.

La sentencia hace referencia a un problema jurídico de estabilidad laboral en el cual se invoca el derecho a permanecer en el empleo; la solución dada al caso no favorece a la accionante en cuanto no se le ordena expresamente al empleador su reintegro puesto que las circunstancias allí mencionadas no lo permiten. En el caso se reconoce una obligatoriedad de reintegro que tiene lugar por la ineficacia del despido de la trabajadora en estado de embarazo.

Sin embargo, no se lleva a la práctica y en su lugar se obliga al trabajador a reparar a la trabajadora puesto que “La ineficacia del despido de mujer embarazada o lactante se acompaña con la obligación del empleador de indemnizarla cuando la despide a pesar de la prohibición legal y sin cumplir los requisitos contemplados en la ley” (Corte constitucional, T656, 2014).

¹¹ Ley 1010, (2006,) dice que toda conducta que busque perseguir molestar o intimidar al empleado por su superior o jefe en desarrollo de sus labores y que le lleve a la renuncia, se considera acoso laboral. (Art.2)

¹² Según lo expresado por Goyes (2011,) dentro de las garantías constitucionales en Colombia la tutela es utilizada como el único mecanismo efectivo para impedir la vulneración del derecho a la maternidad. (p. 194)

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

El alcance del reintegro, en la sentencia citada, es muy limitado, puesto que la relación laboral, al llevarse de manera informal, derivó en que la empresa del empleador no contara con la capacidad para reintegrar a la trabajadora y por tanto el argumento que tuvo muy presente la Corte a la hora de decidir sobre el caso fue que “la protección que se brinda a la actora no puede convertirse en una afectación desproporcionada al accionado” (Corte constitucional, T656, 2014), pues la empresa del caso es una pequeña unidad económica.

Aunque el caso no reintegró a la trabajadora, partiendo del principio de Estabilidad Laboral Reforzada en mujeres embarazadas, se logró que el contrato, que un primer momento fue verbal, se formalizara y se reconociera como uno a término indefinido, para de esta manera lograr aplicar la protección que emana de ese principio. Por tanto, se tiene en cuenta que “El alcance de la protección se determinará de acuerdo a la modalidad bajo la cual se encuentre vinculada...” (Corte constitucional, T656, 2014).

Sentencia T-238 de 2015.

La sentencia T238 de 2015 presenta un caso particular que trata sobre el ocultamiento del vínculo laboral bajo la estrategia de contratación conocida como Contrato de Prestación de Servicios; Bajo dicho contrato, de carácter civil, se pretendió aglutinar las condiciones que determinan una relación de trabajo, evitando la formalización de un contrato a término fijo o indefinido que es de naturaleza Laboral. En el caso de la sentencia, puntualmente se da la situación de un ocultamiento de la relación laboral, lo cual da lugar al desconocimiento de derechos laborales, como el de la seguridad

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

social y la permanencia del empleo y derechos laborales específicos como el de la licencia de maternidad, que es invocado por la accionante.

Cuando la corte identifica que bajo la figura de ese contrato civil de se encuentra un vínculo laboral procede a señalar que es “ineficaz la no renovación del contrato laboral [que se encontraba] oculto bajo el de prestación de servicios profesionales” (Corte constitucional, T238, 2015), en virtud de reconocer los derechos de la trabajadora dados por la naturaleza de la relación laboral existente. Por consiguiente, al haber una relación laboral, una de las medidas que procede es el reintegro, el cual busca la protección de los derechos maternales y el derecho a la permanencia en el empleo.

Según lo señala la sentencia, “La mujer trabajadora, [es] una gestadora de vida, [y] lleva consigo la indefectible prerrogativa ya sea de acceder a un empleo, mantenerse o reintegrarse al mismo, independientemente de la modalidad laboral.” (Corte constitucional, T238, 2015), lo cual permite observar el alcance del reintegro frente a la protección del derecho a la permanencia en el empleo. En ese sentido, la solución del caso favorece a la accionante y obliga a su empleador que renueve su contrato y mantenga las mismas condiciones laborales, en vista de que la trabajadora fue desvinculada sin una justa causa y sin contar con la aprobación del inspector del trabajo.

Sentencia T-256 de 2016.

Esta sentencia, que tiene por objeto la obtención del reintegro, solicitado por una trabajadora que fue vinculada laboralmente mediante el contrato obra labora, señala aspectos importantes que determinan el alcance del reintegro en virtud de la protección del derecho a la permanencia en el empleo. En primer lugar, la Corte ha señalado que la tutela

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

no es el mecanismo idóneo para resolver problemas derivados de las relaciones laborales; sin embargo, contempla como excepción que mediante éste se solicite el amparo y protección de los derechos laborales cuando el caso hace referencia a un trabajador en estado de debilidad manifiesta.

En segundo lugar, se reconoce que los derechos laborales de las trabajadoras gestantes o lactantes son objeto de especial protección, y por tanto, cuando existe un despido injustificado, o dado por la condición de gravidez de la trabajadora, procede el reintegro, dado que el despido carece de efectos legales y por tanto es nulo. De esta manera se señala que

No cabe el despido de una mujer en estado de embarazo o dentro de los tres meses posteriores, sin la autorización de las autoridades del trabajo y sin que se haya acreditado una justa causa. En caso de ocurrir una violación de los citados requisitos, el empleador no sólo se verá obligado a pagar la indemnización que se dispone en la ley, sino que también debe proceder al reintegro de la trabajadora, como consecuencia de la ineficacia del retiro. (Corte constitucional, T256, 2016).

Así las cosas, al ratificar la posibilidad de aplicar el mecanismo del reintegro, la Corte analiza a profundidad el caso y encuentra que, al ser un contrato de obra labor, para que la trabajadora sea reintegrada debe subsistir el objeto que dio origen al contrato, y en este caso, las actividades para las cuales había sido contratada la accionante, ya habían culminado satisfactoriamente, por lo que la parte accionada no cuenta con las condiciones para reintegrarle. En ese sentido, en virtud del reconocimiento al principio de Estabilidad

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

Laboral se contempla la posibilidad de generar el reintegro, sin embargo este no se lleva a cabo dada las circunstancias del caso.

Sentencia T-583 de 2017.

Por último, en la sentencia T583 se observa que el despido efectuado a empleada en estado de gravidez es desvirtuado y, en consecuencia, es aplicado el reintegro como medida restauradora de los derechos laborales. En el caso de la sentencia se aprecia una situación en la que se crean razones aparentes para terminación del contrato, cuando en realidad se está frente a una situación de discriminación, que se traduce en el despido en razón al estado de embarazo. Allí, la trabajadora se ausenta de su trabajo al presentar molestias de salud en ocasión al embarazo, lo cual es utilizado por el empleador para terminar la relación laboral, siendo que en realidad esta ausencia es justificado; lo anterior es una prueba de la debilidad manifiesta en la que se encuentra la accionante¹³.

En esta sentencia, la Corte ha señalado que para aplicar el alcance que tiene el principio de Estabilidad Laboral Reforzada, se debe tener en cuenta que haya existido una relación laboral, la clase de contrato y que la mujer, al momento de sus despido, se encontrara en embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto; así mismo, el empleador debía de conocer del estado de embarazo de la trabajadora. (Corte Constitucional, T583, 2017).

Para el caso en concreto se reconoció que existía una relación laboral entre la trabajadora y la empresa que la contrató, la cual estaba determinada por un contrato de obra labor, y al momento de ser despedida se encontraba en estado de embarazo, lo cual

¹³ Las mujeres embarazadas se encuentran en situación de debilidad manifiesta, por tal razonamiento son sujetos de especial protección por parte del Estado. (Constitución Política, 1991, Art. 13).

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

era sabido con antelación por parte del empleador. Cuando la trabajadora fue despedida, la obra para la cual fue contratada no había sido culminada satisfactoriamente y por tanto posibilita que se aplique la medida del reintegro.

En la sentencia se señala que cuando

...la desvinculación ocurra antes del vencimiento de la terminación de la obra o labor contratada sin la previa calificación de una justa causa por el inspector del trabajo... se debe aplicar la protección derivada del de maternidad y lactancia consistente en la ineficacia del despido y el consecuente reintegro... (Corte Constitucional, T583, 2017).

Esto quiere decir que la medida de reintegro, además de ser posible en virtud de la nulidad del despido, ocasionada por los hechos, está determinada por unas condiciones que podrían entenderse como las circunstancias derivadas de la clase de contrato; en el caso que llevó a la sentencia, el contrato fue de obra labor, y al momento del despido, las actividades que causaron el origen de dicho contrato no habían terminado satisfactoriamente, lo que da la oportunidad de reintegrar a la trabajadora para que las termine y de esta manera se le proteja el derecho a la permanencia en el empleo.

La indemnización por despido en la legislación laboral sobre mujeres gestantes o lactantes (2011-2017).

Ley 1468 de 2011.

La ley 1468, modificando el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, reitera la indemnización por despido ocasionado por el estado de gravidez de la

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

trabajadora. En ese sentido se observa que la indemnización por despido, es un mecanismo que emana del principio de estabilidad laboral y que busca, por una parte sancionar al empleador que incurra en tal situación, y por otra reparar económicamente a la trabajadora que ha sufrido la consecuencia de haber sido desvinculada de su cargo.

Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia...Las trabajadoras ... que sean despedidas sin autorización de las autoridades competentes, tienen derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta días (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo...(Ley 1468 de 2011).

Esto quiere decir que la sanción económica es la medida derivada del Principio de Estabilidad Laboral Reforzada¹⁴, y la consecuencia para el empleador que decida despedir a la trabajadora en este estado; la permanencia en el empleo está dada en la medida que al empleador le convendría más mantener a la trabajadora gestante o lactante en su empleo que despedirla ya que esto implicaría pagarle una reparación económica y posiblemente generar su reintegro, afectando así las finanzas de la empresa.

Ley 1610 de 2013.

La ley en mención, al hacer referencia a la regulación del inspector de trabajo, contribuye al tema de las indemnizaciones por despido puesto que, hasta el 2016, era el quien determinaba la legitimidad o ilegitimidad del despido en caso como el de la mujer gestante o lactante. Además, dentro de sus funciones coactivas está "...requerir o

¹⁴ Es entonces "una obligación del estado "fortalecer o reforzar los mecanismos que aseguran, entre otras cosas, la estabilidad en el empleo de la mujer embarazada" (Corte Constitucional, T373,1998)

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

sancionar a los responsables de la inobservancia o violación de una norma...” (Ley 1610, 2013, Art. 3). Por tanto, esta ley contribuye a garantizar que los derechos laborales, como el de las trabajadoras gestantes o lactantes, se respeten y se cumplan las disposiciones encaminadas a su protección.

Cabe señalar además que, para garantizar el cumplimiento de los derechos laborales,

Los funcionarios del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social que indique el Gobierno, tendrán el carácter de autoridades de policía para lo relacionado con la vigilancia y control de que trata el numeral anterior y están facultados para imponer cada vez multas equivalentes al monto de uno (1) a cinco mil (5.000) veces el salario mínimo mensual vigente según la gravedad de la infracción y mientras esta subsista, sin perjuicio de las demás sanciones contempladas en la normatividad vigente (Ley 1610, 2013, Art. 7).

Ley 1822 de 2017.

La ley 1822, al ampliar la licencia de maternidad de 14 a 18 semanas amplía el rango de protección en el cual la trabajadora no debe ser despedida. “Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia. (Ley 1822, 2017, Art. 1). En ese sentido, en el artículo 2 se insiste en la prohibición del despido, y en la sanción económica que conlleva hacerlo.

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

Ley 1823 de 2017.

Particularmente, esta ley que tiene que ver con el derecho a la lactancia, al establecer la creación de las salas amigas de la familia lactante en el contexto laboral, recuerda que la implementación de estas, “...no eximen al empleador de reconocer y garantizar el disfrute de la hora de lactancia, la madre lactante podrá hacer uso de la misma o desplazarse a su lugar de residencia, o ejercerlo en su lugar de trabajo” (Ley 1823, 2017, Art. 1), que se contempla en el Art. 238 del código sustantivo del trabajo.

Por tanto, la creación de las salas de maternidad es una estrategia que busca por una parte, incentivar la lactancia en el ámbito laboral, y por otra, simultáneamente, favorecer la permanencia en el empleo de la trabajadora. En cuanto a las sanciones por despido, la ley rememora implícitamente que una trabajadora no puede ser despedida por su estado de lactancia.

La indemnización por despido en la Jurisprudencia laboral sobre mujeres gestantes o lactantes (2011-2017).

Sentencia T-174 de 2011.

La sentencia en mención no contempla el pago de alguna indemnización aunque el caso tenga que ver con estabilidad laboral, sin embargo se infiere que el tema no ha sido tratado por dos razones; primero porque lo que estaba en discusión era la renovación el contrato; segundo, porque el tipo de vinculación de la trabajadora estaba mediado por un contrato de aprendizaje. En todo caso, el Principio de Estabilidad Laboral Reforzada solo evocó a una vinculación más formal, lo cual le brinda muchas más garantías que el contrato de aprendizaje.

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

Sentencia T-082 de 2012.

Esta sentencia recoge dos casos particulares en los que se reconoce el pago de la indemnización por despido motivado por el estado de gravidez de la trabajadora además de los pagos por despido injustificado. En ese sentido, para resolver el problema jurídico en ambos casos la corte contempla “las medidas de protección derivadas del fuero de maternidad y la indemnización del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo” (Corte Constitucional, T082, 2012), y por tanto se considera el Principio de Estabilidad Laboral.

Dicho principio es traído a colación porque de él se desprenden las medidas de protección que tiene como finalidad que la trabajadora tenga derecho a trabajar; pero, dadas las circunstancias de los casos en los que no procede el reintegro, una de las indemnizaciones tiene por objeto sustituir dicha garantía, es decir, reparar económicamente a la trabajadora, fuera de la indemnización contemplada en el artículo 239 del código Sustantivo del trabajo.

En cuanto esta última la corte señala que tal medida, “...no confiere eficacia al despido efectuado sin la correspondiente autorización previa, sino que es una sanción suplementaria debido al incumplimiento patronal de la prohibición de despedir a una mujer por razones de maternidad...” (Corte Constitucional, T082, 2012). La indemnización fue reconocida en el primer caso, mientras que en el segundo no, puesto que la causa que puso fin a la relación laboral no fue el despido injustificado sino la imposición de la demanda por parte de la accionante.

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

Sentencia T-008 de 2013.

La sentencia en sanción reconoce el pago de la indemnización por despido la contemplada en el Art. 239 del Código Sustantivo del trabajo, en virtud de que el despido se ocasionó sin contar con la autorización del inspector de trabajo. Teniendo en cuenta que el

“...despido de la trabajadora embarazada -es decir, dentro del período de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto- se presume que fue por causa o en razón del embarazo a menos que quepa aplicar las causales de despido con justa causa, asunto en el cual, se debe cumplir con las exigencias previstas en la legislación...” (Corte Constitucional, T008, 2013).

Se puede inferir que solo se reconoció el pago de la indemnización del Art. 239 y no la del despido injustificado puesto que la hubo una sola razón para despedir a la trabajadora, que fue su estado de embarazo, lo cual permite comprender que tal medida tiene un justo alcance, en la medida que reconoce una reparación proporcional a la situación desarrollada.

Sentencia T-656 de 2014.

En esta sentencia, el pago de la indemnización por despido tiene el carácter de ser una medida secundaria, en el sentido la trabajadora no fue reintegrada y por tanto la permanencia en el empleo no se dio como consecuencia del reintegro, ya que dadas las circunstancias del caso no aplicó. La corte, citando la sentencia C470 de 1997 refiere a que “La ineficacia del despido de mujer embarazada o lactante se acompaña con la obligación del empleador de indemnizarla cuando la despide a pesar de la prohibición

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

legal y sin cumplir los requisitos contemplados en la ley.” (Corte constitucional, T656, 2014). En ese sentido se puede inferir que la medida de protección, derivada del Principio de Estabilidad laboral, y contemplada en el Art. 239 del Código Sustantivo del trabajo, benefició a la trabajadora gestante en cuanto la reparó económicamente, pero no evitó que fuera desvinculada de sus funciones laborales.

Sentencia T-238 de 2015.

La sentencia en mención hace referencia a un caso en el que se pretende ocultar un vínculo laboral bajo la figura del contrato de prestación de servicios. Al existir una relación formal de trabajo se derivan todos los derechos laborales, que en este caso se le deben conocer a la actora que es una trabajadora en estado de embarazo. Por tanto, la corte ha señalado que la “protección, [derivada del principio de Estabilidad Laboral Reforzada] está dirigida a todas las mujeres trabajadoras sin distinción alguna, trátense de aquellas que pertenezcan tanto al sector público como privado, así como a las vinculadas mediante cualquier modalidad laboral que exista.” (Corte Constitucional, T 238, 2015).

Teniendo en cuenta lo anterior, en el caso señalado se observa específicamente que hay una vulneración directa a los derechos laborales de la trabajadora en el sentido que la corte ha entendido la no renovación del contrato como despido, y eso implica que al no renovar el contrato, estando en embarazo, se incurrió en lo señalado por el art. 239, por lo que se le reconoce el pago de la indemnización por despido no autorizado. Además, se observa que dicha indemnización se hace en virtud a la protección de los Derechos Laborales, especialmente el de la permanencia en el empleo, que se fundamenta a su vez en el derecho al trabajo, consagrado en el art. 25 de la constitución política.

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

En consecuencia de lo anterior, es preciso indicar que el alcance de esta clase de protección, derivada del principio de Estabilidad Laboral, favorece a la trabajadora al repararla económicamente, además de reintegrarla a sus labores y de mantenerle las mismas condiciones labores. La protección fue aplicada en virtud de la relación laboral que venía desarrollándose bajo el manto de la figura de contratación civil, contrato de prestación de servicios; sin embargo, se debe precisar que la indemnización obedeció siempre al campo laboral, puesto que hubo una relación laboral y no hubo indemnizaciones por incumplimiento del contrato, no porque éste fuera del orden civil, sino porque fue entendido como un contrato laboral a término fijo, que se había cumplido.

Sentencia T-256 de 2016.

La sentencia inicia reconociendo que:

No cabe el despido de una mujer en estado de embarazo o dentro de los tres meses posteriores, sin la autorización de las autoridades del trabajo y sin que se haya acreditado una justa causa. En caso de ocurrir una violación de los citados requisitos, el empleador no sólo se verá obligado a pagar la indemnización que se dispone en la ley, sino que también debe proceder al reintegro de la trabajadora, como consecuencia de la ineficacia del retiro. (Corte Constitucional, T256, 2016).

Pero, el caso concreto al que allí se hace referencia está dado por una relación laboral determinada por un contrato de obra labor, el cual no le fue renovado a la trabajadora, luego de que se le cumpliera su licencia de maternidad. Si bien es cierto que en los casos de contratación mediante la modalidad de obra labor, cabe la posibilidad de brindarle la protección a la mujer embarazada para que siga laborando y en consecuencia

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

se genera su reintegro e indemnizaciones a las que hubiere lugar siempre y cuando al momento del despido subsistiere el objeto que originó la causa laboral, también hay otra determinación en cuanto a que la protección brindada por el principio de Estabilidad Laboral Reforzada solo cobija a la trabajadora durante los tres primeros meses, posteriores al parto.

En ese sentido, en el caso se entiende que existe la protección brindada por el Principio de Estabilidad Laboral, y consecuentemente se reconocen las medidas del reintegro y de las indemnizaciones por despido, en caso de la vulneración de los derechos laborales a la trabajadora gestante o lactante; pero como no hubo tal vulneración, las medidas son ineficaces y por no ende no son aplicadas. Por tanto, finalmente la corte reitera que “no se presentó vulneración o amenaza alguna de un derecho fundamental, en la medida en que la terminación del contrato se fundamentó en una causal objetiva, consistente en la finalización de la obra o labor contratada” (Corte constitucional, T256, 2016).

Sentencia T-583 de 2017.

Los hechos desarrollados en esta sentencia permiten afirmar que la indemnización por despido no autorizado por el ministerio de trabajo, originada en el Principio de Estabilidad Laboral, es aplicable en el sentido que se desarrolla la situación propicia para esta medida. El problema jurídico se desarrolla en el marco de una relación laboral mediada por un contrato obra labor, el cual, al momento en que la trabajadora notifica a su empleador acerca de su estado de gravidez, se encontraba vigente y el objeto de tal relación laboral continuaba existiendo. Los hechos señalan que la trabajadora fue

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

despedida con motivo de su embarazo antes de que el contrato terminara y se le obliga a firmar la terminación del mismo; posteriormente se entera que su despido se justificó a partir de la ausencia en algunas de sus labores, ausencia que fue derivada del estado de gravidez de la trabajadora.

En ese sentido hay que anotar varios aspectos: Primero, el caso es procedente vía tutela, puesto que la trabajadora se encuentra en estado de debilidad manifiesta y sus derechos han sido vulnerados; segundo, el motivo de su despido fue su estado de gravidez, y tal motivo fue probado cuando se reconoce que el justificante fue el incumplimiento de algunas de sus labores; esto quiere decir que deja de ser presunción y pasa a ser un hecho que fue un despido por motivo de su estado de embarazo. Tercero: en consecuencias, las medidas derivadas del principio de Estabilidad Laboral Reforzada, a las que hacen referencia los Art. 239 y 241, son viables y dentro de la sentencia en mención son reconocidas. En ese sentido se señala que:

... pueden existir distintos tipos de medidas entre las cuales se encuentran: el reintegro de la trabajadora, el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, las indemnizaciones previstas en el CST, 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. (Corte constitucional, T583, 2017).

Por tanto, se observa que el alcance de la indemnización por despido, como medida de reparación económica a la trabajadora, cobija cualquier tipo de contratación, siempre y cuando las condiciones de ésta permitan su aplicación. De esta manera, la corte ha reconocido y aplicado la indemnización por despido.

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

Conclusiones

Luego del desarrollo del proyecto monográfico se puede concluir, en general, que el derecho al trabajo es un derecho humano, del orden de los derechos económicos, que al tener conexidad con otros derechos, de carácter fundamental, automáticamente toma la condición de fundamental, y se ampara en las disposiciones de la Constitución Política Colombiana de 1991. La Estabilidad Laboral es un principio que caracteriza el trabajo, y de este se desprenden, el derecho a permanecer en el empleo y, a su vez, las medidas que protegen dicha permanencia.

Esas medidas se caracterizan por ser una reparación, económica y benefactora, para la trabajadora que ha sido despedida en virtud de su estado de embarazo o lactancia y ha sido afectada por tal despido. En ese sentido, se concluye que las garantías de la permanencia en el empleo, para las trabajadoras gestantes o lactantes, son las medidas del reintegro y la indemnización por despido no autorizado, ambas derivadas del Principio de Estabilidad Laboral Reforzada, que es entendido como la aplicación de la Estabilidad Laboral a los sectores de trabajadores en condiciones de vulnerabilidad.

Se ha observado además que el Estado promueve programas de inclusión social para el grupo de personas en estado de vulnerabilidad mencionadas anteriormente, puesto que ante la ley todas las personas son iguales y deben gozar de las mismas garantías y derechos, en este caso al derecho al trabajo en las mismas condiciones de igualdad; para tales efectos hombres, mujeres y población vulnerable.

En concreto, se concluye que, en primer lugar, el carácter de reforzado de la Estabilidad, está dado por circunstancias especiales como la discapacidad física, psíquica o

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

sensorial; también son titulares de ésta las personas en estado de debilidad manifiesta, es decir, quienes padecen enfermedades de origen común, los aforados sindicales, personas próximas a pensionarse y las mujeres embarazadas. Todos estos titulares merecen la protección a su derecho al trabajo y a permanecer en él; para el caso de éste último grupo la protección inicia desde la gestación hasta la terminación del periodo de lactancia.

Se concluye que la Estabilidad laboral reforzada por maternidad se garantiza a todas las mujeres, sin distinción alguna, en el ámbito público y privado en desarrollo del derecho fundamental de igualdad. Siendo ésta uno de los principios bajo el cual está construido el ordenamiento jurídico colombiano en esta materia y como garantía para proteger el derecho al trabajo.

En segundo lugar, existen una normativa interna compuesta por legislación internacional que a su vez contiene instrumentos de gran importancia como lo son los convenios, tratados, protocolos, pactos y recomendaciones de la OIT ratificados por Colombia en temas de no discriminación, inclusión social y laboral de personas en situación de vulnerabilidad, especialmente a las Trabajadoras Gestantes.

También se ha desarrollado una amplia jurisprudencia de la corte Constitucional, entre el 2011 y el 2017, que ha permitido la protección a la mujer y de su maternidad en relación con el vínculo laboral, teniendo en cuenta los principios constitucionales, que constituyen el espíritu de la ley¹⁵, base sobre la cual es edificado el ordenamiento jurídico. En la jurisprudencia se observa que dicha protección se extiende al esposo o compañero permanente, al recién nacido o a quien se encuentre al cuidado de éste. Por tanto, se trata

¹⁵ Según Montesquieu (1971), en términos generales las leyes son la aplicación misma de la razón humana a cada caso particular.

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

de una protección integral que se origina en el en el ámbito laboral y comprende el familiar.

En tercer lugar, a partir de un análisis de la legislación y la jurisprudencia, se encuentra el desarrollo de las garantías que apuntan a la protección del derecho a permanecer en el empleo, a las cuales se accede a partir de algunos mecanismos como: La acción de tutela, que es un mecanismo transitorio que actúa de manera pronta y efectiva; y la justicia ordinaria laboral, que tiende a no ser tan efectiva como la anterior en cuanto a ordenar la protección de los derechos laborales. Las garantías son identificadas con las medidas del reintegro y la indemnización por despido no autorizado.

La primera es más efectiva ya que conlleva la continuidad o renovación del contrato; y la segunda es sustitutiva, de tipo económico, porque busca reparar a la trabajadora que ha sido víctima del despido injustificado o justificado por razón de situación de embarazo o en lactancia. Con estas medidas, además se le garantizan, a la mujer, los derechos reproductivos, a tener una familia, a gozar de un trabajo en condiciones dignas y decentes que le permita satisfacer su mínimo vital y a no ser discriminada por su condición; También se garantizan, conjuntamente, los derechos del hijo por nacer, que son propios de un Estado Social de derecho, que busca la conservación y protección de la familia.

Por tanto, se concluye que la mujer es sujeto de protección por parte del Estado, esté o no laborando; es así que cuando ésta se encuentra sin empleo, el Estado otorga unos subsidios y programas a los cuales se puede inscribir, como los de salud, alimentación y asistencia para la mujer y para su hijo dentro del primer año de vida, esto en desarrollo al

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

fuero de maternidad. Finalmente es de concluir que el derecho que tiene la mujer en condición de maternidad a permanecer en el empleo, es protegido a través del reintegro y la renovación del contrato, de una forma absoluta; y, de forma relativa, cuando se trata del pago de indemnizaciones por despido y el pago de su seguridad social.

De la misma manera esto aplica para el sector público y el privado, creando equidad y eficacia y por tratarse de la defensa de los derechos fundamentales de la mujer trabajadora, de su cónyuge o compañero y del hijo por nacer; permitiendo además con esto una cobertura integral del derecho del trabajo. La corte Constitucional adopta, en sus decisiones, toda la legislación internacional en lo concerniente a la protección de la maternidad y sus derechos laborales, reconociendo así el Principio de Estabilidad Reforzada; con esto adopta medidas que satisfagan el disfrute de las garantías laborales, sin importar la modalidad del contrato.

Sin embargo, la corte si tiene en cuenta las situaciones particulares y los requisitos que se deben cumplir para otorgar, ya sea el reintegro o las indemnizaciones por despido no autorizado puesto que son dos condiciones que originan la vulnerabilidad de los derechos laborales de la mujer gestante o lactante; primero, que sea despedida en tal estado; y segundo: que su despido no haya sido autorizado por la entidad competente.

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA**Lista de Referencias**

- Actualícese (2015). Definición de la estabilidad laboral reforzada .Recuperado de <https://actualicese.com/2015/01/26/definicion-de-la-estabilidad-laboral-reforzada/>
- Albuquerque, R. (1995). *Derecho del Trabajo tomo I*. Santo Domingo: Ed. Lozano
- Ámbito jurídico. (2016) Derecho laboral, seguridad social y la empresa. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/resenas/laboral-y-seguridad-social/derecho-laboral-seguridad-social-y-la-empresa>
- Avendaño, G. (2010). *Constitucionalización de los derechos laborales*. Bogotá: Ed. Doctrina y Ley.
- Barona, R. (2015). *La contratación de los Profesionales y Trabajadores de la Salud*. Bogotá: Ed. Leyer.
- Baylos, A. & Pérez, J. (2009). *Despido o la violencia del poder privado*. Madrid: Ed. Trotta
- Bielsa, R. (1959). *Derecho Constitucional*, Buenos Aires: Ed. Roque de Palma.

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

Boada, N. (2015). *De la estabilidad laboral reforzada: un estudio jurisprudencial*

sobre esta institución jurídica y los mecanismos para garantizar este derecho.

(Trabajo de grado) Universidad católica de Colombia. Bogotá. Recuperado de

http://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/2217/1/De-la-estabilidad-laboral-reforzada_final%20%281%29.pdf

Capitant, H. (1995). *Diccionario Vocabulario Jurídico*. Bogotá: Editorial Temis.

Código Sustantivo del Trabajo [Código] (2017) 38ª Ed. Legis.

Comisión interamericana de Derechos Humanos. (1988) Protocolo de San Salvador.

Recuperado de <https://www.cidh.oas.org/basicos/Basicos4.htm>

Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) 36ª Ed. Legis.

Congreso de Colombia (23 de Enero de 2006) [Ley 1010 de 2006] Recuperado de

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1010_2006.html

Congreso de Colombia (30 de Junio de 2011) [Ley 1468 de 2011] Recuperado de

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1468_2011.html

Congreso de Colombia (02 de Enero de 2013) [Ley 1610 de 2013] Recuperado de

<http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/2013/LEY%201610%20DEL%2002%20DE%20ENERO%20DE%202013.pdf>

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

Congreso de Colombia (04 de Enero de 2017) [Ley 1822 de 2017] Recuperado de

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=67857>

Congreso de Colombia (04 de Enero de 2017) [Ley 1823 de 2017] Recuperado de

<http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201823%20DEL%204%20DE%20ENERO%20DE%202017.pdf>

Corte constitucional (7 de mayo 1993, T179 [M P. Alejandro Martínez Caballero]

Corte constitucional (26 de mayo 1998), SU-250 [MP. Alejandro Martínez Caballero]

Corte Constitucional (29 de noviembre 2005) C-1232 [MP. Alfredo Beltrán Sierra]

Corte Constitucional (07 de Febrero de 2008) T095 [MP Luis Guillermo Guerrero

Pérez]

Corte constitucional (10 de octubre 2008), T 987 [MP. Clara Inés Vargas Hernández]

Corte Constitucional (14 de Marzo de 2011) T 174 [M.P. Iván Palacio Palacio]

Corte constitucional (24 de Mayo 2012), C383 [MP. Luis Ernesto Vargas Silva]

Corte Constitucional (16 de febrero de 2012) T082 [M. P Humberto Antonio Sierra

Porto]

Corte Constitucional (21 de enero 2013) T008 [M P. Nilson Pinilla Pinilla]

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

Corte constitucional (13 de febrero 2013), SU070 [MP. Alexei Julio Estrada]

Corte Constitucional (4 septiembre de 2014) T656 [MP. María Victoria Calle
Correa]

Corte Constitucional (30 de abril 2015) T238 [MP. Martha Victoria Sáchica Ménez]

Corte Constitucional (17 de mayo 2016) T256 [MP Luis Guillermo Guerrero Pérez]

Corte Constitucional (06 de julio de 2016) T 353 [MP Jorge Iván Palacio]

Corte Constitucional (06 de julio de 2016) T357 [MP. Jorge Iván Palacio]

Corte Constitucional (18 de enero de 2017) C005 [MP. Alejandro Linares Cantillo]

Corte Constitucional (19 de Septiembre de 2017) T583 [MP. Gloria Stella Ortiz
Delgado]

Corte Suprema de Justicia (15 de marzo de 2017) STL 7328 [Sala de Casación

Laboral M.P Jorge Mauricio Burgos Ruiz].

Daza, S. & Quinche, R. (S.F) Finalidades de los principios constitucionales. Verba

Juris Vol. 1. pp. 1-24

Galvis, F. (2012), *La constitución de 1991*. Bogotá: Ed. Temis

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

- García, D. (2015). La metodología de la investigación Jurídica en el Siglo XXI. En
Godínez, W. & García, J. (Coord.), *Metodologías: Enseñanza e investigación
Jurídicas*. (pp. 449-465). México: Universidad Autónoma de México.
- Goldstein, M. (2009) *Diccionario Jurídico Editorial*. Buenos Aires: Cultura
Internacional
- Goyes, I. (2011). *Mujer, Maternidad y trabajo en Colombia*; Nariño: Ed. Udenar .
- Guerrero, G. (2007) *Manual de Derecho del Trabajo*. Bogotá: Ed. Leyer
- Lorenzetti R. (1995) *Las normas fundamentales del Derecho Privado*. Santafé:
Ed. Rubinzal-Culzoni.
- Ministerio de Salud y Protección Social. (03 Diciembre de 2015). [Decreto 2353 de
2015) Recuperado de
https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_2353_2015.htm
- Montesquieu, C. (1971). *El espíritu de las Leyes*. Ciudad de México: Ed. Porrúa
- Organización de los Estados Americanos. (1979). Convención Sobre la Eliminación
de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. Recuperado de
<https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

Organización de las Naciones Unidas. (1966). Pacto Internacional de los derechos

Económicos, sociales y culturales. Recuperado de

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

Organización Internacional del Trabajo. (1919) C003 - Convenio sobre la

Protección de la maternidad. Recuperado de

[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_I
LO_CODE:C003](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_I
LO_CODE:C003)

Organización Internacional del Trabajo. (1952). R095 - Recomendación sobre la

protección de la maternidad. Recuperado de

[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0:::55:P55_TYPE,P5
5_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R095,/Document](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0:::55:P55_TYPE,P5
5_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R095,/Document)

Organización Internacional del Trabajo. (1981). R165- Recomendación sobre los

trabajadores con responsabilidades familiares. Recuperado de

[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_I
LO_CODE:R165](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_I
LO_CODE:R165)

Organización Internacional del Trabajo. (2000). C183 - Convenio sobre la

Protección de la maternidad. Recuperado de

[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_I
LO_CODE:C183](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_I
LO_CODE:C183)

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

Organización Internacional del Trabajo. (2000). R191 - Recomendación sobre la

Protección de la maternidad. Recuperado de

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_I

LO_CODE:R191

Pérez J. (2004). *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá: Ed. Temis.

Podetti, H. (1991) *Principios del Derecho del Trabajo*. México: Editorial UNAM

Rubio, F. (1995) *Los derechos fundamentales y principios constitucionales*.

Barcelona Ed. Ariel.

Sanabria, L. (2014). *De la Estabilidad Laboral Reforzada. Un estudio*

Jurisprudencial y de Los abusos a esta protección constitucional. (Trabajo de Grado). Universidad Católica de Colombia, Bogotá.

Zapata, D. (2013). *Sistematización de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional*

Y la Corte Suprema de Justicia sobre Estabilidad Laboral Reforzada por Maternidad a partir de la sentencia SU070 de 2013 (Trabajo de Grado).

Universidad Javeriana, Bogotá, Recuperado de

http://vitela.javerianacali.edu.co/bitstream/handle/11522/8482/Sistematizacion_jurisprudencia_corte.pdf?sequence=1

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

Anexos:

Artículos del código sustantivo del trabajo sobre maternidad y lactancia		
Artículo	Tema	Explicación
Art. 236	Licencia de Maternidad	La trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia remunerada de maternidad de 8 semanas en época de parto.
Art. 238	Periodo de Lactancia	La trabajadora tiene derecho a 2 periodos de 30 minutos durante la jornada laboral, por los seis (6) primeros meses posteriores al parto; los que la ley establece como periodo de lactancia.
Art. 239	Prohibición de despido	Ni durante el embarazo, ni durante la lactancia procede el despido que se produzca dentro de los tres (3) meses posteriores al parto, puesto que se considerará que fue en ocasión a esta circunstancia.
Art. 240	Permiso para despedir	El inspector de trabajo o el alcalde municipal serán quienes otorguen permiso para despedir a una trabajadora en estado de embarazo o lactancia y siempre y cuando incurra en causal comprobada en los Art. 62 y 63 del CST.
Art. 241	Nulidad del despido	El empleador está obligado a respetar y conservar el puesto de trabajo de quien se encuentre en licencia motivada por embarazo y/o período de lactancia, de tal manera que el despido realizado en tales circunstancias será nulo.

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

Clasificación de leyes laborales entre 2011 y 2017		
Nombre de la ley	Tema	Explicación
Ley 1468 de 2011	Licencia de maternidad	Otorgan 14 semanas de licencia remunerada de maternidad, tiempo durante el cual no se puede despedir a la mujer que acaba de dar a luz.
Ley 1610 2013	Inspección del trabajo	Regula la inspección del trabajo, mediación del permiso ante el Inspector de trabajo., figura que garantiza la permanencia en el empleo.
Decreto 2353 de 2015	Licencia de maternidad	Por medio de la cual se fijan las Reglas para el pago de la licencia de maternidad Art. 78 y 79
Ley 1882 de 2017	Licencia de maternidad	Aumentó de 14 a 18 las semanas la licencia de maternidad, periodo durante el cual ninguna mujer puede ser despedida sin causa justificada ante el inspector de trabajo.
Ley 1823 de 2017	Periodo de lactancia	Por medio de la cual se regulan las salas de lactancia. Tiempo de una (1) hora de ausencia para alimentar al hijo de la trabajadora o recolectar la leche, con la respectiva adecuación y asepsia.

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

Ficha de Análisis de recursos multimedia	
Título:	Estabilidad Laboral Reforzada
Autor:	Veredicto – NTC Noticias
Tipo de Recurso:	Video
Fecha:	Septiembre 7 de 2015
Idea central:	El abuso de la Estabilidad Laboral
Ideas secundarias:	<ul style="list-style-type: none"> ✓ El embarazo se ha entendido como discapacidad temporal. ✓ El empleador cree que contratar a un trabajador discapacitado es contratarlo de manera permanente. ✓ El embarazo y la discapacidad no deben ser justa causa para el despido. ✓ Existen en la actualidad incentivos para que las empresas incluyan en su nómina a personas con discapacidad.
Conceptos clave:	Estabilidad Laboral, Fuero Sindical, Fuero de maternidad, derecho constitucional, debilidad manifiesta, discapacitados.
Síntesis:	<p>En el debate planteado se pregunta si los empleadores están abusando de la Estabilidad Reforzada, a lo cual se recuerda que esta estabilidad está reconocida para un grupo de personas según la ley 361 de 1997 como los discapacitados físicos, mentales o sensoriales y las personas en debilidad manifiesta y las mujeres embarazadas. Se menciona que las trabajadoras no pueden ser despedidas sin la debida autorización del ministerio de trabajo, en virtud de su estado de gravidez, mientras que las personas con discapacidad, pueden ser despedidas a partir de una justa causa y no por el hecho de la discapacidad. En otro momento, se habla de los incentivos para quienes decidan emplear a personas con ciertas limitaciones. Finalmente, se puede concluir que se está presentando una exclusión laboral por ignorancia y se está haciendo alusión a que el despido es precisamente por dicha condición, es decir, se está poniendo a la discapacidad como justa causa para el despido, situación que ataca directamente a la Estabilidad Laboral Reforzada, en personas discapacitadas.</p>
Información complementaria:	La ley 361 en su Art. 26 reglamenta una indemnización de 180 días de salario por despido injustificado.
Referencia:	https://www.youtube.com/watch?v=ddtwyq8mxu8

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

Ficha de Análisis de Recursos Multimedia	
Título:	Top cinco de despidos laborales injustos en el país
Autor:	Redacción el Tiempo
Tipo de recurso:	Noticia de prensa en Línea
Fecha:	Agosto 12 de 2014
Idea central:	Casos en los que el derecho al trabajo a protegido al trabajador y le ha permitido permanecer en el empleo
Ideas secundarias:	<ul style="list-style-type: none"> ✓ La protección a la estabilidad en el empleo se da en virtud de la situación, necesidades y derechos fundamentales de los trabajadores. ✓ Cuando el despido es injustificado y atenta contra la dignidad humana y el mínimo vital, es improcedente y se obliga al empleador a reintegrar al trabajador. ✓ El reintegro aplica cuando se ha vulnerado el debido proceso y se ha sancionado al trabajador con un castigo desproporcional con la falta cometida en el trabajo.
Conceptos clave:	Reintegro, Estabilidad Laboral, Debilidad Manifiesta, Trabajadora Gestante.
Síntesis:	Se explica en este artículo la casuística aplicada a los despidos injustificados en agosto de 2014, los cuales solicitan el reintegro como figura protectora de los derechos laborales en Colombia. Los casos cobijan desde la enfermedad, o debilidad manifiesta del trabajador, hasta el estado de embarazo de la trabajadora. Por tanto, se exponen diferentes situaciones en las que el despido es improcedente y por tanto el empleador tiene que reintegrar a si trabajador, tales como la situación de discapacidad de alguno o algunos hijos de los trabajadores, las incapacidades prolongadas a causa de la salud, y el libre desarrollo de la personalidad en el trabajo. De los casos anteriormente expuestos se concluye que la estabilidad laboral reforzada es un principio que se debe aplicar como regla general para evitar el menoscabo de los derechos fundamentales.
Información complementaria:	La sentencia T-233 de 2010, hace referencia a la obligación de la reubicación, por parte de los empleadores, de los trabajadores que sufren algún tipo de discapacidad
Referencia:	http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-14372727

ESTABILIDAD REFORZADA EN LA MUJER EMBARAZADA

Ficha de Análisis de Recursos Multimedia	
Título:	Estabilidad Laboral Reforzada para embarazadas también cobijaría a contratistas por prestación de servicios.
Autor:	Ámbito Jurídico
Tipo de recurso:	Noticia de prensa en Línea
Fecha:	Septiembre 30 de 2016
Idea central:	Se presentará un proyecto de ley que extenderá la protección del principio de Estabilidad Laboral Reforzada a las contratistas por prestación de servicios.
Ideas secundarias:	<ul style="list-style-type: none"> ✓ La terminación unilateral del contrato, en periodo de embarazo, sería prohibido ya que se presumiría como un acto de discriminación. ✓ La aprobación de la propuesta daría lugar al reconocimiento de una licencia de maternidad en el marco de la prestación de servicios. ✓ Los derechos adquiridos por la contratista también se aplicarían en el caso del hombre, quien tendría una licencia de paternidad.
Conceptos clave:	Contrato de prestación de servicios, Estabilidad Laboral, Licencia de maternidad, Licencia de paternidad.
Síntesis:	La noticia informa sobre la posible aprobación de un proyecto de ley que tendría por objeto extender la protección de la maternidad en el trabajo, al sector de contratistas, o personas que son vinculadas por contrato de prestación de servicios. De ser aprobado tal proyecto la mujer contará con una licencia de maternidad y su contrato no podrá ser terminado unilateralmente dentro de este periodo puesto que se presumiría que la cancelación se haría en virtud del estado de gravidez de la contratista. Por otra parte se contempla la posibilidad de que los derechos también sean adquiridos por el contratista hombre, quien podría disfrutar de una licencia de paternidad en caso de que su pareja se encuentre en embarazo. Para hacer efectivo un despido, el empleador tendría que acudir a la autoridad competente para solicitar su aprobación.
Información complementaria:	La iniciativa es contemplada en el Proyecto de ley 095/16C que se radicará en la Cámara de Representantes.
Referencia:	https://www.ambitojuridico.com/noticias/congreso/laboral-y-seguridad-social/estabilidad-laboral-reforzada-para-embarazadas-tambien