

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA



FACULTAD DE POSTGRADOS Y FORMACIÓN CONTINUADA

ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN ESTATAL

ANTEPROYECTO DE INVESTIGACIÓN

TEMA:

**DESPROTECCIÓN LEGAL DE LA MUJER GESTANTE Y EN
LACTANCIA EN EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS
CON ENTIDADES ESTATALES**

**LINEA DE INVESTIGACIÓN CENTRAL
DERECHO PARA LA JUSTICIA, LA CONVIVENCIA Y LA
INCLUSIÓN SOCIAL**

**LINEA PRIMARIA
TEORÍA DEL DERECHO, DE LA JUSTICIA Y DE LA POLÍTICA**

AUTORAS:

**MARTÍNEZ ESPITIA TATIANA
MÉNDEZ MUÑOZ HASBLEYDI**

**BOGOTÁ DC.
2017**

PROBLEMA, OBJETIVOS, HIPÓTESIS

Planteamiento del problema

Existe un vacío normativo para que las mujeres vinculadas laboralmente por prestación de servicios con entidades estatales, gocen de la protección de sus derechos constitucionales.

Justificación

Sin lugar a dudas, existe la discriminación constituida por el despido, la no renovación de los diferentes contratos por causa o con ocasión del embarazo y lactancia de la mujer trabajadora, independiente del vínculo o denominación con el que ella se encuentre haciendo uso de su derecho fundamental al trabajo. La protección especial de la mujer en estado de gravidez deriva de los preceptos constitucionales que califican a la vida como un valor fundamental del ordenamiento constitucional, especialmente el artículo 11 que dispone: “ El derecho a la vida es inviolable”, y el artículo 43 de la Carta Política, que reza:”...La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviera desempleada o desamparada”.

Ahora bien, la protección reforzada de la mujer embarazada, debe abarcar también la protección de la maternidad, es decir, la protección a la mujer que ya ha culminado el período de gestación, ha dado a luz, se encuentra en estado de lactancia, y que en los contratos de prestación de servicio no se observa, ya que no se le concede el derecho a la hora de lactancia que sí concede la ley laboral.

Con el fin de asegurar la eficacia de la prohibición de despedir a la trabajadora embarazada o en periodo de lactancia, el artículo 240 del Código Sustantivo del Trabajo prescribe que, para que el empleador pueda proceder a despedir a la mujer embarazada o lactante, debe solicitar previamente una autorización ante el Inspector del Trabajo o el Alcalde

Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario. Esta autoridad sólo podrá otorgar el permiso si verifica la existencia de alguna de las justas causas que tiene el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo, de esa forma se descarta la posibilidad de que la razón del despido sea el embarazo o la lactancia, es decir, se excluye la existencia de una discriminación. Mientras que los contratos de prestación de servicios se delimitan dentro del ordenamiento civil, y por tanto no existe el reconocimiento y respeto al precepto constitucional, pues que la citada prohibición no existe, y en su aplicación en los contratos de prestación de servicio no se le reconoce a la mujer su derecho laboral reforzado ni a la maternidad ni al derecho a la lactancia.

Respecto a las diferentes modalidades de vinculación, el ordenamiento jurídico colombiano le confiere a los empleadores cierta libertad para no prorrogar, o dar por terminados los contratos a término fijo que suscriben con los(as) trabajadores. Esta libertad, sin embargo, no es ilimitada y tampoco puede entenderse con independencia de los efectos que la misma esté llamada a producir sobre la relación entre unos y otros. En aquellos eventos en los cuales el ejercicio de la libertad contractual, trae como consecuencia la vulneración o el desconocimiento de valores, principios o derechos constitucionales fundamentales, entonces la libertad contractual debe ceder, como es el caso específico de las mujeres gestantes y en lactancia.

En ese orden de argumentación, ha dicho la Corte Constitucional en la sentencia 070 la cual es compilatoria de la mayoría de las sentencias de tutela instaurada por diferentes mujeres a lo largo y ancho del país, que la protección de estabilidad laboral reforzada a favor de las mujeres trabajadoras en estado de gravidez se extiende también a las mujeres vinculadas por modalidades distintas a la relación de trabajo, e incluso por contratos de trabajo o prestación a término fijo. Esto responde igualmente a la garantía establecida en el artículo 53 de la

Constitución arriba citado, de acuerdo con la cual debe darse prioridad a la aplicación del principio de estabilidad laboral y de primacía de la realidad sobre las formas, así como a la protección de la mujer y de la maternidad, y en tal sentido se ha pronunciado tutelando su derecho fundamental.

Proposiciones problemáticas

Negativa: la normatividad no es clara ni determinante en lo que corresponde a la protección de la mujer gestante y en lactancia en el marco de los contratos de prestación de servicios con entidades estatales.

Afirmativa: si bien en el marco de la constitución la mujer gestante y lactante es sujeto de derechos fundamentales eso no significa que éstas estén amparadas en el marco de los contratos estatales de prestación de servicios.

Interrogativa: ¿en qué sentido la legislación colombiana podría proteger a la mujer gestante y en lactancia?

Hipótesis

El paradigma del Estado Social de derecho tiene entre sus fundamentos la protección a las personas en estado de vulnerabilidad, entre los que se encuentran las mujeres gestantes y en lactancia. En este orden de ideas resultan necesario analizar cuáles son los vacíos y debilidades que la normatividad vigente presenta en la protección de estas personas cuando celebran contratos de prestación de servicios con el Estado.

Objetivos

Objetivo general

Elaborar una revisión documental, teniendo en cuenta los vacíos y debilidades que presenta la normatividad frente a la “Desprotección legal de la mujer gestante y en lactancia en

el contrato de prestación de servicios con entidades estatales”, basado en las sentencias compilatorias que sobre este tema ha expedido la Corte Constitucional desde el año 2013.

Objetivos específicos

- Analizar la legislación relacionada con la mujer embarazada y en lactancia.
- Contextualizar la jurisprudencia y doctrina relacionadas con la desprotección legal de la mujer gestante y lactante.

ESTADO DEL ARTE

Resúmenes Analíticos de Investigación (RAI)

RAI 1

Tema: De la estabilidad laboral reforzada: un estudio jurisprudencial sobre esta institución jurídica y los mecanismos para garantizar este derecho.

Investigadora: Nelcy Constanza Boada Peñaranda.

Institución: Universidad Católica de Colombia Bogotá.

Año de realización: 2015

Tipo de trabajo: Trabajo de pregrado en Derecho.

Problema planteado

El presente trabajo investigativo hace referencia al Derecho fundamental al trabajo, mostrando que toda persona en principio goza de este derecho siempre y cuando se cumplan los requisitos requeridos, sin embargo, existe una protección especial denominada “Estabilidad Laboral Reforzada” para ciertos grupos de personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta y requieren de una especial protección, pues son más susceptibles de los abusos que pueden ejercer sobre ellos los particulares o el mismo estado en su posición de superioridad, en términos de relación trabajador-jefe.

Objetivo

Indicar los mecanismos que se tienen para exigir el respeto de los derechos vulnerados con fundamento en dicha estabilidad laboral reforzada.

Metodología O Enfoque Metodológico:

Es un trabajo de carácter bibliográfico, con enfoque socio-jurídico y de tipo descriptivo-analítico-interpretativo

Desarrollo

El principio de la estabilidad supone que mientras subsistan las causas que dieron origen al contrato o vínculo laboral, el trabajador debe continuar prestando sus servicios, a menos que el empleador de por terminado el contrato, en caso tal el empleado tiene derecho a que se le reconozca una indemnización; y en el caso de la estabilidad laboral reforzada, además de la indemnización, el trabajador (mujer embarazada o en lactancia, trabajador con fuero sindical o en situación de discapacidad) deberá ser reintegrado a su trabajo, puesto que la terminación del contrato hecha sin la debida autorización, se considera nula por lo que además del reintegro deben pagársele los salarios dejados de percibir, sin perjuicio de las indemnizaciones a que hubiere lugar.

Clases de estabilidad reforzada

Estabilidad laboral reforzada por embarazo y/o período de lactancia

Esta clase de estabilidad le permite a la mujer embarazada tener su empleo aún en contra de la voluntad del empleador, ya que no es posible dar por terminado el vínculo laboral sin que exista una causa justa de despido, tal como lo consagra específicamente en el artículo 43 de la Constitución Política

También se encuentra consagrado en las leyes laborales ordinarias, artículo 239, numeral 3, recientemente modificadas por la ley 1468 del 2011, establece la sanción al empleador que incumpla el derecho a despedir a una mujer embarazada sin contar con la autorización del Ministerio del Trabajo.

Directivos de sindicatos

Gozan de fuero sindical puesto que así lo consagra el código sustantivo del trabajo

Los trabajadores discapacitados (por origen o por enfermedad profesional)

Es cuando el trabajador sufre una disminución que le impida o le dificulte cumplir la labor contratada, que de acuerdo a la Corte Constitucional (2011), “por padecer una deficiencia, entendida como una pérdida o anormalidad, permanente o transitoria, sea psicológica, fisiológica o anatómica de estructura o función; o por discapacidad, esto es, cualquier restricción o impedimento para la realización de una actividad, ocasionado por un desmedro en la forma o dentro del ámbito normal del ser humano; o por minusvalidez, que constituye una desventaja humana, que impide o limita el desempeño de una función normal de la persona, acorde con la edad, sexo y los factores sociales o culturales (Sentencia T-492/11)”.

También se ampara al trabajador al que le sobreviene una incapacidad superior a los 180 días, en donde no se le permite al empleador desvincularlo sino que más bien le debe reubicar para que el empleado no pierda su derecho a la seguridad social, por presentar un estado de debilidad o vulnerabilidad, puesto que la estabilidad laboral reforzada aplica sin importar el tipo de vínculo laboral existente ya que en principio a todas las personas se les debe dar un trato de igual y además, respetar sus derechos fundamentales como lo es el derecho al trabajo y a la de poseer la seguridad social; y solo cuando medie la autorización del Ministerio de seguridad social, se podrá dar por terminada la relación laboral, so pena de exponerse a una acción de reintegro y al pago de la indemnización a que hubiere lugar.

Conclusiones

La Estabilidad Laboral Reforzada es un principio y un derecho irrenunciable e intransegible reconocido por la Constitución Política de Colombia y por normas internacionales ratificadas por nuestro congreso, que exigen un trato diferente para ciertos grupos de personas que se encuentran en condiciones de inferioridad, bien por maternidad o lactancia, por ser

trabajadores sindicalizados o por ser trabajadores en situación de discapacidad por nacimiento o por enfermedad sobreviniente.

Por estas condiciones el trabajador no puede ser discriminado, pues si el empleador tiene causa que considere justa para dar por terminado el vínculo laboral, la ley le exige que antes de finiquitar el contrato laboral, deberá pedir autorización al Ministerio del Trabajo para que el despido no se constituya ineficaz.

La Estabilidad Laboral Reforzada no es inamovible, sino que debe ser analizado con cuidado cada caso en particular, para no solamente respetar los derechos de los trabajadores sino también los de los empleadores, de acuerdo con los preceptos normativos y jurisprudenciales que hacen efectivo este principio constitucional.

La Estabilidad Laboral Reforzada ha venido evolucionando en el tiempo, por lo que los jueces cada vez que se pronuncien deben hacer una justificación de la decisión en la que reconozcan este derecho y debe estar revestido de legalidad y fundamentos que sustenten, puesto que la jurisprudencia es fuente del derecho.

Para el ordenamiento jurídico colombiano es muy importante reconocer y respetar los preceptos constitucionales pues así se da cumplimiento al querer y a los objetivos trazados por los constituyentes.

El mecanismo judicial más utilizado en Colombia para el reconocimiento de la Estabilidad Laboral Reforzada es la Acción del Tutela, por su carácter de rápida y casi siempre efectiva en evitar un perjuicio irremediable.

Los empleadores en Colombia, sean personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, deben actuar en derecho y respetar los principios a los que tienen derechos los trabajadores, atendiendo al respeto a la dignidad humana de todas las personas.

El respeto a la garantía de la Estabilidad Laboral Reforzada no solo se está dando aplicación al derecho al trabajo, sino que implícitamente se reconoce también el derecho a la vida, al mínimo vital, a la familia, a la dignidad humana, a la salud y otros del mismo nivel.

En Colombia, y en la mayoría de los países, se tiene como objetivo principal el respeto a los derechos de las personas, sobre todo cuando se encuentran en estado de indefensión manifiesta, por lo que en casi todos los países se encuentran reconocidos en su normatividad interna este derecho, garantías y medios que se entregan para exigir el respeto a su cumplimiento.

La evolución de la Corte Constitucional en el estudio y aplicación de la Estabilidad Laboral Reforzada, llevó a invertir la carga de la prueba que en principio se encontraba en cabeza del empleador, a radicarla en el empleador y que demuestre que no fue en razón del embarazo, el fuero sindical o la incapacidad física del trabajador, en lo que se fundamenta el despido, esto lo hace la Corte en su Sentencia SU-70 del 2013, y en donde unifica criterios, además de demarcar criterios de interpretación diferenciadores para cada caso que se presente, para no solo respetar los derechos de los trabajadores sino también los de los empleadores.

Propuestas.

El Estado Colombiano debe expedir y realizar políticas para prevenir que se abuse por parte de los empleadores de los trabajadores que se encuentren en estado de indefensión, tales como los estudiados.

RAI 2

Tema: Situación laboral de la mujer trabajadora en el período de lactancia y su incidencia en los principios constitucionales

Investigador: Reyes Nazareno José Basilio

Institución donde se llevó a cabo la investigación: Universidad Técnica Estatal De Quevedo - Los Ríos- Ecuador

Año de realización: 2015

Tipo de trabajo. Tesis De Grado Previo a la obtención del título de abogado de los tribunales y juzgados de la república del ecuador

Problema planteado

A la mujer trabajadora en el periodo de lactancia se le están vulnerando sus derechos dentro del ambiente laboral, porque no existe una norma directa en la legislación laboral que las ampare si un empleador las despide.

Hipótesis

Con la reforma al Art. 155 del Código del Trabajo se protegerá a la mujer trabajadora en el período de lactancia y se evitará la vulneración de sus Derechos Constitucionales.

Objetivos general y específicos

General.

Fundamentar jurídicamente una norma al código del trabajo que proteja a la mujer trabajadora, para garantizar los derechos y principios constitucionales.

Específicos:

Analizar los referentes teóricos, jurídicos y doctrinarios del derecho laboral, para garantizar la función laboral de la mujer trabajadora en el período de lactancia.

Realizar un estudio de Derecho Comparado entre los países latinoamericanos, respecto a los derechos y principios constitucionales de la mujer trabajadora en el período de lactancia.

Proponer una reforma al art. 155 del Código del Trabajo que regule la sanción administrativa y pecuniaria al empleador que vulnere los derechos constitucionales de la mujer trabajadora en el período de lactancia.

Metodología O Enfoque Metodológico

Fundamentalmente la Investigación tiene una orientación paradigmática socio crítica, encaminada por las condiciones jurídicas y sociales del entorno con un enfoque propositivo en las que se combinan Metodologías Cuantitativas y Cualitativas, lo que conlleva a concebir la realidad como una entidad complicada y contraria, infinitamente cambiante donde predomina el razonamiento y la práctica propositiva con la intervención directa de las involucradas con quienes establecí una relación horizontal.

Desarrollo

La Investigación se realizó en las empresas e Instituciones Públicas y Privadas de la ciudad de Quinindé, provincia de Esmeraldas, donde se tomó una población de muestra de 50 personas teniendo en cuenta 3 grupos, Mujeres Trabajadoras en Periodo de Lactancia(20), Profesionales del Derecho(15), Empleadores y Directivos de las Instituciones Públicas y Privadas(15), donde se les realizo entrevistas Individual aplicando unas guías de encuetas las cuales estaban conformadas por 5 preguntas, para cada grupo de la población se les realizaron pregunta diferentes con el fin de poder realizar un análisis holístico del problema en mención.

Inicialmente se encuestaron a las mujeres trabajadoras en periodo de Lactancia siendo un numero de 20 encuestadas, donde 15 de las encuestadas no tiene conocimiento sobre los derechos que le confiere la Constitución y las leyes laborales a la mujer trabajadora en período de lactancia, lo que implica que la mayoría de veces los abusos se siguen dando, porque ellas no denuncian estos casos, generalmente por desconocimiento a dónde acudir, 17 considera que

las Unidades Judiciales e Inspectoría de trabajo no le brindan protección inmediata a la mujer trabajadora en período de lactancia cuando son vulnerados sus derechos, esta manifestación se produce porque no hay respuesta inmediata cuando se requiere que actúe rápidamente ante cualquier problema, 14 de ellas considera que si existe discriminación laboral a la mujer trabajadora en período de lactancia y esto se presenta con mayor frecuencia en las empresas privadas, 11 de ellas conoce de casos de mujeres trabajadoras en período de lactancia que han sido reemplazadas definitivamente de sus puestos de trabajo, esto sucede ante la negativa de brindarles el tiempo respectivo con la indicada remuneración por parte del empleador, el total de las mujeres encuestas considera que es necesario elaborar una normativa que regule y sancione a los empleadores que no cumple con la ley laboral en cuanto a la mujer trabajadora en período de lactancia porque con ello se sentiría más protegidas en sus trabajos.

En el caso de Empleadores y Directivos de las Instituciones Públicas y Privadas corresponde a 15 el número de encuestados, donde al preguntar cuál fue su reacción al enterarse de que estaba embarazada su empleada y que pronto sería madre, 8 respondieron de forma negativa y tan solo 7 de forma positiva dejando en evidencia que al empleador lo que le preocupa es la parte económica, más no la parte humana de su empleada, es decir no le interesan el estado en que se encuentran sus empleadas, sino el aporte laboral que puede dar ella, 12 de los encuestados respondieron que si han pensado separar del cargo a su empleada en periodo de lactancia, lo que es preocupante para el bienestar de las empleadas pero los empleadores argumentan que ellas no va a rendir en el aspecto laboral porque su hijo es una carga y les impide trabajar, ocasionando pérdidas económicas a la empresa, 10 manifestaron haber experimentó alguna dificultad con su empleada cuando quiso ausentarse para amamantar a su bebé por cuanto su empleada diariamente abandona su puesto de trabajo y se les hace difícil

cubrir momentáneamente esa vacante, 13 no consignó una remuneración para los períodos en que su empleada se ausentó del trabajo para amamantar lo que demuestra que la salud y el recién nacido no es importante para el empleador; 13 de estos no conoce como empleador sus derechos y obligaciones en relación con la licencia de maternidad, lo que demuestra poco interés es el problema.

Para el grupo de Profesionales Del Derecho fueron 15 los encuestados, 14 contestaron que si a la pregunta, cómo profesional del Derecho conoce casos sobre despidos intempestivos de una mujer trabajadora por el solo hecho de haber dado a luz y tener que amamantar a su bebé, lo que indica que existe realmente abusos y violaciones a la ley laboral, 13 contestaron que no han dado asesoramiento jurídico a un representante de Instituciones públicas y privadas con relación a los derechos y obligaciones que le asisten a una mujer trabajadora en período de lactancia, lo que demuestra el poco interés que tienen los empleadores y representantes de Instituciones públicas y privadas en tener conocimiento sobre las licencias por maternidad que por ley le corresponde a la mujer trabajadora, 10 de estos profesionales han tratado casos de despido intempestivo de mujeres trabajadoras por estar en periodo de lactancia pero no han podido llegar a un arreglo conciliatorio ni en la Inspectoría de Asuntos laborales, ni de mutuo acuerdo, quedando suspendido el trámite por la situación económica de la clienta, ya que en un juicio labora muchos son los inconvenientes que surgen; se pide testigos, confesión judicial entre otras diligencias; haciéndolo costoso y dilatado, sobre todo cuando el empleador no está de acuerdo con la sentencia y apela, cuando se les pregunto estaría dispuesto a prestar ayuda sin interés lucrativo a una mujer trabajadora que fuera despedida de su trabajo al pedir licencia por maternidad 8 respondieron no y 7 si lo que demuestra la importancia del interés económico sobre el servicio social sin pensar en el dinero, finalmente el total de los encuestados consideran

que se debe agregar una normativa en la Legislación ecuatoriana que sancione civil y penalmente al empleador que vulnere los derechos y principios constitucionales de la mujer trabajadora en período de lactancia ya que está en juego la vida de un niño/a que merece ser tratado y protegido con todo el afecto y amor de su madre.

Conclusiones

El estado ecuatoriano cuenta con una Constitución que garantiza los derechos humanos y los principios fundamentales de sus habitantes, el inconveniente se presenta con el Código del Trabajo que permite la vulneración de los derechos de la mujer trabajadora en el período de lactancia.

La norma constitucional protege a las mujeres trabajadoras en el período de lactancia, en cambio las normas laborales las relegan y limitan sus derechos constitucionales.

Es necesario incorporar disposiciones legales que protejan a las mujeres trabajadoras en el periodo de lactancia.

Propuestas.

Agregar al código laboral un artículo no numerado (parágrafo) posterior al art. 155, que incluya sanciones pecuniarias y penales al empleador que vulnere los derechos de licencia por maternidad de la mujer trabajadora

Estableciendo parámetros que permitan la regulación del trabajo de las mujeres en período de lactancia y así contribuyendo con sus derechos para que no sean vulnerados, además de favorecer la estabilidad laboral puesta que ellas apoyan la economía del hogar

La ley reformativa al Código de trabajo:

Art. 155 Código de Trabajo - Guardería infantil y lactancia

Las empresas que cuenten con 50 o más trabajadores ofrecerá a sus trabajadores un servicio de guardería infantil para la atención de los hijos de estos, suministrado gratuitamente atención, alimentación, local e implementos para este servicio

Si las empresas no pueden cumplir directamente pueden unirse con otras para contratar a terceros

En las empresas que no cuenten con guardería infantil, durante los nueve (9) meses posteriores al parto, la jornada de trabajo de la madre del lactante durará seis (6) horas

Art. No numerado (parágrafo) único

No se podrá dar por terminado el contrato de trabajo por causa de licencia por maternidad de la mujer trabajadora y el empleador no podrá reemplazarla definitivamente dentro del período de doce semanas posteriores al parto.

El empleador que incumpla sobre los permisos de lactancia por dos horas diarias dentro del periodo de 12 meses posteriores al parto a partir de que haya cumplido su licencia por maternidad; será sancionado con 25 remuneraciones vigentes a la fecha, sin perjuicio de ser sancionado penal y civil que el caso amerite.

MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

Marco jurídico sobre la mujer embarazada y en lactancia

Normatividad referente a la “Desprotección legal de la mujer gestante y en lactancia en el contrato de prestación de servicios con entidades estatales”

Contexto internacional.

La primera norma internacional de mayor trascendencia para tener en cuenta es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su artículo 25 dispuso que propendería un especial cuidado para las mujeres embarazadas y la infancia; este principio también se tuvo presente en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual en su artículo 2º dispuso que cada uno de los Estados que suscribieron dicho pacto, se comprometían a tomar las medidas necesarias con el fin de cumplir el principio de cuidado especial a la maternidad y a la infancia, medidas que cubrirían los ámbitos legales, económicos y técnicos que hicieran cumplir dicha disposición, así se tuviera que solicitar cooperación internacional con el fin de hacer cumplir dichos preceptos.

En ese mismo Pacto en el artículo 10 los Estados que lo suscribieron se comprometieron a darle esa protección especial a las mujeres embarazadas, concediéndoles un tiempo razonable antes y después del parto, y a las madres trabajadora se les reconocería dicho tiempo con una remuneración y con la cobertura de la seguridad social. Colombia ratificó este pacto mediante la Ley 74 de 1.968.

Así mismo el Estado colombiano también suscribió la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, que, en su artículo 11, numeral 1º, dispone que los Estados Partes tomarían las medidas apropiadas para eliminar toda forma de

discriminación contra la mujer en materia de empleo, tanto aquel que le asiste en el derecho a trabajar, en cuanto a que se trata de un derecho inalienable que asiste a todo ser humano, como aquel que le permite escoger profesión u oficio; el derecho a ascender y a tener una estabilidad laboral en su empleo, a recibir todas las prestaciones y a la seguridad social, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.

El numeral segundo del mismo artículo también prevé que los Estados partes se comprometen a tomar medidas adecuadas para que de manera expresa se prohibiera el despido de las mujeres en estado de embarazo o en licencia de maternidad, o en que las mismas fueran discriminadas por su estado civil. También se consagró en dicho pacto, que la licencia de maternidad debía ser remunerada o con prestaciones que fueran equivalentes, y sin que la mujer estuviera sujeta a perder su empleo, su antigüedad o beneficios sociales. Colombia ratificó este Convenio mediante la Ley 051 de 1.981, reglamentada por el Decreto 1398 de 1.990. Estos beneficios buscan garantizarle a la mujer el derecho efectivo a trabajar, por lo que los Estados deben no solo proteger los ingresos laborales de las mujeres, sino que se hace necesario que además les asegure efectivamente esa posibilidad.

De igual manera, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ha desarrollado desde su constitución y en diferentes Convenios, el deber que le asiste a los Estados de promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres en el mundo laboral; esta igualdad de oportunidades también cobija el derecho de la mujer a su maternidad, y a no ser discriminada por este motivo.

La OIT ha buscado tomar medidas que conlleven a que los Estados consagren el respecto a este derecho de protección a la maternidad y en tal sentido ha promulgado regulaciones específicas dirigidas a reconocer dicha protección. Fue así que el Convenio N° 3, que empezó

a regir el 13 de junio de 1921, aprobado por Colombia a través de la Ley 129 de 1931, dispone de manera clara lo siguiente: que todas las empresas industriales y/o comerciales, públicas o privadas, debían reconocer a la mujer un tiempo de seis semanas después del parto, sin que tuvieran que trabajar, haciendo presentación del respectivo certificado médico. Además, recibirían la contraprestación económica que se fijara o estaría cubierto por un seguro, y tendría el derecho a tener “asistencia médica gratuito de un médico o comadrona”.

Lo anterior complementa la Recomendación No. 95 de la OIT de 1952, que también dispuso sobre la protección a la maternidad en su artículo 4º, el que le asiste a la mujer trabajadora que se reincorpora a sus labores después del parto, a que se le salvaguarde su antigüedad, sino que además consagra su derecho a ocupar nuevamente su puesto de trabajo o uno equivalente en cuanto a la retribución económica.

De la misma manera, el Convenio 111 de la OIT del año 1958, referente a la discriminación en el trabajo, consagró la prohibición de discriminar en materia de empleo por razones de sexo; que los Estados tendrán la obligación de promover la igualdad en el trato y en las oportunidades entre sus ciudadanos en el entorno laboral. Esta promoción de la igualdad también cubre la igualdad en cuanto a remuneración tanto para hombre como para mujeres por trabajo de igual valor (artículos 1.1 y 2).

En un mismo sentido está dirigido el Convenio 156 de la OIT de 1981, que también recae nuevamente sobre la igualdad de oportunidad y de trato sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, ya que consagró que pueden desempeñar estas responsabilidades siempre y cuando no riñan con la responsabilidad de sus funciones laborales, y sin que por ello vayan a ser objeto de discriminación.

Por último, está el Convenio 183 de la OIT de 1952, que hace referencia a la protección de la maternidad, en el cual se consagró que los Estados debían tomar todas las medidas dirigidas a garantizar que no se obligue a las mujeres embarazadas o en lactancia, a desarrollar trabajos que hayan sido determinados por la autoridad como perjudiciales por considerar que conlleve un riesgo para la salud de la madre y/o la de su hijo. También se consagró en este Convenio que el término de la licencia de maternidad sería por un lapso de catorce semanas, y que los Estados debían asegurar que dicha maternidad no debía constituirse en causa de discriminación laboral.

El mismo Convenio también dispone en su artículo 1 y el numeral primero del artículo 2º que: “El presente Convenio se aplica a todas las mujeres empleadas, incluidas las que desempeñan formas atípicas de trabajo dependiente”. Se observa esa especial atención de este instrumento internacional a proteger no solo a las mujeres vinculadas mediante contrato laboral, sino asegurar el derecho efectivo al trabajo de todas las mujeres sin discriminación del vínculo contractual por el cual estén ejerciendo su derecho al trabajo.

El numeral 1º artículo 8 del citado Convenio, dispone que está prohibido al empleador público o privado, despedir a una mujer que se encuentre en estado de embarazo, en período de lactancia o después de haberse reintegrado al trabajo después de haber cumplido su licencia de maternidad. Pero también instituye que el empleador podrá dar por terminado el vínculo laboral siempre y cuando la causa sea un motivo diferente al embarazo o a la lactancia, y que además deba probar dicha causa.

Es menester mencionar que en Latinoamérica desde el año de 1969 a través de La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) artículos 1º y 24, adicionado por el Pacto de San Salvador, también se consagró que los Estados partes se comprometían a buscar

garantizarle y a tomar las medidas necesarias, hasta el último recurso disponible, la plena efectividad de los derechos que se reconocieran en ese protocolo, dentro del cual se encuentra el de las mujeres y su derecho al trabajo, a no ser discriminadas por su condición sexual o por cualquier otra condición social (artículos 3 y 6).

En consonancia con las disposiciones anteriores, que, con el fin de evitar la discriminación, también se dispone que los Estados partes deben garantizar el derecho a la constitución y protección a la familia (artículo 15); como también a concederle atención y ayuda a las madres antes y después del parto, durante un tiempo razonable (suscrito el 17 de noviembre de 1988 y aprobado por la Ley 319 de 1996 y el Decreto 429 de 2001, ratificado el 22 de octubre de 1.997)-.

Contexto Nacional

Como se puede apreciar de toda esta normatividad internacional, se promueve la protección de las personas que se encuentran en estado de vulnerabilidad o discapacidad, bien porque no cuenta con una óptima condición de salud, o porque como en el caso de las maternas, se está en una situación vulnerable o de debilidad manifiesta, por lo tanto, se promueve salvaguardar sus derechos laborales para que pueda permanecer en su trabajo de manera estable.

-Legislación nacional: Decreto 2663 de 1950, artículo 239, numeral 2: se presume que el despido (terminación o no renovación del contrato es por motivo del embarazo o lactancia, cuando se ha efectuado dentro del período de gestación o dentro de los tres meses siguientes al parto.

(modificado por la Ley 1468 de 2.011, artículo 2 PROHIBICIÓN DE DESPEDIR: Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando

ha tenido lugar dentro del período del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente. (...).

Es válido decir que Colombia cuenta con diversos fundamentos consagrados en el ordenamiento constitucional para la protección legal a la mujer durante el embarazo y la lactancia.

En la Constitución Política, como máxima ley de la nación, se establecieron los fundamentos para dicha protección. El primer fundamento se encuentra en el artículo 43. Donde se indica el deber específico estatal que garantiza a la mujer en embarazo y después del parto la asistencia y protección del Estado, además si se encontrare desempleada o desamparada contaría con el derecho a recibir un subsidio, lo que implica la protección a las mujeres en general no solo a las que se encuentren en una relación laboral.

El segundo fundamento constitucional es la protección de la mujer embarazada o lactante de la discriminación en el ámbito de laboral durante el fuero de maternidad, el cual comprende el periodo de gestación y la licencia de maternidad. La finalidad de este fundamento es imposibilitar la discriminación de la mujer por el despido, la terminación o no renovación del contrato a causa del embarazo o el periodo de lactancia, dicho fundamento se encuentra amparado por los artículos 13 y 53 de la Constitución Política. Además, la Corte Constitucional en cuanto al principio de igualdad, garantiza como un derecho constitucional la estabilidad laboral reforzada a las mujeres en embarazo o lactancia, debido a la discriminación del sexo y despidos sin justa causa, por las posibles incomodidades laborales y sobre costos que puede tener una mujer en estado de gravidez para la empresa.

En los artículos 11 y 44 de la Constitución Política se consagra el tercer fundamento para la protección laboral reforzada de las mujeres en periodo de gestación y lactancia, donde

se califica a la mujer como gestora de vida y se califica a la vida como un valor del ordenamiento constitucional, un bien jurídico de máxima relevancia, es por esta razón que a la mujer en periodo de gestación se protege en forma preferencial, de igual manera se promueve que a las mujeres en periodo de lactancia se les brinde protección preferencial, dado que ellas garantizan la protección y la adecuada atención de los niños recién nacidos.

También para la protección de las mujeres embarazadas y lactantes el Código Sustantivo Trabajo establece artículos de importancia en el Título VIII, Capítulo V, Protección a la Maternidad y Protección de Menores. En el Artículo 236 establece la licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido, es decir el reconocimiento del periodo de la licencia de maternidad y los demás beneficios que acontecen con ella, los cuales no son excluyentes para el sector público.

El Artículo 239 insta las prohibiciones en cuanto a despidos de mujeres en estado de embarazo o lactancia y hace relevancia en la autorización del Ministerio de Trabajo para realizar un despido a una trabajadora en estado de gravidez.

Los artículos 236 y 239 han sido modificados y reglamentados mediante la Ley 1822 De 2017 la cual pretende una adecuada atención y cuidado de la primera infancia.

Al igual el Artículo 241 protege a las mujeres en embarazo, mediante la nulidad del despido, por lo que el empleador está obligado a conservar el trabajo de la mujer mientras ella se encuentre en licencia de maternidad o incapacidades motivadas por el embarazo o parto, como también lo establecen los artículos 57 y 58, sobre las obligaciones especiales del empleador, como conceder oportunamente la licencia remunerada al menos una semana antes de la fecha probable del parto.

Síntesis de sentencias compilatorias sobre la mujer embarazada que ha expedido la Corte Constitucional desde el año 2013.

En el año 2013 se emitió la sentencia de unificación SU-70, M.P. Alexei Julio Estrada, en donde la Corte Constitucional revisó 33 casos de mujeres que ejercían actividades laborales, las cuales interpusieron acción de tutela contra los empleadores puesto que fueron despedidas durante el periodo de gestación.

Con dichas tutelas buscaban el amparo a la Protección Laboral Reforzada De Mujer Embarazada o en Lactancia, estas tutelas fueron falladas a favor de los empleadores vulnerando de alguna manera los derechos de las madres, por lo tanto, la Corte Constitucional toma la decisión de emitir la sentencia SU-070 del 2013 para unificar los casos y poder dar una solución a cada uno.

Cabe señalar que las tutelas en casos laborales no son procedentes a menos que sea considerado bajo los criterios que se exponen en la Sentencia T-1496 de 2000

(1) que el problema que se debate sea de naturaleza constitucional, es decir, que pueda implicar la violación de derechos fundamentales de alguna de las partes de la relación laboral; (2) que la vulneración del derecho fundamental se encuentre probada o no sea indispensable un detallado análisis probatorio y (3) que el mecanismo alternativo de defensa sea insuficiente para proteger los derechos fundamentales vulnerados.

Las problemáticas de los 33 casos revisados se deben a dos causas todas en común; la primera se debe al tipo de modalidad contratada para poder determinar si existe una verdadera relación laboral, las mujeres gestantes trabajadoras alegaron su condición para permanecer en desarrollo de sus actividades laborales, independientemente a la modalidad: término indefinido, término fijo, contrato de obra o labor, cooperativa de trabajo asociado, empresa de servicios

temporales, contrato de prestación de servicios, provisionalidad que ocupa cargo de carrera, cargo de libre nombramiento y remoción, carrera administrativa de entidad en liquidación.

En los casos de revisión se encontró que los jueces de la tutela y empleadores alegaron que el contrato laboral escrito a término indefinido, es el único fundamento de la categoría jurídica denominada como una relación laboral, y sólo de esta categoría se podrían derivar las consecuencias jurídicas por fuero de maternidad, en los casos de contratos a término fijo, contratos de obra o labor no se aplicaría presuntamente la protección del fuero materno, como tampoco en los contratos de prestación de servicios o de cooperativismo, que están excluidos por la legislación como fundamento de una relación laboral y es por eso que de ellos no se deriva la protección del fuero materno, además alegaron que la protección laboral a mujeres embarazadas consistía en la prohibición de despido durante el periodo de gestación o lactancia pero bajo las condiciones específicas de cada modalidad de contrato, y siempre y cuando existiera primero una relación laboral y segundo el conocimiento por parte del empleador del embarazo en la vigencia del vínculo laboral y no después de terminado este.

A partir de esto las demandantes citaron el alcance de la protección laboral reforzada de las mujeres embarazadas, el cual ha sido extensivo por parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, donde se establece un deber de protección general que no depende de la modalidad laboral y en donde para poder realizar el despido de una mujer en gestación, se debe tener en cuenta el fuero de maternidad el cual debe ser protegido y solo un inspector laboral puede dar el aval para despedir una mujer en estado de gravidez teniendo en cuenta unos parámetros y/o criterios.

La segunda problemática se debe a las causales de desvinculación de las mujeres embarazadas por parte del empleador y si este conoce o no del estado de gestación de la

empleada; en los casos revisados se observó que no se notificó por escrito el estado de gravidez, si no por medio verbal siendo este un medio, de difícil verificación, por ello los empleadores tienden a argumentar que no sabían de la situación antes del despido, sino posteriormente, y se acogen a que la prohibición del despido de mujeres gestantes solo aplica si la trabajadora informó de su embarazo antes de la terminación de la relación laboral, lo que conlleva a una disputa probatoria para saber si la demandante es acreedora o no a la protección laboral reforzada de las mujeres embarazadas.

Para dar solución a las problemáticas mencionadas se hizo un análisis de las diferentes sentencias de la jurisprudencia en materia laboral reforzada de la maternidad, en primer lugar se reinterpreto el alcance por medio de la Sentencia T-095 de 2008 en cuanto al requisito de aviso o conocimiento del empleador del estado de embarazo, el cual no debía ser determinante o fundamental para el reconocimiento de la protección de la mujer embarazada, pues bastaba con verificar o demostrar que el embarazo hubiese iniciado en vigencia de la actividad laboral desarrollada por la mujer gestante, pero no existe uniformidad frente a este requisito para lograr acceder a la protección, generando incumplimiento en la cláusula constitucional de la igualdad.

Además, la Corte, atendiendo las especificaciones de cada una de las modalidades de contrato para definir las medidas de protección que son viables en cada caso, analizando desde la Constitución Política las causales de terminación propias de cada modalidad, considera que el problema radica en que la Corte no ha podido aplicar la protección de manera uniforme, por lo que el alcance de la protección ha variado en asuntos de una misma modalidad contractual.

Con todo y lo anterior se pone en evidencia que existen diferentes enfoques de la jurisprudencia constitucional sobre analizar el sentido de la protección laboral reforzada de las mujeres gestantes y lactantes, en cuanto a la determinación del alcance de la protección, al

conocimiento del embarazo por parte del empleador y a la modalidad de contrato bajo la cual se encontraba trabajando la mujer embarazada.

Por ello la Sentencia SU 070 del 2013 indica que

...se procura la protección siempre que se cumplan los requisitos, pero dicha protección tendrá un alcance distinto según la modalidad de vinculación que presenta la alternativa laboral desarrollada por la mujer gestante y según el empleador haya conocido o no del embarazo al momento del despido.

En cuanto al conocimiento del embarazo de la trabajadora no es requisito para determinar si existe o no la protección, sino para determinar el grado de la protección, es válido aclarar que la notificación se puede hacer por cualquier medio verbal, hecho notorio (5° mes de embarazo), conocimiento público por parte de los compañeros de trabajo, siendo el medio escrito el medio de fácil comprobación; además, esta sentencia establece que,

...el conocimiento del empleador da lugar a una protección integral y completa, pues se asume que el despido se basó en el embarazo y por ende en un factor de discriminación en razón del sexo. Por otra parte, la falta de conocimiento, dará lugar a una protección más débil, basada en el principio de solidaridad y en la garantía de estabilidad en el trabajo durante el embarazo y la lactancia, como un medio para asegurar un salario o un ingreso económico a la madre y como garantía de los derechos del recién nacido.

La jurisprudencia ha desarrollado conceptualmente dos sencillas premisas, la primera es asumir que las modalidades de contratación por medio de empresas de cooperativas de trabajo asociado o servicios temporales implican en principio la existencia de una relación laboral, y la segunda establece que, cuando en algunos contratos como los de término fijo o los de obra o los

de prestación de servicios, el objeto del contrato, desaparece cuando la empleada o contratista ha quedado en embarazada y se puede presumir que no se renueva el contrato por el embarazo, lo que permite adoptar medidas para la protección de las mujeres gestantes, en primera medida, que se reconozcan las prestaciones de seguridad social y salud, hasta el momento en que la mujer pueda realizar el reclamo económico de la licencia de maternidad, y la segunda que se ordene el reintegro de la mujer embarazada o la renovación de su contrato, a menos que se demuestre que no son posibles.

Con la Sentencia SU-070 del 2013 no solo se analizan los 33 casos, sino que también se dio inicio a una nueva postura puesto que recopila los conceptos más viables que garanticen la equidad. Finalmente, el beneficio de la estabilidad laboral reforzada para las mujeres en estado de embarazo o lactancia no es solo un mecanismo que disuade la terminación de la relación laboral, sino que garantiza los derechos fundamentales tanto de la madre como del niño recién nacido.

En Sentencia T-312 del 2014 la demandante insistió en que se le resolviera su situación laboral puesto que se encontraba vinculada a la empresa por medio de un contrato de prestación de servicios y luego de notificar verbalmente que estaba en mal estado de salud debido a su embarazo, la empresa no volvió a requerir sus servicios y como agravante no realizó los pagos de salud, por lo que la demandante pide apoyo para ser reintegrada a su trabajo y que se le paguen las cotizaciones, para así poder acceder a su licencia de maternidad.

El Ministerio del Trabajo pidió que se declarara improcedente la acción incoada, diciendo que la empresa demandada no es ni fue empleador de la demandante, en otras palabras que no existió ni existe relación laboral entre las partes, porque no constaba de un contrato a término indefinido, sino uno de prestación de servicios; en ello se basó el juzgado Penal

Municipal con Función de Control de Garantías, anotando que fue la accionante quien voluntariamente dio por terminado el contrato de prestación de servicios al negarse a realizar sus obligaciones laborales, de igual forma, no se notificó al empleador de su estado de gravidez dentro del término de duración de del contrato, el cual tenía una duración estipulada.

La Corte decidió revocar la sentencia del juzgado, ya que la modalidad de contratación y el conocimiento del empleador del embarazo no hacen negatoria la protección, solo determina el alcance, como lo indica la Sentencia SU-070 del 2013, por lo tanto, en este caso se vulneran los derechos fundamentales a la madre y al hijo, de un mínimo vital, seguridad social y fuero de maternidad, ordenando al empleador pagar todo lo respectivo con la licencia de maternidad.

Casos similares ocurren en las Sentencia T-238 del 2015 y en la Sentencia T-102 de 2016, M.P. María Victoria Calle Correa, la cual es una sentencia unificada, en las dos sentencias las demandantes tenían un contrato de prestación de servicios.

En la sentencia S-238 del 2015 se hizo la cancelación y no renovación del contrato laboral estando en estado de embarazo y en la S-102/16 se hizo el despido verbal sin justa causa una vez mencionado el embarazo, en ambos casos sin aprobación del Ministerio de Trabajo por lo cual interpusieron demandas de tutela a los empleadores.

En primera instancia se le negó el amparo, al concluir que no se demostró la existencia de una relación laboral oculta dentro del contrato de prestación de servicio y la cual es necesaria para obtener el derecho a la estabilidad laboral reforzada, al mínimo vital y a la no discriminación de las mujeres gestantes.

La Corte revocó las sentencias anteriores y amparó los derechos fundamentales a la protección de la familia, a la vida del menor que está por nacer, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad, al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada de la mujer

embarazada, en primer lugar, porque el conocimiento del embarazo de la trabajadora no es requisito para establecer si existe o no protección, solo determina el alcance, al igual que la modalidad solo determina el grado de la protección, concluyendo que en este tipo de modalidades desaparece el objeto de contrato establecido cuando la mujer queda en embarazo y se presume una discriminación por sus sexo al no ser renovado.

Después de la revisión, la Corte Constitucional ordenó en Sentencia 238 de 2015 la renovación del contrato de la mujer en estado de embarazo, la indemnización equivalente a los salarios de sesenta (60) días; los salarios dejados de percibir por la trabajadora hasta la fecha que se produjo el parto; y la licencia de maternidad; además ordena que la Defensoría del Pueblo, capacite a la entidad demandada en la promoción los derechos laborales de las mujeres, especialmente el derecho a la protección laboral reforzada de la mujer embarazada o lactante, así como la erradicación de la discriminación contra la mujer por razón de la maternidad.

Para la Sentencia T-102 del 2016, la Corte reconoció la protección de los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, al mínimo vital y a la no discriminación, ordenando el pago de los salarios y las prestaciones dejadas de recibir desde el momento del despido y hasta la fecha del parto; la licencia de maternidad; la indemnización de que trata el numeral 3° del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, y la indemnización derivada de la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, consagrada en el artículo 64 del mismo estatuto y la renovación de los contratos en los casos que fuere posible o las prestaciones en materia de seguridad social en salud hasta el reclamo de la licencia de maternidad.

Dentro de este contexto la Corte Constitucional, para realizar un pronunciamiento, se basa en analizar todos los aspectos fundamentales y la coherencia entre los hechos como en el caso da la Sentencia T-400 del 2015, luego de que en primera instancia se le otorgara a la

accionante el derecho a la estabilidad laboral reforzada de mujer embarazada, por la vulneración del mínimo vital, al trabajo, este fallo fue impugnado por la empresa, y en segunda instancia se negó.

Con base en los hechos y consideraciones anotadas, la Corte procede a declarar una protección basada en el principio de solidaridad y en la garantía de estabilidad en el trabajo durante el embarazo y la lactancia, negando el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, dado que existen dudas en la forma en la cual ha actuado la trabajadora para obtener el reconocimiento de sus pretensiones.

En la Sentencia T-092 del 2016 un juez negó la acción de tutela al considerar que no eran vulnerados los derechos fundamentales de una mujer en estado de embarazo, la cual tenía un contrato de trabajo a término indefinido y el despido se hizo sin la autorización del Ministerio de Trabajo. Respecto a esto la Corte Constitucional declara el amparo, puesto que se le vulneraron los derechos fundamentales a la maternidad, al debido proceso, a la salud, al trabajo, a la defensa y al mínimo vital, como consecuencia de la terminación del contrato de trabajo a término indefinido, bajo la causal de despido sin justa causa y por ello concede el amparo del derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, a la seguridad social y al mínimo vital de la accionante y de su hijo recién nacido en razón a que se cumplen los requisitos establecidos en la Sentencia SU-70 del 2013.

En la Sentencia T-353 del 2016, se interpuso demanda de tutela por vulnerar los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social, a la vida digna, a la integridad física, a la estabilidad laboral reforzada, a la maternidad, al mínimo vital y móvil, por la terminación de la relación laboral. Por lo que la empresa alega que la terminación del contrato se dio por la culminación de las funciones asignadas para el cargo y el desconocimiento del embarazo.

En cuanto a esta situación la Corte Constitucional argumenta que la estabilidad laboral reforzada de la mujeres en estado de embarazo, si se puede otorgar al ser desvincularlas de su trabajo por finalización de las tareas que sustentaban el cargo que ocupaba, lo dicho se encuentra respaldado por el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, que señala la prohibición de despido a la trabajadora en estado de embarazo o en el periodo de lactancia, sin autorización de la autoridad competente, estableciendo el derecho a una indemnización, en caso de que el despido se haya producido sin el cumplimiento de los requisitos exigidos legalmente, considerando que se genera un riesgo a la seguridad material y emocional de la madre y del que está por nacer, permitiendo obtener la protección, sin distinción de la modalidad de contratación que sustente la relación laboral de la mujer gestante.

Además de lo anterior, la Corte estableció como una medida de protección del fuero de maternidad el reintegro o renovación del contrato, si esta medida no se pudiese cumplir, se puede proceder a la medida de protección sustitutiva, la cual es el reconocimiento de las prestaciones en materia de seguridad social y salud, hasta el momento de la reclamación económica de la licencia de maternidad sea posible.

En relación a lo dicho, la Corte ha señalado cuatro criterios en los cuales la medida de reintegro no procede: El primero cuando la empresa se ha liquidado o está en proceso; segundo cuando la desvinculación se da porque el cargo de la mujer embarazada, ha sido ocupado por concurso de méritos; tercero cuando la desvinculación es porque el cargo fue creado por la administración pública para funciones transitorias y/o mejoramiento de la función pública, y cuarto, cuando la existencia de la relación laboral entre la mujer gestante y empleador dependa de la subsistencia de un contrato previo celebrado por el empleador.

Con base en lo anterior, la Corte ordena la protección de los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada de la accionante, ya que el reintegro no se hace posible porque no se cumplen los requisitos establecidos, se ordena la protección sustitutiva, el pago de los salarios dejados de percibir desde cuando fue retirada hasta el periodo de lactancia, el pago las cotizaciones a la E.P.S. desde el momento de su retiro hasta cuando el bebé cumpla un año de vida.

En la Sentencia T-656 del 2014, la demanda se produce en base a un vínculo laboral verbal, donde no se realizó la afiliación a salud, ni pensión ni riesgos profesionales y se le vulneraron los derechos a la mujer en embarazo; según los hechos, después de notificar a su empleador que se encontraba en estado de embarazo los días laborales disminuyeron y por ende el sueldo, después del nacimiento de su hijo no se le volvió a requerir los servicios y como no se realizó el pago salud no obtuvo derecho a la licencia de maternidad.

El Juzgado en primera instancia le negó la tutela argumentando que la accionante cuenta con otros medios de defensa judicial de sus derechos y que no demostró la existencia de un perjuicio irremediable, así mismo en una segunda instancia se confirmó la sentencia.

Después de la revisión y análisis de las determinaciones tomada por los juzgados, la Corte Constitucional revoca estas decisiones, puesto que se negó el amparo por considerar que la accionante no demostró la existencia de una afectación a su mínimo vital, pero si existe una afectación a los derechos fundamentales y a la estabilidad laboral reforzada, a la no discriminación y a la seguridad social, ya que es una obligación de los empleadores el afiliar a sus trabajadores a la seguridad social, y en cuanto al conocimiento del empleador del embarazo no determina la protección, solo su alcance; el conocimiento del embarazo garantiza una protección integral, pues se asume que el despido de la mujer en embarazo es un factor de

discriminación de sexo, criterio reafirmado en la Sentencia SU 70-2013, vulnerando los derechos a la estabilidad laboral reforzada.

En esa sentencia la Corte ordena al empleador a pagar los aportes a salud y pensiones por el término de la licencia de maternidad y reconozca la respectiva indemnización por despido injustificado.

Finalmente, la Corte Constitucional mediante la Sentencia 400 del 2016 indicó que el pago de la indemnización establecida en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, solo se puede establecer si la terminación del contrato no fue objetiva, general y legítima. En el caso de esta sentencia la demandante conocía que su contrato era transitorio y el reintegro o renovación del contrato no se puede lograr ya que se cumplen los criterios establecidos por la Corte en la Sentencia 353 del 2016, pero procede aplicar medidas de protección sustitutivas como el reconocimiento de las prestaciones en materia de seguridad social, salud, la licencia de maternidad, y el pago de los salarios dejados desde el momento en que dejó de trabajar hasta la licencia de maternidad y además que se realicen las cotizaciones correspondientes al Sistema de Salud, desde el momento de su retiro hasta cuando el nacido cumpla un año de vida.

**Doctrina relacionada con la desprotección legal de la mujer gestante y lactante.
La mujer embarazada frente al contrato estatal de prestación de servicios**

En el artículo Estabilidad laboral reforzada, Sentencia T-534 por maternidad, escrito por el abogado Juan Guillermo Sánchez Gallego, menciona la doctrina de la Corte Constitucional, la cual está comprendida en varias sentencias de tutela, entre ellas, la Sentencia T-906 de 2007, la Sentencia T-095 de 2008, la Sentencia T-1069 de 2008, la Sentencia T-635 de 2009, 2009, la Sentencia T-649 de 2009 y la Sentencia T-004 de 2010, las cuales establecen cinco reglas para la protección a la estabilidad laboral reforzada para mujeres en estado de embarazo, dichas reglas se podrían resumir se la siguiente manera:

La primera es la garantía que ampara a las trabajadoras en el contexto de la tercerización laboral, ya que se protege los derechos de los trabajadores, sin especificar el tipo de contrato que se tenga con el empleador, con el fin de garantizar la estabilidad laboral.

Existen casos en los cuales, de igual manera debe existir protección constitucional, como en las empresas de servicios temporales, lo dicho está ordenado mediante la Sentencia T-534 de 2009, de igual forma las trabajadoras vinculadas a cooperativas de trabajo asociado gozarán de la estabilidad laboral reforzada, puesto que existe una relación como lo indica la Sentencia T-635 de 2009.

La segunda regla estipula que para dar por terminado el contrato de una mujer en embarazo o lactancia se debe contar con autorización previa del Ministerio de Trabajo según la T-649 de 2009.

La tercera regla, se enfatiza en el conocimiento del estado de embarazo que tenga el empleador como un requisito flexible como lo indica la Sentencia T-649 de 2009.

La cuarta regla es sobre el reintegro o indemnización la cual depende de la modalidad de contratación y el juez de tutela en cada caso concreto determinará las medidas necesarias para restablecer los derechos afectados dependiendo la circunstancias de hecho y por último la acción de tutela como medio cuando hay afectación del mínimo vital según la sentencia T-404 del 2005 donde dice que las discusiones laborales, en principio, deben plantearse ante la jurisdicción ordinaria laboral, o de lo contencioso administrativo, según la clase de vinculación, pero si esto compromete el mínimo vital de la mujer, el conflicto puede plantearse ante el juez de tutela, buscando el amparo de los derechos fundamentales vulnerados.

En realidad la Doctrina vigente sobre estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada y en lactancia, es la que se ha derivado por vía jurisprudencial de las sentencias expedidas por la Corte Constitucional, que en conclusión es la que se expone a continuación:

Que el despido de la mujer se ocasione durante el período amparado por el fuero de maternidad, es decir, que sea durante el embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, tal como lo dispone el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo; basta con probar que el despido, o la terminación del vínculo laboral se de en este período, para que se pueda invocar la protección. (Sanabria, 2014, pág. 19).

Que, al momento del despido o terminación del contrato, el empleador conozca o deba conocer el embarazo de la trabajadora por que ésta le haya notificado en debida forma; pero no todas las veces este conocimiento la Corte lo exige para que proceda la terminación del contrato. Basta con probar que la terminación o despido se haga estando la mujer embarazada.

Que el despido o terminación se haga sin permiso de autoridad competente. La Corte presume que esta terminación se da con motivo del embarazo, por lo que protege el derecho a la no discriminación por razón de sexo y el derecho a la familia y a la seguridad social y del que está por nacer.

Que el despido amenace el mínimo vital de la actora o de la criatura que está por nacer, fundamentando dicho argumento en la doctrina que ha creado la Corte y que se conoce como la doctrina del mínimo vital, que consiste en que a la mujer trabajadora se le debe garantizar su supervivencia y la de su hijo en condiciones dignas, y cuya garantía es el salario que devenga la mujer (ahora también extendido al hombre que labora y que su pareja en estado de gravidez dependa 100% de él).

La mujer embarazada frente al contrato estatal de prestación de servicios.

En Colombia existe una amplia legislación en cuanto al ejercicio de la función pública, ya que el Estado es el gran “empleador”, por lo tanto se hace necesario mencionar su evolución histórica a través del tiempo, mencionando las leyes que han tenido más impacto en el intento de tratar de crear una política de profesionalización del trabajo del funcionario público; por lo que empezamos mencionando que desde el año de 1886 en la Constitución, se empezaron a trazar las políticas que debían regirla, con el ánimo de propender por un estado social de derecho moderno que brindara oportunidades a sus asociados de una manera eficiente y moderna.

Fue así, que en la Constitución del 86, en los artículos 62 y 63, y en la ley 4 de 1913, se establecieron las reglas para acceder al empleo público.

En 1934 se expidió la ley 10 que reguló a los empleados particulares que le prestaban servicios al estado por fuera del servicio oficial; este fue el antecedente a la catalogación de los trabajadores oficiales.

La ley 165 de 1938, estableció la carrera administrativa para los empleados nacionales, departamentales y municipales que prestaran sus servicios de manera permanente, creando al Consejo de Administración y Disciplina en cada departamento del país, para tratar de ejercer un control sobre todos los funcionarios públicos a nivel nacional.

En 1958 se publicó la ley 19, que también fue considerada una reforma administrativa que contemplaba la necesidad de la estabilidad laboral de los funcionarios públicos, además de prepararlos técnicamente para que tanto los funcionarios públicos como los empleados prestaran un mejor servicio.

De esta ley surgieron los Decretos 1679 y 1732 de 1960, que reorganizaron el Departamento Administrativo del Servicio Civil y a la Comisión de Reclutamiento, Ascenso y Disciplina.

El Decreto 1732 reconoció dos situaciones en las que se puede encontrar un servidor del estado: libre nombramiento y/o de carrera administrativa.

Desprendidos del acto legislativo del año 68, fueron promulgados los Decretos 1050 y 3130, encargados de dictar una orientación general en cuanto a la organización y funcionamiento de las diferentes entidades.

El Decreto 2400 del 68 trajo una definición de lo que debe entenderse por empleo público, quiénes deben ser considerados funcionario o empleado, quiénes técnicos o mero auxiliares de la administración pública; dejando plasmado por primera vez que “en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de las tales funciones”.

Posteriormente se expidió el Decreto 1950 de 1.973 que volvió a ratificar que en ningún caso debería contratarse por la figura de la prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente.

En 1.978 se expide el Decreto 1042 en el cual se creó la nomenclatura y clasificación de los empleos de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas del orden nacional, clasificándolos en directores, asesores, ejecutivos, profesionales, técnico, administrativo y operativo.

En 1.987 se expide la Ley 61, que reguló los empleos de libre nombramiento y remoción.

Cuatro años después, gracias a la constituyente se promulga la actual Carta Magna, la cual, en referencia al empleo público, trajo varias disposiciones, entre ellas los artículos 122 y 125, que hacen énfasis en lo que debe entenderse por empleo público, y que es condición imperante acceder a él mediante concurso de méritos y no por filiación política.

El artículo 123 hace la distinción entre servidores públicos, empleados públicos y trabajadores oficiales, haciendo la respectiva definición de cada uno de ellos.

Más adelante, y para empezar a desarrollar el artículo 130 superior, la expide la ley 27 de 1.992, que creó la Comisión Nacional del Servicio Civil, cuyo objetivo primordial es la administración y vigilancia de la carrera administrativa.

Al año siguiente se promulga la Ley 80 de 1993, que en su artículo 32 definió que los contratos de prestación de servicios se debían realizar como una de las modalidades de contratación estatal, que se realizarían con una persona natural con el fin de desarrollar una labor específica por un término perentorio para desarrollar actividades relacionadas con el funcionamiento de la entidad y que tales contratos no constituirían vínculo laboral.

La ley 489 de 1.998 diseñó las pautas para la reducción y mejoramiento del estado a través del desarrollo administrativo para continuar con las líneas planteadas en la Ley 443 del 98, con el fin de impulsar la aplicación de la carrera administrativa dentro de las entidades públicas.

En el año 2.002 se sucede una reforma administrativa bastante amplia, en casi todas las entidades del orden ejecutivo central, impulsada dentro del gobierno del presidente Álvaro Uribe Vélez, impulsada con la Ley 790, con varios objetivos planteados, como el de reducir el tamaño del Estado y consecutivamente con eso, bajar los costos de la administración ya que se estaba en una situación económica precaria; y adecuar la administración pública de acuerdo con lo que se denominó “Estado Comunitario”, volverlo más moderno y eficiente, reduciendo el gasto fiscal conforme a las nuevas políticas que se estaban planteando en la nueva gestión administrativa y, de acuerdo con el plan de desarrollo del nuevo gobierno. (Hernández, 2012, pág. 68).

Pero esta reestructuración, en donde se reformó las plantas de personal, toda vez que se escindieron entidades, se crearon otras y otras se fusionaron, tomando como fundamento para

reducir los costos, una nueva contratación de personal bajo la modalidad de “prestación de servicios y apoyo a la gestión”, utilizando el mecanismo legal plasmada en nuestro estatuto de la contratación pública, Ley 80 de 1993, artículo 32.

También hay que tener en cuenta la Ley 760 de 2005, que es la que crea el Sistema Nacional de Capacitación y el Sistema de Estímulos para los empleados del Estado.

El Decreto 785 de 2005 que estableció el sistema de nomenclatura y clasificación de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales.

También se desarrollaron otras normativas importantes como fueron la Ley 909 de 2004, reglamentada por los Decretos 1227 y 1228 del 2005 sobre las comisiones de personal. Los Decretos 2901 del 2008, el 3005 de 2009 y el 4567 del 2011, todos sobre la implementación y mejoramiento del funcionamiento del Servicios Civil y el SIGEP., sobre las competencias laborales de quienes van a desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción en la Rama Ejecutiva del orden nacional.

Pero fue a partir de la reforma del 2002 que se empezó a contratar por prestación de servicios a una mayor escala, no solo porque se evita el concurso público, sino porque además permite la contratación directa, que es una modalidad expedita y que da toda la libertad de contratar a quien se quiera.

Además del beneficio de que, en su carácter de contrato civil, no obliga al contratante al pago de prestaciones sociales de ningún tipo, solo deberán cancelar el valor de los honorarios, pues es el contratista es quien debe asumir esta obligación a título personal; el contratista no recibirá ningún reconocimiento extra, como auxilio de transporte, horas extras, cesantías, vacaciones o primas, como tampoco incapacidades y mucho menos licencias, ya que así quedó expreso en la norma citada, y estos emolumentos sólo se reconocen en el contrato laboral.

Por lo anterior, se ha vuelto común en el ámbito público acudir a esta modalidad, tanto que, en el año 2012, el ministro de trabajo de la época confirmó que, por cada 100 trabajadores de planta en las entidades estatales, existían al tiempo 107 contratados por la modalidad de prestación de servicios (El Espectador.2012.).

Lo anotado, evidencia la magnitud de la contratación de prestadores de servicios por las entidades públicas, muchas de ellas impulsadas por la falta de voluntad para acabar con la cultura del botín político, por lo que se presenta lo que muchos han llamado “nóminas paralelas”; la Administración pública acogiendo unas políticas clientelistas y mercantilista, han acudido a esta modalidad que desconoce la mayoría de los logros y reconocimientos que se han alcanzado a lo largo de la construcción de nuestro estado de derecho y a nivel mundial; desconociendo de tajo las premisas de nuestra constitución que exige una vocación sin ánimo de lucro de la función pública, y soportada en los principios de celeridad, igualdad, moralidad, economía, eficiencia, imparcialidad y publicidad; y quienes están llamados a cumplir estas funciones son los empleados del estado, en ejercicio de sus funciones administrativas dentro del marco del régimen laboral, pero que de apoco o de a mucho, se han visto desplazados por los prestadores de servicio, quienes, según nuestras leyes, están llamados a ejercer dichas funciones de manera excepcional, para ayudar a cumplir los fines del Estado.

Como ya se ha mencionado, esta modalidad de contratación desconoce la mayoría de los derechos fundamentales consagrados en la Carta Magna, y en la mayoría de los tratados internacionales que Colombia ha suscrito y que han sido recogidos en la mayoría de las normas laborales vigentes, derechos que son irrenunciables porque van ligados de manera directa con la dignidad de todo ser humano, tales como son el derecho a la estabilidad laboral, a la seguridad social, a un trabajo decente, a la libertad sindical y al fuero materno, entre otros.

Pero no es porque el contrato de prestación de servicios sea nefasto en sí mismo, sino en la utilización desmedida y desnaturalizada que las Entidades han hecho del mismo, ya que el contrato de prestación de servicios la ley lo contempla como una herramienta de carácter excepcional y por un tiempo determinado, características que vienen siendo desconocidas por las diferentes entidades públicas, ya que las funciones que desarrollan los prestadores de servicios devienen en permanentes, la mayoría de las veces se contratan para desarrollar el objeto mismo que está llamado a cumplir cada entidad, por lo cual se desvirtúan las dos características esenciales del contrato de prestación de servicios, que sea para desarrollar una función excepcional y por un término definido; se institucionalizó como practica gubernamental que va en contravía de nuestro orden constitucional y legal, que utiliza este contrato basado en un sistema clientelista para pagar los favores políticos contraídos en las campañas electorales de los gobiernos de turno. (Páez Quintero, S., 2011, pág. 5).

Aunque no se tiene el dato estadístico de cuánta mujeres están vinculada por esta modalidad de prestación de servicios, y cuántas de ellas están en edad reproductiva, que ante la dolorosa aplicación del sistema actual de contratación coarta el derecho a que le sea reconocido el fuero a la maternidad, toda vez que nadie ha procurado poner un freno a esta realidad violatoria de los diferentes derechos fundamentales ya antes mencionados; es como si el Estado, a través del Ministerio del Trabajo, no se interesara en hacer valer los derechos pisoteados y que no es desconocida por ellos, pero que pareciera ser invisible o no importarle a nadie en el Congreso de la República, y ni que decir de la Rama Ejecutiva, no existe un impulsor de una ley que reconozca esta garantía para trabajadoras vinculadas mediante este tipo de contrato; sólo la Corte Constitucional ha tenido el valor de hacer respetar este derecho, pero que solo es reconocido a través de acción de tutela, y muchas mujeres desconocen que tienen esta

herramienta jurídica para hacer valer este derecho, y si lo conocen, muchas veces no se puede hacer uso de ella, por el temor a que en represalia no se le renueve el contrato.

Como se aprecia de la lectura de las sentencias de la Corte Constitucional que se han pronunciado sobre la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, esta figura ha sufrido profundos cambios estructurales y conceptuales por lo que ya no es posible abordar este tema sin recurrir a la jurisprudencia de la Corte, y no solamente a la normativa laboral, sino que además obligatoriamente toca consultar la extensa jurisprudencia que se ha pronunciado sobre este tema, y que ha tomado como pilares los artículos 45 y 53 de la Constitución para transformar esta figura legal reconocida también internacionalmente con mucha antelación a la expedición de nuestra constitución del 91. (Rivera Aguirre, C., 2014, pág. 119).

La sentencia SU-70 del 2013 no solo sistematizó la jurisprudencia respecto al tema de la estabilidad laboral reforzada, sino que además establece de manera clara y concreta, de conformidad con los casos que había estudiado la Corte de manera reiterada en sentencias anteriores a la sentencia de unificación, para delinear una sola corriente para aplicar de ahí en adelante a los casos que fuesen similares.

La Corte delineó y sistematizó la protección al fuero de la maternidad en todo vínculo contractual sin distinguir la denominación en cuanto a contrato, empleador (público o privado) ya que asimiló cualquiera de estas alternativas a una “relación laboral”; gracias a ello la Corte desarrolló dos premisas que permiten la aplicación de los derechos consagrados en la legislación laboral vigente a los otros vínculos de trabajo de las mujeres embarazadas.

Por lo anterior, la Corte consideró que, en los casos de las mujeres vinculadas mediante contratos a término fijo, o por obra o labor, o por prestación de servicios, no es posible terminar el vínculo contractual sin primero reconocer el fuero materno. Así también lo reconoció en los

casos en que el empleador fuera una Cooperativa de Trabajo Asociado o trabajadoras temporales; también lo reconoció en el contrato de aprendizaje, todo ello invocando el derecho fundamental a la vida, a un trabajo digno, a la no discriminación en razón del sexo o condición.

CONCLUSIONES

La administración pública en Colombia ha desarrollado un marco constitucional y legal en materia de recursos humanos, encaminado a que se profesionalice al funcionario público en aras de que los fines del Estado sean implementados de manera eficiente, pero la falta de voluntad política ha consolidado una práctica contraria a las normas vigentes, debilitando la meritocracia y el empleo público, por aplicarse de manera exagerada y equívoca la contratación por prestación de servicios, empobreciendo en todo sentido a nuestros profesionales, a los que se les vulneran muchos de sus derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución Política, entre ellos y el que ha sido el objeto de este análisis, el de la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada o en lactancia.

La estabilidad laboral reforzada es de origen jurisprudencial, emanada de la Corte Constitucional, cobijada por los derechos fundamentales del mínimo vital, la no discriminación, al trabajo, protección de la familia, a la seguridad social entre otros, y el mecanismo más usado para protección de estos derechos es la acción de tutela, pues aunque existe una norma laboral vigente que la sustenta cual es la Ley 361 de 1.997, no es frecuente el uso de ella, bien sea por desconocimiento o falta de asesoría de los afectados; y por otra, porque muchas veces las personas que son vulneradas no cuentan con el vínculo laboral para poder acceder a la protección.

Otra de las conclusiones surgida del análisis jurisprudencial y de la doctrina que se desprende de ellas, es que la Corte ha considerado que, en los casos en que una mujer embarazada ha solicitado la protección por haber sido desvinculada del contrato o vínculo laboral, en todas estas situaciones existe una “relación laboral” con la mujer gestante o en lactancia y que por tal motivo no se puede dar por terminado el vínculo laboral y que, en caso

de que ocurra, procederá el reintegro y las indemnizaciones a que hubiera lugar, y en los casos en los que no fuera posible el reintegro, se debe proceder con el reconocimiento a la seguridad social por parte del empleador, hasta el momento en que empiece el pago de la licencia de maternidad por parte de la EPS.

Muchos críticos a esta posición de la Corte Constitucional, argumentan que es demasiado garantista, y que no respeta los términos de las normas laborales, ya que no hace distinción entre la terminación del contrato por vencimiento del término pactado en los contratos a término fijo, y el despido; también hay críticas de que la Corte con su jurisprudencia sobre el fuero materno ha legislado sobre este tema y con ello ha desbordado su competencia.

Pero seguramente a las muchas mujeres a las que se ha hecho un reconocimiento a su derecho a ser madres, no piensan lo mismo. Por lo menos unos jueces en Colombia decidieron tomar las decisiones que se esperan de las autoridades de un Estado Social de Derecho, ya que a muchas mujeres no se les respeta su derecho a ser madre, y que hayan puesto un límite para que los diferentes empleadores respeten a las mujeres que no han contado con la suerte de estar vinculadas con un contrato laboral, mujeres que cada vez son menos.

A pesar de los pronunciamientos de la Corte, muchos de ellos aplicados por la mayoría de entidades públicas del ámbito nacional, departamental y municipal, no dan cumplimiento a ellos, pese a que son obligatorios, puesto que se trata de sentencias C; además, no todos sus contenidos son conocidos por las ciudadanas en Colombia; y no tienen el mismo alcance, pues no es igual a que exista una norma expresa que reconozca este derecho no solo para la mujer vinculada mediante contrato de trabajo, sino para aquellas que están laborando mediante otra relación legal de las muchas que existen en el país, para que no haya lugar al desconocimiento de ella por parte de las entidades públicas, sino que también sea aplicada por los empleadores

privados que al igual que los públicos, cada vez hacen un mayor uso de esta figura legal de la Prestación de Servicios.

La protección del fuero de la maternidad, denominada Estabilidad Laboral Reforzada, consiste en poder garantizarle a la mujer trabajadora su “derecho efectivo a trabajar”, independiente del vínculo laboral en el que se encuentre, bien sea por contrato a término fijo, de labor o prestación de servicios, esto de conformidad con el artículo 53 superior, de que se debe dar prioridad a la aplicación del principio de la estabilidad laboral y a la primacía de la realidad sobre las formas, entrándose a proteger a la mujer materna trabajadora.

PROPUESTA

Como lo mencionábamos al iniciar esta investigación, existe un vacío legal en el reconocimiento expreso del fuero de la maternidad a todas las mujeres vinculada en una relación laboral en Colombia, no solo cuando el empleador es una entidad pública, sino también cuando lo es un empleador privado.

Por tanto, la propuesta que se plantea debe ser consecuente con lo dicho en nuestra hipótesis y en el título de este trabajo, y sería el de tramitar un proyecto de Ley ante el Congreso para que se reconozca este derecho a todas las mujeres trabajadoras en Colombia, que tengan una relación laboral vigente al momento de presentarse el embarazo; si se le reconoció la estabilidad laboral a la pareja de la mujer embarazada, no pudiendo darle por terminado el contrato laboral (Sentencia C-005 del 18 de enero del 2.017), creemos que con mayor veraz se le debería reconocer directamente a la mujer vinculada mediante contrato de prestación de servicios, pues la materna es la mujer y no su pareja; y no estamos criticando el contenido de la norma (Ley 1822 de 2017), sino que, a nuestro parecer, el alcance de la norma es incompleto,

y se le pudo dar una mayor cobertura incluyendo en la citada norma, que cobijaba a toda mujer embarazada sin importar la denominación del vínculo contractual, y no discriminar entre la mujer vinculada por contrato laboral y la que lo está por otra modalidad.

REFERENCIAS

- Ámbito Jurídico. (2014). *Debilidad manifiesta*. Recuperado de <http://www.ambitojuridico.com>
- Barona Betancourt, R. (2014). *El principio de la estabilidad laboral*. Bogotá: Librería Ediciones Nueva Jurídica
- Boada Peñaranda Nelcy Constanza (2015). Trabajo de grado: *De la estabilidad laboral reforzada: Un estudio jurisprudencial sobre esta institución jurídica y los mecanismos para garantizar este derecho*. Universidad Católica De Colombia. Facultad De Derecho.
- De la Cueva, M. (1979). *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. 3ª. Edición. México: Editorial Porrúa.
- El Espectador 10 de febrero 2012. <http://www.elespectador.com/noticias>.
- Ferrere. (2014). *Estabilidad laboral: ¿Uruguay la necesita?* <http://www.ferrere.com/>.
- León Hernández Miguel Angel. (2012). Trabajo de grado: *El contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión administrativa del estado colombiano*. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.
- Organización de Naciones Unidas. (1975). *Declaración de los derechos de las personas con limitación*. Resolución 3447. <http://www.ohchr.org>
- Organización de Naciones Unidas. (1979). *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. <http://www.un.org>
- Organización Internacional del Trabajo. (1919). *C003 - Convenio sobre la protección de la maternidad*. <http://www.ilo.org/>
- Organización Internacional del Trabajo. (1958). *Convenio C111 - Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación)*. <http://www.ilo.org>
- Perelló, N. (2008). *El proyecto de ley orgánica de estabilidad en el trabajo a la luz del derecho del trabajo contemporáneo: ¿avance o retroceso?* <http://www.scielo.org.ve/>
- Pérez Quintero, Stphanie J. (2.011). Trabajo de grado: *Análisis de la incidencia del contrato de prestación de servicios en el funcionamiento de la administración pública colombiana, período 2002-2010*. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Facultad de Ciencias Políticas.
- Rivera Aguirre, C. (2014). *La protección laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo: análisis jurisprudencial del fuero de maternidad en los contratos a término fijo*. CES Derecho, 5 (1) 106- 119.
- Sanabria Ríos Luis Alfredo (2.014). Trabajo de grado. *De la estabilidad laboral reforzada. Un estudio jurisprudencial y sobre los abusos a esta protección constitucional*. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá.
- Sánchez-Gallego Abogados. (2014). *Estabilidad laboral reforzada por maternidad*. <http://www.sanchezgallegoabogados.com/>

Normatividad

- Constitución Política de Colombia de 1.886.
- Constitución Política de Colombia de 1.991.
- Ley 4 de 1.913.
- Ley 129 de 1.931
- Ley 10 de 1.934

Ley 165 de 1.938
Ley 19 de 1.958.
Ley 051 de 1.981
Ley 61 de 1.987.
Ley 319 de 1.991
Ley 427 de 1.992
Ley 80 de 1.993.
Ley 142 de 1994 o Ley de Servicios Públicos Domiciliarios.
Ley 361 de 1.997.
Ley 489 de 1.998
Ley 443 de 1.998
Ley 734 de 2002 Código Disciplinario Único.
Ley 789 de 2.002.
Ley 790 de 2.002.
Ley 1429 de 2.010.
Ley 1468 de 2.011.
Ley 1822 de 2.017.
Decreto ley 2663 de 1.950
Decreto 1679 de 1.960
Decreto 1732 de 1.960.
Decreto 1050 de 1.968
Decreto 3130 de 1.968
Decreto 2400 de 1.968.
Decreto 1950 de 1.973.
Decreto 1042 de 1.978
Decreto 1398 de 1.990.
Decreto 429 de 2.001.

Jurisprudencia

Corte Constitucional

Sentencia C-614/2009; M.P. Ignacio Pretelt Chaljub..
Sentencia T-740 /2011; M.P. Humberto Antonio Sierra Porto
Sentencia SU-070- 13 de febrero del 2013: M.P.Alexei Julio Estrada
Sentencia T-242/13; M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
Sentencia SU. 1010/08 del 16 de octubre de 2008: M.P. Rodrigo Escobar Gil.
Sentencia T-312 del 29 de mayo de 2014. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.
Sentencia T-656 del 4 de septiembre de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa.
Sentencia T-163 del 17 de marzo de 2014: M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo
Sentencia T 028- del 27 de enero de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa.
Sentencia T-238 del 30 de abril del 2015. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.
Sentencia T-400 del 30 de junio del 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
Sentencia T-092 del 25 de febrero del 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo.
Sentencia T-102 del 1 de marzo del 2016. M.P. María Victoria Calle Correa.
Sentencia T-353 del 6 de julio del 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera C.P. Guillermo Vargas Ayala.