

Sentencia T-293/17

DEBIDO PROCESO EN ESCENARIOS LABORALES CON BAJA PARTICIPACION DE LAS MUJERES-
Caso en que se terminó unilateralmente el contrato laboral de la accionante que ejercía
cargo de copiloto, tradicionalmente ocupado por hombres

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Persona natural que actúa en defensa de sus propios
intereses

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Procedencia excepcional

De acuerdo con el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra
las acciones u omisiones de particulares, entre otros casos, en los siguientes: (i) “cuando
aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio
público de salud...” (Numeral 2); y (ii) “cuando la solicitud sea para tutelar a quien se
encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual
se interpuso la acción. Se presume la indefensión del menor que solicite la tutela” (Numeral
9).

SUBORDINACION E INDEFENSION-Concepto

Reiteradamente, la Corte Constitucional se ha pronunciado respecto de los conceptos de subordinación e indefensión. Así, ha precisado que la subordinación es la sujeción a la orden, mando o dominio de alguien, que se asimila a la potestad que, derivada de la ley o de una relación contractual entre las partes, conlleva una situación jurídica de dependencia. Ahora bien, en lo que respecta al estado de indefensión, la Corte la ha definido como la ausencia de opciones jurídicas o de hecho del particular que demanda por vía de tutela, para defenderse de una agresión injusta por parte del demandado.

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Procedencia en razón de la subordinación que se halla implícita en toda relación de naturaleza laboral

ACCION DE TUTELA PARA OBTENER REINTEGRO LABORAL POR TERMINACION UNILATERAL DE CONTRATO COMO CONSECUENCIA DE ASOCIACION SINDICAL Y ESTADO DE SALUD DE ACCIONANTE-Improcedencia por existir otros medios de defensa judicial y no acreditar perjuicio irremediable

ACCION DE TUTELA PARA PROTEGER EL DERECHO A LA IGUALDAD POR DISCRIMINACION DE GENERO-Procedencia

IGUALDAD EN LA CONSTITUCION Y PROHIBICION DE DISCRIMINACION-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA IGUALDAD-Dimensiones

ORIENTACION SEXUAL E IDENTIDAD DE GENERO COMO CRITERIOS SOSPECHOSOS DE DISCRIMINACION

PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION-Protección en el ámbito interno e internacional

PRUEBA DE ACTOS DISCRIMINATORIOS Y DEBER PROBATORIO DEL JUEZ EN MATERIA DE TUTELA

Para la Corte Constitucional uno de los retos más complejos que plantea la protección frente a los actos de discriminación, es su prueba. Al respecto, esta Corte ha establecido que el sujeto pasivo de la discriminación debe demostrar sumariamente “(i) que la persona se asocia o hace parte de un grupo históricamente discriminado; (ii) que en una situación similar, otras personas que no son del grupo sospechoso no han recibido el mismo trato frente a la misma situación; y (iii) que el trato diferenciador haya ocasionado daño o permanezca en el tiempo”. Sin embargo, reconociendo que quien sufre una discriminación afronta una dificultad especial para la demostración de la ocurrencia de la conducta, porque si bien puede resultar clara la ocurrencia de una determinada circunstancia –como un despido, por ejemplo-, lo más relevante para el asunto se encuentra en las motivaciones que inspiraron al supuesto autor a adoptar ciertas conductas o tomar determinadas decisiones, que en la mayor parte de los casos permanecen veladas u ocultas tanto para la víctima, como para el juez que analiza el caso. Por esta circunstancia, la jurisprudencia ha establecido que “aunque la prueba de los actos discriminatorios no es del todo imposible, en determinados eventos es la persona de quien se alega la ejecución de tal acto la que debe desvirtuarlo, aunque ello no obsta para que el afectado pueda aportar las pruebas con las que cuente, que le permitan acreditar su acusación”. La posibilidad de invertir la carga de la prueba en situaciones de actos de discriminación desarrolla el derecho fundamental a la prueba y se explica por el criterio según el cual a quien le resulte más fácil probar un hecho deberá hacerlo. En este sentido ha dicho la jurisprudencia que “es necesario que sea la parte privilegiada y fuerte de la relación, por su fácil acceso a los materiales probatorios en

cuestión, quien debe asumir dicha carga procesal. Por tal razón, en materia de tutela, la regla no es 'el que alega prueba', sino 'el que puede probar debe probar', lo cual redistribuye la carga probatoria en beneficio de la protección de los derechos", lo que en el escenario de los actos de discriminación significa que quien está acusado de discriminar está en una posición favorecida frente al de la víctima, en especial porque fue quien estuvo en control de los antecedentes del hecho, resultándole más sencillo acreditar la corrección de sus actos para desvirtuar la acusación.

ACOSO LABORAL COMO FORMA DE DISCRIMINACION DE GENERO

ACOSO LABORAL-Marco legal

ACOSO LABORAL-Concepto

Se entenderá por acoso laboral toda conducta persistente y demostrable, ejercida sobre un empleado, trabajador por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo.

ACOSO LABORAL-Modalidades

La Ley 1010 de 2006 contiene una clasificación de los tipos de acoso laboral con definiciones particulares para cada uno de ellos. Así, la ley contempla seis modalidades que se enmarcan dentro de los hostigamientos en el lugar de trabajo, a saber: (i) maltrato laboral, entendido

como cualquier acto de violencia contra la integridad física o moral, o la libertad sexual, que lesione los derechos a la intimidad y al buen nombre; (ii) persecución laboral, la cual se configura con la ocurrencia reiterada de conductas arbitrarias, que permita inferir el propósito de inducir la renuncia del trabajador; (iii) discriminación laboral, definida como aquel trato diferenciado en razón de los criterios prohibidos expresamente en el artículo 13 de la Constitución Política, esto es, por razones de raza, género, origen familiar o nacional, religión, opinión política y filosófica; (iv) entorpecimiento laboral, que se presenta al obstaculizar el cumplimiento de las labores asignadas, retardarlas o hacerlas más gravosas; (v) inequidad laboral, definida como la “asignación de funciones a menosprecio del trabajador”; (vi) desprotección laboral, que tiene lugar mediante aquellas conductas tendentes a poner en riesgo la integridad y la seguridad del trabajador al llevarlo a cumplir órdenes, sin el cumplimiento de los requisitos mínimos de protección y seguridad.

ACOSO LABORAL-Concepto según doctrina

ACOSO LABORAL-Derecho comparado

ACTOS DISCRIMINATORIOS EN RAZON DEL SEXO O GENERO-Jurisprudencia constitucional

DERECHO A LA IGUALDAD-No vulneración por cuanto terminación unilateral de contrato de la accionante no obedeció a una conducta discriminatoria por razón del género

DEBIDO PROCESO EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES-La jurisprudencia constitucional ha ampliado el ámbito de disfrute de este derecho fundamental para cobijar escenarios privados

DEBIDO PROCESO Y TERMINACION UNILATERAL DE CONTRATO DE TRABAJO POR EMPLEADOR

TERMINACION UNILATERAL DE CONTRATO DE TRABAJO POR JUSTA CAUSA-Empleador debe garantizar el derecho de defensa del empleado

Cuando el empleador pretendan dar por terminado unilateralmente un contrato de trabajo por justa causa, debe garantizar el derecho a la defensa del empleado, lo cual no implica que se deba surtir un debido proceso en los términos del artículo 29 de la Constitución Política, pues ello desbordaría el alcance de dicha norma, que en su misma redacción, restringe su aplicación a las actuaciones administrativas y judiciales. En este escenario, los empleadores deben asegurar el cumplimiento de los siguientes elementos: (i) la legalidad de la causal de justa causa de terminación del contrato invocada; (ii) la manifestación al trabajador acerca de los hechos concretos por los cuales va a ser despedido y (ii) la oportunidad del empleado de controvertir las imputaciones que se le hacen. De lo contrario se entiende vulnerado el derecho al debido proceso del trabajador.

DEBIDO PROCESO EN MATERIA DISCIPLINARIA-Elementos constitutivos

Acorde con lo dispuesto por esta Corporación en pronunciamiento anteriores, la garantía del debido proceso en materia disciplinaria, se han señalado como elementos constitutivos, entre otros, “(i) el principio de legalidad de la falta y de la sanción disciplinaria, (ii) el principio de publicidad, (iii) el derecho de defensa y especialmente el derecho de contradicción y de controversia de la prueba, (iv) el principio de la doble instancia, (v) la presunción de inocencia, (vi) el principio de imparcialidad, (vii) el principio de non bis in idem, (viii) el principio de cosa juzgada y (ix) la prohibición de la reformatio in pejus”

BAJA PARTICIPACION DE LA MUJER COMO EFECTO DE LOS ESTEREOTIPOS

ESTEREOTIPO-Noción

Para la Corte la expresión estereotipo suele usarse para hacer referencia a 'una idea aceptada comúnmente por un grupo o sociedad con carácter inmutable', una forma de ser las cosas que se toma por supuesta, como algo dado.

ESTEREOTIPOS DE GENERO-Jurisprudencia constitucional

ESTADO-Deber de velar por la inserción laboral de las mujeres y de garantizar su estabilidad en cargos tradicionalmente ocupados por los hombres

ERRADICACION DE LA INEQUIDAD DE GENERO EN EL TRABAJO-Normatividad nacional e internacional

ESTEREOTIPOS DE GENERO-Cargos de pilotos son un escenario restringido para las mujeres

DERECHO AL DEBIDO PROCESO-Vulneración por cuanto se llevó a cabo la desvinculación de la accionante omitiendo la realización de la diligencia de descargos

DERECHO AL DEBIDO PROCESO-Orden a Aerolínea reintegrar a la accionante al cargo de copiloto

Referencia: expediente T-5.697.720

Acción de tutela interpuesta por Ana Margarita Mc Brown Vásquez contra LATAM Airlines Colombia S.A.

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá D.C., ocho (8) de mayo de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado y los Magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo y Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

I. I. ANTECEDENTES

A. A. LA DEMANDA DE TUTELA

1. 1. La señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez interpuso acción de tutela contra LATAM Airlines Colombia S.A., por considerar que la terminación unilateral de su contrato de trabajo vulneró sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la igualdad, al trabajo en condiciones dignas y justas, al debido proceso, a la libertad de asociación sindical y sindicalización, a la negociación colectiva y a la protección especial a la mujer.

Según lo expuesto en el escrito de tutela, la entidad accionada vulneró sus derechos fundamentales por cuanto la terminación unilateral del contrato: (i) se configuró con ocasión de su afiliación a la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles -en adelante Acdac-; (ii) no tuvo en cuenta disposiciones de la convención colectiva que le favorecían, (iii) pasó por alto condición de salud al momento de notificarle la terminación del contrato; y (iv) obedeció a un acto de discriminación de género.

Por lo anterior, la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez solicitó al juez constitucional proteger sus derechos fundamentales y, en consecuencia, ordenar a LATAM Airlines Colombia S.A.: (i) reintegrarla al cargo que estaba ejerciendo al momento de la terminación del contrato; (ii) permitirle continuar con el proceso de capacitación para el ascenso al cual se postuló; (iii) pagarle los salarios, prestaciones sociales y aportes parafiscales, adeudados desde el día del retiro hasta la fecha del reintegro efectivo; y (iv) cancelarle la indemnización equivalente a 180 días de salario con ocasión de la terminación unilateral del contrato sin la autorización de la autoridad laboral competente.

B. HECHOS RELEVANTES

2. El 02 de noviembre de 2007, la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez se vinculó con la empresa LATAM Airlines Colombia S.A. a través de un contrato de trabajo a término indefinido. En marzo del año 2016, la accionante se desempeñaba en el cargo de copiloto B767, con un salario básico mensual de siete millones cuatrocientos veintinueve mil pesos (\$7.429.000); un promedio mensual por concepto de viáticos y horas extras por valor de setecientos veintisiete mil setecientos sesenta y un mil pesos (\$727.761); un auxilio de alimentación por valor de quinientos setenta y nueve mil quinientos pesos (\$579.500); y una prima de antigüedad por valor de un millón ochocientos ochenta mil pesos (\$1.880.000).

3. El 19 de noviembre de 2015, la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez fue notificada por la empresa accionada sobre la posibilidad de iniciar un proceso de ascenso al cargo de comandante de la flota A320, postulación que la accionante aceptó. A su juicio, esta situación generó molestia en sus compañeros superiores por su “condición de mujer en un ambiente laboral de hombres”.

4. El 1º de diciembre de 2015, la accionante inició el curso en tierra y en simulador de vuelo, con resultados satisfactorios. Su evaluador fue el inspector delegado de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, capitán Carlos Navarrete.

5. El 29 de febrero de 2016, finalizando la fase 3 del proceso, el capitán Álvaro Vélez le recomendó a la accionante “seguir un poco más en fase 3” para “afianzar” sus conocimientos. De acuerdo con lo anterior, le informaron que debía firmar un “fuera de estándar”. A pesar de la restricción anotada, la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez continuó siendo programada como copiloto de los vuelos de la flota A320. Al respecto, el

capitán Diego Ospina le informó a la accionante que, pese a la restricción, podía efectuar los vuelos programados en la flota A320 para reforzar sus conocimientos en periodo de instrucción y al final se efectuaría una evaluación de la fase 3.

6. Según el escrito de tutela, el 14 de marzo de 2016, se presentaron los hechos que la demandante considera como más destacados de acoso laboral por parte del Capitán Andrés Corso, quien fungió como chequeador de la ruta asignada a la accionante. Acorde con la manifestación de la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez, en dicho vuelo fue “víctima de numerosas interrupciones y desafíos, por parte del capitán Corso, quien cumplía la instrucción del capitán Ospina, que pretendía materializar la intención de afectar mi ánimo y concentración, con el fin de poner en duda mi idoneidad profesional y mi estabilidad laboral, con la seria posibilidad de dar por terminado mi contrato de trabajo, en un acto de discriminación por mi condición de género y sindical”.

Algunos de los actos relevantes que, según la accionante, constituyeron acoso por su condición de mujer, fueron: (i) frases hostigadoras como “en ese momento no va eso”, “donde va la mano!!!!”, “...está segura, de que esas son?”, “...es que le da miedo?”; (ii) actos intimidantes como tomarle la mano para reafirmarle los movimientos; y (iii) generar un ambiente de tensión puesto que para la accionante dicho vuelo sería una oportunidad para afianzar sus conocimientos, situación que fue confirmada en la fase de rodaje cuando el capitán le informó que no le efectuaría ninguna calificación en la carpeta; sin embargo, posteriormente el mismo capitán le manifestó que le haría una calificación Line Check puesto que había recibido la orden de anotar “de manera estricta cualquier mínimo error”.

7. Así las cosas, la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez justificó su baja calificación en dos razones: (i) en el acoso laboral del cual fue víctima; y (ii) en que su proceso de instrucción coincidió con un cambio de Flight Crew Operating Manual “FCOM”, lo cual le implicó reestudiar todo lo aprendido en los cursos de tierra a la luz del nuevo procedimiento, sin que se efectuara ninguna inducción.

8. El 20 de marzo de 2016, le fue comunicada a la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez una citación para la diligencia de descargos que se llevaría a cabo el 22 de marzo de 2016, por hechos relacionados con sus bajas calificaciones.

9. El 21 de marzo de 2016, Ana Margarita Mc Brown Vásquez fue incapacitada por diagnósticos de “dorsolumbago mecánico y gastroenteritis viral”, incapacidad que se extendió hasta el 04 de abril de 2016. Según la accionante la incapacidad fue enviada a la compañía el 23 de marzo de 2016 mediante correo electrónico.

10. El mismo 21 de marzo de 2016, la accionante solicitó su afiliación a la organización sindical denominada Asociación Colombiana de Aviadores Civiles -Acdac-, “por la grave situación de discriminación de género a la que fui sometida, sobre todo durante el último año de servicios”. En reunión extraordinaria del 22 de marzo de 2016, fue aprobada la solicitud de reingreso a la asociación. Según la accionante, el 23 de marzo de 2016, el presidente de la Acdac informó sobre su afiliación a la gerente de relaciones laborales de LATAM Airlines Colombia S.A.. Al respecto, manifiesta la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez que una vez los directivos de la empresa se enteraron de su afiliación al sindicato empezaron los actos de acoso laboral, los cuales concluyeron con la terminación unilateral del contrato el 23 de marzo de 2016, fecha en la cual estaba incapacitada.

11. La terminación unilateral del contrato estuvo fundamentada en el numeral 6 del literal A del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo: “Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos”.

12. En escrito separado, presentado ante el juez de primera instancia, la señora Ana

Margarita Mc Brown Vásquez declaró que es madre cabeza de hogar puesto que tiene un hijo próximo a cumplir 18 años, quien cursa estudios secundarios y depende económicamente de ella.

Además, insistió en la discriminación de la cual fue objeto por ser mujer, al respecto hizo la siguiente intervención: “las mujeres que nos atrevemos a ejercer la profesión de aviadoras, debemos superar una serie de obstáculos, dentro de los que se destacan la necesidad de renunciar a la estabilidad familiar, por el riesgo que representa en un mercado tan cerrado la pérdida del empleo si llegamos a embarazarnos o si nos toca enfrentar situaciones familiares que nos ponen en un mayor vulnerabilidad frente a la oportunidad que tiene los hombres aviadores, situación que se agudiza con nuestra edad”.

Por último, reiteró que para el momento de la terminación unilateral del contrato gozaba de una estabilidad laboral reforzada por su estado de debilidad manifiesta, al encontrarse incapacitada.

C. RESPUESTA DE LA PARTE ACCIONADA

Accionada: LATAM AIRLINES COLOMBIA S.A..

13. Andrea Catalina Ortega Mojica, obrando como apoderada de LATAM Airlines Colombia S.A., solicitó declarar la improcedencia de la acción de tutela, argumentando que: (i) sí existió justa causa para la terminación unilateral del contrato; (ii) no existió discriminación de género; (iii) la empresa no tenía conocimiento de la afiliación de la accionante al sindicato y, por último, (iv) la señora Ana Margarita Mc Brown no se encontraba en estado de debilidad manifiesta al momento de la terminación unilateral del contrato.

14. Respecto de la improcedencia de la acción de tutela, LATAM Airlines Colombia S.A. expuso que este mecanismo constitucional, por su naturaleza residual y subsidiaria, no es un procedimiento paralelo o complementario a los ya existentes en la legislación. En cuanto a la procedencia de la tutela para reclamar acreencias laborales, la empresa resaltó que ésta sólo procede “en los casos en que la vulneración esgrimida afecta las necesidades básicas del trabajador y de su familia, o cuando medie el derecho de una persona de la tercera edad a quien no se puede someter, en razón de su condición, a los complejos y demorados trámites propios de la justicia ordinaria, para satisfacer necesidades, de ordinario, inaplazables”. Así las cosas, a juicio de la accionada, la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez al pretender su reintegro y la cancelación de acreencias laborales e indemnizaciones por vía de tutela, olvida la existencia de los mecanismos de defensa judicial idóneos para ventilar sus pretensiones.

Adicionalmente, la compañía resaltó que la accionante, durante el proceso de evaluación, no manifestó vulneración de sus derechos fundamentales; solamente una vez notificada de la terminación del contrato de trabajo con justa causa, exteriorizó inconformidad con las calificaciones. Para la empresa, esta actitud denota que la pretensión de la accionante es que se haga caso omiso a los resultados obtenidos en dicho proceso.

En cuanto a las deficientes calificaciones de la accionante, la empresa plantea los siguientes interrogantes “¿con qué garantías de seguridad puede la empresa reincorporar tranquilamente a la actora en la línea de vuelo?, ¿sería socialmente responsable permitir que la accionante retomara el mando de una aeronave a pesar de los deficientes resultados obtenidos dentro del curso de reentrenamiento que la empresa le realizó acorde a los reglamentos que rigen la materia?”. Lo anterior teniendo en cuenta que la empresa presta un servicio de interés general, que le exige altos estándares de seguridad; por lo tanto, a juicio de la empresa accionada, la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez no podría retornar a la línea de vuelo al mando de una aeronave “por las serias consecuencias que ello puede traer en perjuicio del derecho a la vida”.

15. Respecto de la terminación unilateral del contrato de la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez, la compañía LATAM Airlines Colombia S.A. expuso que éste se produjo con base en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual dispone como justa causa de terminación del contrato por parte del empleador, “Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos”, acorde con los hechos que a continuación se exponen:

15.1. El 24 de febrero de 2016, el capitán instructor Luis Muñoz voló con la accionante calificándola dentro del estándar de seguridad aceptable; el 29 de febrero de 2016, el Capitán Instructor Álvaro Vélez observó un progreso normal con algunas observaciones de mejora. Sin embargo, el 8 de marzo 2016, después haber volado más de 50 horas de instrucción de un total de 75 horas que estipula el programa, la accionante fue evaluada por el capitán instructor Andrés Sierra quien la calificó en la categoría “insatisfactoria”, motivo por el cual le sugirió “mejorar sus conocimientos de los manuales de la compañía y toma de decisiones en planificación de alternos, los procedimientos normales no están claros, debe mejorar la toma de decisiones en su nuevo rol de Capitán”, situación que generó el inicio de un proceso “fuera de estándar”.

15.2. Tres días después, el 11 de marzo de 2016, el piloto instructor Álvaro Vélez nuevamente emitió una calificación “insatisfactoria” en vuelo de instrucción, el capitán realizó la siguiente anotación: “la Capitán (Alumna) Mc Brown debe seguir mejorando sus flujos tanto de PF como de PM. No tiene claro el manejo del FCU y debe repasar todo lo relacionado con la automatización. No está Lista para pasar a Fase 4”. Sobre este punto, la demandada aclara lo siguiente: “las observaciones de este vuelo son graves, pues como se plasmó en el acta de comité, el manejo del FCU es el elemento que limita el accionar del Piloto Automático y por tanto quien se desempeñe como Capitán de vuelo no debe tener duda respecto de su uso pues ello afecta gravemente la seguridad”. Por lo anterior, la señora

Ana Margarita Mc Brown Vásquez inició otro proceso “fuera de estándar”.

15.3. Tres días después, el 14 de marzo de 2016, la accionante fue evaluada insatisfactoriamente por el capitán chequeador Andrés Corso, quien está debidamente avalado por la Autoridad Aeronáutica Civil de Colombia para ejercer dicha función, de acuerdo con la carta del 17 de diciembre de 2015 expedida por la Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil UAEAC.

La empresa consideró que después de más de 76 horas de vuelo, la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez “no alcanzó el estándar requerido por la compañía y a cargo del cuerpo de instructores así como de la Dirección de operaciones, aplicando los procedimientos establecidos por la compañía para hacer los vuelos seguros y presentar a sus clientes la tranquilidad de contar con capitanes capacitados para conducir los vuelos con los más altos estándares de seguridad que merecen todos los pasajeros”. Así las cosas, la accionante inició otro proceso “fuera de estándar” y se convocó al Comité “fuera de estándar”.

16. En virtud de las bajas calificaciones, el 15 de marzo de 2016 se llevó a cabo el Comité “fuera de estándar”. En dicho Comité se evaluó el desempeño de la señora Ana Margarita MC Brown desde el 2 de noviembre de 2007 hasta la fecha de su último vuelo, posteriormente, se tomó la decisión de recomendar la desvinculación de la accionante, tal y como lo prevé el PP013 numeral 5.8.

17. La accionada aclaró que si bien la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez fue citada con el fin de que explicara su conducta y notificarle la terminación del contrato, no se trató de la apertura de un proceso disciplinario, pues lo que se materializó fue una terminación del contrato con justa causa y no una sanción disciplinaria. Así las cosas, la empresa notificó a la accionante sobre la terminación del contrato mediante correo certificado, remitido el 23 de marzo a las 10:00 am.

18. Por otra parte, la empresa LATAM Airlines Colombia S.A. argumentó que no es cierto que la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez haya sido discriminada por ser mujer. Como prueba de su afirmación la compañía accionada expone que: (i) la empresa cuenta con 890 mujeres de las cuales 9 ostentan el cargo de piloto; (ii) la accionante no aporta prueba alguna de sus afirmaciones; y (iii) pese a las equivocaciones de la accionante, la empresa le brindó varias oportunidades con el fin de que superara las pruebas establecidas en la compañía para recobrar la autonomía de vuelo, sin embargo, la actora no logró cumplir los estándares establecidos.

19. Adicionalmente, en lo que se refiere a la terminación unilateral del contrato con ocasión de la afiliación a la Acdac, la empresa aseguró que: (i) durante la vinculación laboral de la actora, la empresa “jamás fue notificada de la afiliación a la organización sindical Acdac”, sólo hasta el 28 de marzo de 2016, es decir, 3 días después de la terminación del contrato laboral, la empresa fue notificada de dicha afiliación; si bien la accionante aportó una impresión de un correo electrónico enviado a la dirección paola.villota@lan.com el 23 de marzo de 2016, a juicio de la accionada, ello no demuestra que la información haya sido remitida, más aún si se tiene en cuenta “que la señora Paola Villota se encontraba disfrutando de su periodo de vacaciones” y por ende la información que le haya sido remitida por correo electrónico no fue recibida por la compañía en las fechas señaladas. En todo caso, la empresa argumenta que de ser cierto el envío de dicha notificación, ésta fue remitida en un momento posterior a la terminación unilateral del contrato, puesto que, reitera, la notificación de la terminación del contrato se envió el 23 de marzo de 2016 a las 10:00 am; y (ii) adicionalmente, para la empresa, la sola afiliación sindical no otorga estabilidad laboral alguna.

20. Por último, la empresa accionada al pronunciarse sobre el presunto estado de debilidad manifiesta señalado por la accionante, argumentó que en virtud de lo dispuesto en diferentes sentencias de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral; en las leyes 21 de 1982, 100 de 1993, 361 de 1997 y 418 de 1997; y en el Decreto 2463 de 2001, la accionante no se encuentra en estado de debilidad manifiesta.

Según lo expuesto por la empresa, “la actora en momento alguno había presentado alguna situación de salud o incapacidad con anterioridad a la citación entregada el 18 de marzo”. Además, no existe prueba de que, el día en que se expidió la incapacidad, ésta haya sido comunicada a la empresa. En todo caso, el juez debe considerar que la incapacidad se otorgó por diagnósticos de lumbago y gastroenteritis viral, enfermedades temporales, que no otorgan estabilidad laboral reforzada. En este sentido, la decisión de desvincular a la accionante (15 de marzo de 2016) se adoptó en una fecha anterior a la incapacidad (21 de marzo de 2016) lo cual torna imposible que dicho estado haya sido la razón de la terminación unilateral del contrato.

D. RESPUESTA DE LOS VINCULADOS

Tercero vinculado: Asociación Colombiana de Aviadores Civiles.

21. El capitán Jaime Hernández Sierra, presidente de la Acdac, solicitó proteger los derechos fundamentales de la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez, al trabajo en condiciones dignas y justas, a la sindicalización y a la asociación sindical, “afectados por los Directivos de la compañía LATAM, con motivo del arbitrario despido del que fue objeto la capitán Ana Margarita Mc Brown, por el hecho de haber notificado al Empleador su condición sindical”.

La asociación argumentó, entre otras cosas, que al afiliarse la señora Mc Brown al sindicato, era beneficiaria de los derechos colectivos del laudo arbitral vigente entre la Acdac y LATAM Airlines Colombia S.A. Sin embargo, la empresa, ante la pérdida del examen para ascenso no le ofreció a la accionante las opciones que la convención dispone, estas son, optar por continuar volando en el mismo equipo en el que lo hacía anteriormente o ser nuevamente calificada en el equipo en el que está chequeando de primer oficial o copiloto.

Adicionalmente, aseguró que la terminación unilateral del contrato de la accionante responde a una política empresarial de persecución a los aviadores que se afilian a la asociación, como prueba de ello, mencionó seis casos en los cuales la empresa habría desvinculado a sus empleados por el hecho de afiliarse al sindicato.

Tercero vinculado: Ministerio del Trabajo

22. Justo Germán Bermúdez Gross, jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio del Trabajo, solicitó declarar la improcedencia de la acción de tutela argumentando que: (i) no existe legitimidad por pasiva respecto del Ministerio del Trabajo; y (ii) la acción de tutela es improcedente para obtener el reconocimiento y pago de las acreencias que surgen en virtud de un vínculo laboral, salvo que esté de por medio la vulneración del mínimo vital de subsistencia de la accionante.

E. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

Primera instancia: sentencia del Juzgado Diecinueve Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Bogotá D.C., del 22 de abril de 2016.

23. El Juzgado Diecinueve Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Bogotá D.C. resolvió negar la acción de tutela interpuesta por la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez contra LATAM Airlines Colombia S.A. Respecto de las pretensiones dirigidas a obtener el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, el juez consideró que la accionante contaba con otro mecanismo de defensa judicial ante la jurisdicción laboral. Adicionalmente, no encontró configurada la discriminación alegada por la accionante “como quiera que de las

pruebas obrantes en el expediente no se infiere tal situación”.

Impugnación: presentada por la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez.

24. La señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez impugnó la decisión del juez de primera instancia argumentando que, en primer lugar, la acción de tutela se interpuso como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, teniendo en cuenta la condición de vulnerabilidad en la que ella se encuentra, circunstancia que no fue considerada por el juez de primera instancia. En segundo lugar, la impugnación se fundamentó en que en el fallo de primera instancia no se analizó que la terminación unilateral del contrato se efectuó estando incapacitada y sin la autorización del Ministerio del Trabajo. En tercer lugar, la accionante llamó la atención sobre la ausencia de pronunciamiento del juez de primera instancia acerca de la violación de sus derechos de asociación y sindicalización.

En cuarto lugar, la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez reiteró la discriminación de la que fue objeto agregando que: “la Empresa LATAM, DESCONOCE MI DRECHO A LA IGUALDAD COMO MUJER TRABAJADORA; tergiversa la información; afirma la Empresa en su escrito de contestación que: “... cuentan con 890 mujeres de las cuales 9 ostentan el cargo de pilotos...”, pero omite informar que no todas las 890 mujeres son aviadoras. La discriminación se presenta si se observa que de 184 aviadores vinculados laboralmente con LATAM solo 9 somos mujeres aviadores y de manera continua y persistente LATAM nos discrimina y ejerce en contra nuestra actos de acoso laboral, utilizando mecanismos que degradan nuestro proceso profesional, para justificar el disgusto que le produce tener que respetar nuestros derechos derivados de la Convención y el Laudo Vigente, en contra de lo dispuesto en el artículo 43 de la Constitución Política de la República de Colombia” (negritas originales).

Por último, la accionante reprochó que el juez de primera instancia no se haya pronunciado

sobre la vulneración al debido proceso de la empresa LATAM Airlines Colombia S.A. al no darle una segunda oportunidad en el proceso de instrucción de acuerdo con lo señalado en el laudo arbitral.

Segunda instancia: sentencia del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá D.C., del 02 de junio de 2016.

25. El Juzgado Tercero Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá D.C. confirmó el fallo del juez de primera instancia, negando el amparo, pero por las razones expuestas en su fallo, las cuales son mencionadas a continuación.

El juez de segunda instancia consideró que la accionante no era un sujeto de especial protección constitucional, “pues no es una persona de la tercera edad, su despido no se dio con ocasión de enfermedad grave y no carece de recursos económicos”. Sin embargo, analizó de fondo la supuesta vulneración de los derechos de la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez.

Respecto de la supuesta terminación unilateral del contrato con ocasión de su afiliación al sindicato, el juzgado consideró que éste “NO se dio como causa de la afiliación al sindicato, (...) pues a la fecha de afiliación al sindicato, ya se había configurado la justa causa alegada por LATAM AIRLINES, teniendo en cuenta que al momento de citarla a la diligencia de descargos, aun la accionada, no tenía conocimiento de dicha afiliación sindical”.

En cuanto a la citación a descargos, el juzgado de segunda instancia hizo la siguiente apreciación: “cuando un empleador tiene pruebas de que un trabajador suyo incurrió en una justa causa para terminarle el contrato sin derecho a indemnización, no es suficiente que se le entregue una carta dando las razones de la decisión. El empleador tiene la obligación de llevar a cabo una diligencia de descargos con el objeto de que el trabajador tenga la

oportunidad de explicarse o defenderse frente a la presunta justa causa”.

Una vez aclarado lo anterior, el juez de segunda instancia consideró que la empresa accionada no vulneró el derecho al debido proceso de la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez puesto que, “siguiendo los preceptos constitucionales en materia de derecho laboral, notificó en debida forma a la actora sobre la fecha programada para rendir descargos, advirtiéndole cual era la justa causa que motivaba el despido, e informándole que dicha audiencia se haría con el propósito de garantizarle su derecho a la defensa y contradicción. Sin embargo, la accionante no se presentó a dicha cita, ni tampoco justificó en debida forma su inasistencia, pudiendo solicitar nueva fecha para llevar a cabo la diligencia, a lo cual se abstuvo”.

F. Intervención de la Defensoría del Pueblo

26. La Defensoría del Pueblo solicitó a la Corte Constitucional amparar los derechos fundamentales de la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez “considerando que se trata de un asunto de relevancia constitucional en cuanto al reconocimiento y garantía de los derechos de las mujeres”.

La intervención comienza describiendo la baja participación de las mujeres en la aviación comercial, lo cual relaciona con la continuidad de estereotipos de género en el espectro social, los cuales marcan erróneamente “la incapacidad de las mujeres para desarrollar labores técnicas como conducir o pilotear un aeronave”. También menciona cuatro (4) casos de mujeres piloto quienes le manifestaron a la Defensoría del Pueblo “diferentes situaciones de acoso laboral relacionadas con su condición de mujeres”, como lo es ser tratadas con términos despectivos, tales como, “piloticas, conflictivas, groseras, rebeldes, complicadas, desobedientes y lesbianas”; encontrándose expuestas a “comentarios sexistas, situaciones de acoso sexual y comentarios inadecuados frente a su vida privada”. Además, acorde con la

intervención de la Defensoría, las mujeres vinculadas a la aviación denuncian acciones de presión e intimidación, como por ejemplo, al programarles menor tiempo de vuelo o jornadas intensas de trabajo; todo lo anterior sumado a que se enfrentan a “grandes dificultades para establecer relaciones de pareja” por el alto grado de movilidad y variabilidad de los horarios de trabajo.

Con relación al caso concreto, la Defensoría argumenta que la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez es un sujeto de especial protección constitucional por ser madre cabeza de familia, puesto que tiene un hijo de 18 años quien depende económicamente de ella y por “ser responsable de sus padres, ambos adultos mayores, en su condición de hija única”. Además, informa que para la accionante “la desvinculación laboral de LATAM prácticamente le ha significado la muerte laboral en Colombia” puesto que por su edad, 42 años (al momento la terminación unilateral del contrato), se le “dificulta el acceso a otro tipo de oficios”.

Finalmente, la Defensoría expone la presunta vulneración del derecho al debido proceso de la accionante como consecuencia de la indebida aplicación del procedimiento “fuera de estándar” y de su despido irregular.

G. Actuaciones ante la Corte Constitucional

27. Mediante auto del 18 de noviembre de 2016, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional solicitó a las partes información necesaria con el fin de llegar al convencimiento respecto del caso concreto.

28. En atención a las pruebas solicitadas a la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez, se

obtuvo la siguiente información:

Respecto a su estado de salud:

i. (i) ¿Actualmente usted y su hijo se encuentran afiliados al Sistema General de Seguridad Social en salud, pensión y riesgos profesionales? En la actualidad, la accionante se encuentra desempleada, en consecuencia, no está afiliada al Sistema General de Seguridad Social en salud ni pensión; sin embargo, su hijo está afiliado como beneficiario de su padre en la EPS Sanitas.

() En vigencia del contrato laboral, ¿cuántas veces estuvo incapacitada, por cuánto tiempo y por qué motivo? En vigencia del contrato laboral con LATAM Airlines, la accionante tuvo las siguientes incapacidades: (1) en el año 2011 fue sometida a una “mastectomía parcial derecha” razón por la cual fue incapacitada por quince (15) días, acorde con la historia clínica en esa ocasión le fue diagnosticado “fibroadenoma / filoides y enfermedad fibroquística”, sin “signos de malignidad”; (2) en marzo de 2013 fue incapacitada por un lapso de siete (7) días al ser diagnosticada con “dolor lumbar puro”; (3) en abril de 2014 fue incapacitada por cinco (5) días por el diagnóstico de “paniculitis migratoria”; (4) en junio de 2014 fue incapacitada por tres (3) días por el diagnóstico de “rinofaringitis aguda”; (5) en agosto de 2014 fue incapacitada por un lapso de siete (7) días al ser diagnosticada de “radiculopatía cervicodorsal y lumbar, espasmo cérico dorsal severo”, al respecto los resultados de imágenes diagnósticas arrojaron un opinión de “estudio dentro de los límites normales”, “columna lumbar de aspecto normal para la edad”; (6) en agosto de 2015 la incapacitaron por dos (2) días por el diagnóstico de “cefalea mixta”. Otro antecedente que expone es un aborto que sufrió en el año 2010.

() Una vez terminado el contrato laboral ¿Cuántas veces ha estado incapacitada, por cuánto tiempo y por qué motivo? (1) Reposa en el expediente una incapacidad iniciada el 22 de marzo de 2016 por cuatro (4) días, es decir, hasta el 25 de marzo de 2016. (2) Reposa en el expediente una transcripción de incapacidad médica por el diagnóstico de “lumbago no

especificado, diarrea y gastroenteritis de presunto origen infeccioso” por el lapso de diez (10) días, del 21 de marzo de 2016 al 30 de marzo de 2016. (3) El 30 de marzo de 2016 la incapacitaron por cinco (5) días, es decir, hasta el 04 de abril por el diagnóstico de “Radiculopatía lumbar”.

() ¿Le fue interrumpido algún tratamiento médico en virtud de la terminación del contrato? Según lo manifestado por la accionante, con motivo de la terminación unilateral del contrato de trabajo se interrumpió su tratamiento de fisioterapia. Adicionalmente, como consecuencia de la aparición de una masa en su seno izquierdo, según informa la accionante, le deben realizar una cirugía lo antes posible, la cual no ha podido hacerse por falta de recursos e imposibilidad de pagar la afiliación a una EPS; acorde con la historia clínica el diagnóstico corresponde a “nódulos sólidos bilaterales de apariencia benigna. Quistes bilaterales. Distorsión de la arquitectura por cirugía previa mama derecha. Bi-Rads categoría 2. Estudio negativo, hallazgos benignos”.

() ¿Cuál es su situación actual de salud? En la actualidad persisten sus dolores de espalda, el tratamiento de su seno izquierdo se encuentra parcialmente suspendido por ausencia de medios económicos, también tiene permanentes migrañas, las cuales no están siendo tratadas.

() ¿Tiene usted conocimiento de si existe en la empresa un procedimiento establecido para enterar al empleador de dichas incapacidades? De ser afirmativa la respuesta informe cuál es el procedimiento y de qué manera usted lo cumplió ¿Cuál es la fecha y bajo qué circunstancias dio a conocer a su empleador cada una de las incapacidades generadas en vigencia del contrato, especialmente, la emitida el 21 de marzo de 2016? Manifiesta la accionante que en la empresa existe un procedimiento señalado en el PPO para enterar al empleador de las incapacidades, de acuerdo con el número 5.2.1. “Ausentismo atribuido a enfermedad o accidente laboral: (...) si el ausentismo es causado en días no hábiles se deberá enviar el mismo día el certificado de incapacidad de la EPS vía correo electrónico a programacion.diaria.co@lan.com con copia a la Gerencia de Flota correspondiente. El día siguiente hábil se deberá gestionar la transcripción de dicha incapacidad ante la Clínica Gran Colombiana – Bogotá. (...) En el caso de accidentes de trabajo, adicional a lo ya descrito, el evento deberá reportarse inmediatamente a la Jefatura de Seguridad Laboral H.S.E.

(Giovanni.clavijo@lan.com) o 3153449758, y a la Gerencia correspondiente". Así las cosas, todas las incapacidades fueron reportadas oportunamente a los correos programacion.diaria.co@lan.com, diego.ospina@lan.com, carlos.misas@lan.com, geovanni.clavijo@lan.com.

Igualmente fue tramitada por correo urbano de Servientrega, con soportes de envió el día 23 de marzo de 2016 y entregada el 28 de marzo de 2016, con sello de recibido por parte de la oficina de correspondencia de la empresa accionada. Así mismo, la señora Diana Barbosa, secretaria del capitán Carlos Misas, quien ocupa el cargo de jefe de operaciones en LATAM, le confirmó el recibido de esta incapacidad.

Respecto de su mínimo vital:

i. (i) Actualmente ¿tiene contrato de trabajo con alguna empresa? Afirma la accionante que aún se encuentra desempleada, circunstancia que se agrava considerando que cada día que pasa se afecta en mayor medida la posibilidad de reactivar su licencia, teniendo en cuenta que de conformidad con el Manual de Reglamentos Aeronáuticos, cuando un aviador suspende sus actividades por más de 90 días debe cumplir con unos requerimientos técnicos y evaluaciones adicionales, de conformidad con la parte 2.2.5.8 Recobro de autonomía de la Parte 2 del RAC.

() ¿Cuál es su situación actual de ingresos económicos? Asegura la accionante que actualmente no tiene ingresos económicos; sin embargo, sus padres la apoyan con techo y comida. Tuvo que vender los electrodomésticos y muebles de su vivienda en Bogotá, para cubrir los gastos de su traslado y los gastos de su hijo a Cali.

() ¿Tiene bienes inmuebles y/o vehículos a nombre suyo? Según dice la accionante, es propietaria de un apartamento en la ciudad de Bogotá, inmueble en el cual vivía antes de ser despedida; el apartamento ya está a la venta según consta en el "contrato de consignación en bien inmueble" adjunto al proceso, "la consignante manifiesta que el precio de la venta

será establecido por la suma de trescientos treinta millones de pesos (\$330.000.000)". También es propietaria de una camioneta Dodge Journy 2013 puesta en venta en la página www.carroya.com por la suma de \$55.000.0000.

() En relación con sus egresos ¿cuáles son sus gastos mensuales? Especifique si paga arriendo, servicios públicos, educación, créditos, y todos los gastos que considere pertinentes. Según manifestación de la accionante, tiene un crédito hipotecario por valor inicial de \$154.000.000 y un crédito de libre inversión por la suma inicial de \$58.957.444, los cuales estaba pagando al momento de su despido. Adicionalmente, tiene la obligación de sufragar los gastos de la educación de su hijo, por un valor aproximado de \$80.000 pesos mensuales. Sus gastos de arriendo, alimentación y manutención, están siendo asumidos por sus padres. Para colaborar con dichos gastos, la accionante ha realizado la rifa de un anillo de diamantes de su propiedad.

() Teniendo en cuenta que en la acción de tutela manifestó ser madre cabeza de familia informe a este despacho si el padre de su hijo responde económicamente por él o si por el contrario se sustrae del cumplimiento de sus obligaciones como padre. Si responde económicamente, ¿lo hace de manera voluntaria, de común acuerdo o por orden de autoridad competente? ¿Con qué periodicidad y cuál es el valor de la cuota alimentaria? Acorde con lo expuesto por la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez, el señor Wilber Orozco Montes, padre del hijo de la accionante, se sustrae del cumplimiento de sus obligaciones como padre; sin embargo, como ya se mencionó, el joven está afiliado como beneficiario de su padre en la EPS Sanitas. No hay cuota alimentaria, y no cumple con orden alguna de autoridad competente para cubrir alimentos de su hijo.

Respecto de sus condiciones laborales:

(i) Durante la vigencia del contrato laboral con la empresa accionada ¿Cuántas veces estuvo con proceso "fuera de estándar"? Especifique las fechas y los motivos; ¿Cuántas veces fue objeto de amonestaciones, llamadas de atención, memorandos, sanciones, o similares; y cuál fue el motivo? Especifique las fechas y los motivos; ¿Cuántas veces fue objeto de felicitaciones, ascensos, condecoraciones o similares, y cuál fue el motivo? Especifique las

fechas; y ¿cuántas veces fue calificada y cuál fue el resultado de la calificación? Especifique las fechas y los motivos. Para responder esta cuestión, la accionante transcribió algunos apartes del Manual de Operaciones de la compañía, los cuales, de ser necesario se expondrán en la parte motiva de esta sentencia. En vigencia de su contrato de trabajo estuvo “fuera de estándar” 3 veces, así:

1. El primer “fuera de estándar” fue en septiembre del 2014 cuando presentó su examen de inglés aeronáutico en el TEA, al no conseguir una cita para presentar de nuevo el examen venció su licencia, quedando “fuera de estándar”.

2. El segundo “fuera de estándar” fue al culminar la fase 3 de entrenamiento como comandante del equipo A320, el 11 de marzo de 2016, con el capitán Álvaro Vélez, quien le dice que su problema es solucionable con dos horas más de instrucción y que él mismo se encargaría de hacer esta recomendación para poder continuar en el proceso y pasar a la fase 4 de la transición a comandante.

3. El tercer “fuera de estándar” fue el 14 de marzo de 2016, con el capitán Corso, quien le hace un Line Check.

Manifestó la accionante que en el periodo de vinculación con la accionada el único trámite disciplinario que le fue iniciado fue el que dio lugar a la terminación de su contrato de trabajo, trámite disciplinario que nunca se cumplió a cabalidad por no haberse realizado la reunión de citación a descargos.

Informó que en varias ocasiones fue felicitada verbalmente y por escrito, por ejemplo, cuando fue ascendida a copiloto del Boeing 737 y cuando la llamaron para copiloto del Boeing 767. De lo que recuerda, algunas de las fechas en las que fue distinguida fueron: (i) el 30 de agosto de 2009; (ii) el 1 de octubre de 2009; (iii) el 3 y 4 de octubre 2009; (iv) 5 de octubre de 2011; y (v) el 20, 21, 22, de septiembre de 2013. Además, en desarrollo de su actividad como aviadora al servicio de LATAM Airlines Colombia S.A., fue calificada semestral y anualmente, cumpliendo con 19 chequeos en simulador desde el 2008 hasta el 2016 con resultados satisfactorios; para ascenso de equipo fue evaluada en 4 simuladores, en marzo 9

de 2014, noviembre 4 de 2014, 26 de abril de 2015 y 16 de noviembre de 2015, con resultados satisfactorios.

(i) En la acción de tutela manifiesta que los hechos más destacados de acoso se presentaron el 14 de marzo de 2016, a parte de esos hechos, ¿considera que en otras oportunidades fue discriminada por su condición de mujer? De ser afirmativa la respuesta informe las circunstancias de tal consideración. En respuesta, la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez mencionó tres situaciones que consideró discriminatorias: (i) en el año 2009, un instructor chequeador afirmó que no confiaba “EN ANIMALES QUE SANGRAN 8 DIAS SEGUIDOS Y NO SE MUEREN”, al enterarse que una de las comandantes tenía el periodo; (ii) en otra oportunidad uno de los capitanes de vuelo afirmó que “las mujeres son para estar en la cocina no en la cabina de un avión”; adicionalmente (iii) uno de los capitanes se negó en varias ocasiones a ir con ella en el simulador por ser mujer.

(iii) ¿Cuál fue la fecha y de qué manera la empresa LATAM AIRLINES COLOMBIA S.A. fue notificada de su afiliación al sindicato?, Tiene usted conocimiento de si existe en la empresa un procedimiento establecido para enterar al empleador de las afiliaciones al sindicato? De ser afirmativa la respuesta informe cuál es el procedimiento y de qué manera usted lo cumplió. Manifestó la accionante que el 22 de marzo de 2016, decidió afiliarse a la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles – Acdac, petición aprobada en reunión extraordinaria de la junta directiva de la asociación ese mismo día. La información sobre su afiliación fue enviada por correo electrónico a la señora Paola Villota el día 23 de marzo de 2016, y por correo físico entregado en la oficina de la accionada el día 28 de marzo de 2016, ya que los días 24 y 25 de marzo fueron días festivos, jueves y viernes santo, motivo por el cual las oficinas estaban cerradas. Según lo afirmó la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez, ni en la empresa ni en la Acdac existe un procedimiento para notificar al empleador de las afiliaciones al sindicato.

Según lo expuesto por la accionante, la empresa terminó su contrato de trabajo sin tener en cuenta que, como afiliada a la Acdac, tenía derecho a disfrutar de los beneficios contenidos en el “Laudo Arbitral Vigente” firmado el 16 de diciembre de 2011, el cual en el parágrafo segundo de la cláusula sexta señala: “ ..A partir de la firma de la presente convención el

tripulante que reciba entrenamiento para capitán y no pase su primer chequeo, podrá ser calificado en el equipo en el que se esté chequeando, de primer oficial o copiloto o podrá optar mediante solicitud escrita a continuar volando en el mismo equipo en el que lo hacía anteriormente. En ambos casos recibirá su segunda oportunidad dentro de los 120 días contados a partir de la finalización de su entrenamiento y conservará su puesto en el escalafón...”.

(iv) En la respuesta a la acción de tutela, la accionada informó que en la fase de simulador, usted se comunicó con el capitán Diego Ospina, su jefe directo, para expresarle su inconformidad con el instructor que le había sido asignado en uno de los turnos. Como consecuencia de lo anterior, el capitán Diego Ospina generó una alerta al área encargada y solicitó su cambio del instructor, el cual se produce al día siguiente, a plena satisfacción suya, ¿Tiene algo que decir a agregar sobre este hecho? La accionante informó que, en efecto, solicitó el cambio de instructor ya que el capitán que le asignaron era brasileño y no hablaba español, y cuando hablaba en inglés ni su compañero, ni ella, le entendía.

(v) ¿Interpuso acciones judiciales o administrativas por los hechos relatados en el escrito de tutela? ¿Por qué razón? Relata que no ha presentado acciones judiciales o administrativas por los hechos narrados en la tutela, porque no cuenta con los recursos económicos que este tipo de trámites demanda.

29. La compañía LATAM Airlines Colombia S.A. respondió las cuestiones planteadas en el auto de pruebas, en los siguientes términos:

i. (i) ¿Cuál es el número de personas que actualmente laboran con la empresa? Especifique cuántas de estas personas son mujeres y cuántos son hombres. A 31 de octubre de 2016, la empresa contaba con 1518 trabajadores, de los cuales 787 son mujeres y 731 son hombres.

() De las personas que actualmente laboran con la empresa ¿Cuántos son pilotos?

Especifique cuántos de estos pilotos son mujeres y cuántos son hombres. La empresa cuenta con 98 pilotos, de los cuales 93 son hombres y 5 mujeres; acorde con lo expuesto por la compañía, la baja participación de las mujeres en estos cargos es consecuencia de la poca inscripción del género femenino en los procesos de selección. Así las cosas, la contratación de pilotos en LATAM Airlines Colombia S.A., guarda una proporción adecuada entre el número de estudiantes que, por género, se gradúan de las escuelas de aviación.

() De las personas que actualmente laboran con la empresa ¿Cuántos son copilotos? Especifique cuántos de estos copilotos son mujeres y cuántos son hombres. Actualmente cuentan con 76 copilotos de los cuales 72 son hombres y 4 son mujeres.

() ¿Cuáles son los requisitos que la empresa tiene en cuenta al momento de postular a un copiloto a curso de ascenso? Específicamente, ¿cuáles fueron las razones que motivaron a la empresa para postular a la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez a curso de ascenso? La señora Ana Margarita Mc Brown fue postulada para ascenso por cumplimiento de los requisitos consagrados en el PPO 10; resalta la empresa que a la accionante le correspondía el turno para ser postulada para ascenso en razón al escalafón de antigüedad de la compañía.

() ¿Es habitual que en la empresa se terminen contratos laborales por calificaciones insatisfactorias en cursos de instrucción, como en el caso de la accionante? Según la respuesta de la accionada, es poco común que los pilotos alumnos aspirantes a ser comandantes de aeronave obtengan calificaciones insatisfactorias. Lo anterior teniendo en cuenta que ante calificaciones insatisfactorias, por regla general, se otorgan oportunidades de mejorar la calificación.

() En el último año (diciembre de 2015 a diciembre de 2016) ¿a cuántos trabajadores les han terminado el contrato laboral con justa causa, por calificaciones insatisfactorias en un proceso de ascenso? Especifique cuántos de ellos son hombres y cuántas mujeres. La única

persona que no aprobó la instrucción en el periodo señalado fue la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez. Sin embargo, adjunta una comunicación de terminación de contrato laboral a un piloto hombre, emitida el 04 de septiembre de 2014, en la cual se argumenta como justa causa de la terminación unilateral del contrato, la calificación insatisfactoria obtenida al término de la fase 4.

() En el último año (diciembre de 2015 a diciembre de 2016) ¿cuántos aspirantes a ascenso no han sido promovidos por calificaciones insatisfactorias en el proceso y, sin embargo, continúan trabajando en el cargo anterior a su postulación? Especifique cuántos de ellos son hombres y cuántas mujeres. La accionada manifiesta que ninguno de los otros aspirantes a ascenso obtuvo calificación insatisfactoria. En este punto, la empresa expone la razón por la cual no sería posible reintegrar automáticamente a la accionante en el cargo que ocupaba antes de iniciar el curso de ascenso (copiloto), en los siguientes términos: “Aclaro al despacho que cuando un piloto o copiloto de una aeronave inicia el entrenamiento ya sea para un ascenso o para cambiar de aeronave, en el momento en que realiza el simulador de vuelo con el instructor de la Aeronáutica Civil, por disposición de dicha entidad automáticamente pierde la licencia para operar la aeronave que tenía asignada antes y por lo tanto es del caso tener en cuenta que al reprobar el entrenamiento no podría continuar ejecutando actividades en la aeronave que tenía asignada anteriormente. Es por lo anterior que es decisión de los trabajadores indicar si aceptan o no la postulación que ofrece la compañía, como lo efectuó la tutelante al aceptar la postulación”.

() En el último año (diciembre de 2015 a diciembre de 2016) ¿cuántos aspirantes a ascenso han sido promovidos por calificaciones satisfactorias en el proceso? Especifique cuántos de ellos son hombres y cuántas mujeres. En el último año han sido promovidos 15 pilotos por calificaciones satisfactorias, todos hombres.

() Durante la vigencia del contrato laboral con la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez, ella ¿Cuántas veces estuvo en proceso “fuera de estándar”? Especifique las fechas y los

motivos; ¿Cuántas veces fue objeto de amonestaciones, llamadas de atención, memorandos, sanciones, o similares; y por qué motivo? Especifique las fechas; ¿Cuántas veces fue objeto de felicitaciones, ascensos, condecoraciones o similares? Especifique las fechas y los motivos; y ¿Cuántas veces fue calificada y cuál fue el resultado de la calificación?

Especifique las fechas y los motivos. De las pruebas que adjunta la empresa accionada se extrae la siguiente información: (a) a finales de noviembre de 2007 la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez obtuvo un resultado insatisfactorio; (b) el 04, 06, 07, 15, 16, 24, 25, 26, 28 de enero de 2008 obtuvo una calificación satisfactoria; (c) el 14 de febrero de 2008 obtuvo una calificación satisfactoria; (d) el 18 de febrero de 2009 obtuvo una calificación satisfactoria; (e) enero de 2010 fue ascendida; (f) en el año 2012 fue ascendida; (g) en marzo de 2014 la copiloto comienza su primer proceso “fuera de estándar” por “pérdida de examen de limitaciones” ; (g) en septiembre de 2014 la copiloto entra en su segundo “fuera de estándar” por “pérdida de examen de inglés ICAO” (h) en diciembre de 2015 le ofrecen ser ascendida; (i) el 08 de marzo de 2016 obtiene una calificación insatisfactoria; (j) el 11 de marzo de 2016 obtiene una calificación insatisfactoria y entra en su tercer “fuera de estándar” porque “resulta con calificación insatisfactoria en AIO terminando fase 3 y segundo incompleto en EIO no puede continuar con fase 4”; (k) el 14 de marzo de 2016 entra en su cuarto “fuera de estándar” porque “resulta con calificación insatisfactoria en Line Check proceso “fuera de estándar””.

(l) ¿Cuáles fueron las fechas y bajo qué circunstancias le fueron notificadas las incapacidades médicas de la accionante, especialmente, la emitida el 21 de marzo de 2016? La compañía indicó que el correo al cual deben ser enviadas las incapacidades corresponde a: Giovanni.clavijo@latam.com, además, adjunta un correo electrónico de Giovanni Clavijo Flórez en el cual informa que en dicho correo no se recibió incapacidad alguna.

(m) Acorde con el manejo habitual de la empresa ¿Cuál es el trámite a través del cual los empleados ponen en conocimiento de la compañía las incapacidades médicas? Deben ser enviadas al correo electrónico de seguridad laboral al correo Giovanni.clavijo@latam.com.

() Informe a este despacho cuál es el proceso que deben seguir los aspirantes a ascenso, indicando cada una de las etapas y aclarando si para el 14 de marzo de 2014 la accionante debía ser calificada y por qué razón. Los aspirantes a ascenso deben cumplir con el proceso establecido en el PPO 10, el cual adjuntan. Entre los requisitos están: contar con determinadas horas de vuelo, tener más de 28 años, no tener “fuera de estándar” en el último año, pertenecer a la compañía más de 2 años y no tener faltas o incidentes administrativos.

() Acorde con la citación a diligencia de descargos notificada a la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez, la cual reposa en el expediente, la empresa le inició a la accionante un proceso disciplinario por faltar a sus obligaciones laborales. Con el fin de garantizarle su derecho de defensa, de contradicción y de ser escuchada la empresa la citó para el día 22 de marzo de 2016. Teniendo en cuenta que para esa fecha la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez estaba incapacitada, informe al despacho si la fecha fue reprogramada y, de no ser así, ¿cuál fue la justificación para ello? Adicionalmente, informe de qué manera la empresa terminó el proceso disciplinario iniciado. La causal de terminación del contrato está relacionada con la aprobación o no de un examen luego de un proceso académico, motivo por el cual no hay lugar a dar explicaciones frente a la reprobación del mismo.

30. La Aeronáutica Civil conceptuó que la terminación unilateral del contrato de la accionante fue adelantado con observancia de lo establecido para ello en el Manual de Entrenamiento y Manual General de Operaciones aprobados por la Aeronáutica Civil a la aerolínea accionada. “Los resultados insatisfactorios en las diferentes fases de entrenamiento adelantados por la señora Ana Margarita Mc Brown, para volar como comandante de una aeronave Airbus 320, evidencian que no alcanzó a cumplir con los estándares mínimos de seguridad y proeficiencia exigidos en la normatividad aeronáutica colombiana”.

31. La Asociación Colombiana de Aviadores Civiles respondió las preguntas planteadas por la Sala Tercera de Revisión en los siguientes términos.

i. (i) ¿Cuál es el procedimiento establecido en la empresa y en el sindicato para enterar al empleador de las afiliaciones a la asociación? La Asociación no cuenta con un procedimiento establecido con la empresa accionada ni con otras empresas de aviación para notificar a los empleadores sobre la afiliación de los aviadores al sindicato. Tampoco existen disposiciones legales, estatutarias o convencionales que establezcan un procedimiento. Por tal razón, las nuevas afiliaciones se notifican por el método más expedito. Resalta la Asociación que una vez notificada la empresa, los aviadores empiezan a disfrutar de los derechos convencionales, dentro de los cuales se encuentra la segunda oportunidad en procesos de calificación y el acompañamiento de la organización sindical en el trámite disciplinario.

() En cumplimiento de dicho procedimiento ¿Cuál fue la fecha y de qué manera la empresa LATAM Airlines Colombia S.A. fue notificada de la afiliación de la señora Ana Margarita Mc Brown al sindicato? De ser posible adjuntar prueba de la respuesta. En el caso de la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez la notificación de afiliación se realizó mediante correo electrónico del 23 de marzo de 2016 a las 15:30 horas, del correo electrónico acdac@acdac.org dirigido al correo electrónico paola.villota@lan.com; correo que corresponde a la doctora Paola Villota, quien se desempeñaba para entonces en el cargo de gerente de relaciones laborales de la empresa accionada; como tal, conocía de todas las novedades y solicitudes sobre los afiliados de la Acdac. Posteriormente, el día siguiente hábil, 28 de marzo de 2016 a las 9:10 am, se radicó escrito de información de afiliación en la oficina de la empresa accionada en Bogotá.

32. En cumplimiento del artículo 64 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional, se puso a disposición de las partes y de los terceros con interés, todas las pruebas recibidas, para que se pronunciaran sobre las mismas.

32.1. La Asociación Colombiana de Aviadores Civiles refutó la respuesta emitida por la Aeronáutica Civil y por LATAM Airlines Colombia S.A., en los siguientes términos.

i. (i) Frente a la intervención de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica civil, la Acdac manifestó que ésta “constituye un criterio parcializado y subjetivo”, desconociendo que los funcionarios del Estado, al dar un concepto técnico, deben ser objetivos, imparciales y sus determinaciones deben estar debidamente fundamentadas y respaldadas. De esta manera, lo preceptuado por la entidad es un juicio de valor subjetivo, que no está respaldado con prueba alguna puesto que “no hace un análisis de cada una de las razones esgrimidas por LATAM para terminar el contrato de la tutelante, que era la función para la cual había sido convocada” la entidad aeronáutica.

() En cuanto a la intervención de LATAM hizo varias observaciones de las cuales se relatan las más relevantes: (a) llamó la atención sobre la desproporción de hombres y mujeres en cargos de pilotos y copilotos, “...actualmente hay 98 pilotos de los cuales 93 son hombres y 5 mujeres, 76 copilotos de los cuales 72 son hombres y 4 mujeres”. (b) Resaltó que a partir del año 2013 no se han contratado mujeres, a pesar de que han sido evaluadas más de 60 aspirantes del sexo femenino, algunas de las cuales aprobaron las pruebas impuestas por la empresa accionada pero no fueron tenidas en cuenta al momento de la contratación. (c) Señaló que la información sobre el número de estudiantes en la escuela de aviación fue parcializada puesto que solo se hizo sobre 1 de las 78 escuelas existentes en el país. (d) Reiteró que al momento de despedir a la accionante no se le respetó el debido proceso incumpliendo lo dispuesto en la convención colectiva y el laudo arbitral vigente, respecto de la segunda oportunidad de evaluación. (e) Por último, insistió en que a la accionante no se le otorgó la posibilidad de defensa en el proceso disciplinario iniciado en su contra y que finalizó con la terminación del contrato de trabajo.

. FUNDAMENTOS

A. A. COMPETENCIA

33. Esta Corte es competente para conocer de esta acción de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en virtud del Auto del 30 de agosto de 2016, expedido por la Sala de Selección de Tutelas Número Ocho de esta Corporación, que decidió someter a revisión las decisiones adoptadas por los jueces de instancia.

B. CUESTIONES PREVIAS -PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

a. a. Legitimación por activa:

34. La señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez, presentó acción de tutela a nombre propio, según lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política; por lo tanto, se encuentra legitimada para actuar como parte activa dentro del trámite de la tutela.

b. Legitimación por pasiva:

35. La legitimación por pasiva se refiere a la aptitud legal que tiene la persona contra la que se dirige la acción de tutela y quien está llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, cuando ésta resulte demostrada. El artículo 86 de la Constitución Política establece que la vulneración de derechos fundamentales puede provenir de una autoridad pública o de los particulares.

De acuerdo con el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra las acciones u omisiones de particulares, entre otros casos, en los siguientes: (i) “cuando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio

público de salud...” (Numeral 2); y (ii) “cuando la solicitud sea para tutelar a quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. Se presume la indefensión del menor que solicite la tutela” (Numeral 9).

Reiteradamente, la Corte Constitucional se ha pronunciado respecto de los conceptos de subordinación e indefensión. Así, ha precisado que la subordinación es la sujeción a la orden, mando o dominio de alguien, que se asimila a la potestad que, derivada de la ley o de una relación contractual entre las partes, conlleva una situación jurídica de dependencia. Ahora bien, en lo que respecta al estado de indefensión, la Corte la ha definido como la ausencia de opciones jurídicas o de hecho del particular que demanda por vía de tutela, para defenderse de una agresión injusta por parte del demandado.

Uno de los ejemplos más destacados en la jurisprudencia constitucional en relación con el concepto de subordinación es la relación entre empleado y empleador, teniendo en cuenta que, según el Código Sustantivo del Trabajo, precisamente uno de los elementos de la relación laboral es la subordinación.

En el caso que nos ocupa, está probado que existió una relación laboral entre la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez y LATAM Airlines Colombia, empresa a la cual se le atribuye la violación de los derechos fundamentales en discusión. Por lo tanto, la Sala encuentra acreditada la legitimación por pasiva de la compañía accionada en el presente asunto.

En cuanto a los vinculados por el juez de primera instancia, esto es, el Ministerio del Trabajo, el Ministerio de la Protección Social, la Aeronáutica Civil y la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles – Acdac, la Sala Tercera de Revisión considera que no se configura legitimidad pasiva teniendo en cuenta que entre la accionante y dichas entidades no existió relación laboral; y porque ninguna de las acusaciones planteadas en la demanda van

dirigidas a recriminar alguna actuación de dichas entidades, situación que hace improcedente el estudio del caso respecto de las autoridades públicas vinculadas.

c. Inmediatez:

36. El 23 de marzo de 2016, LATAM Airlines Colombia S.A. notificó a la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez sobre la terminación de su contrato laboral; como consecuencia de dicho despido, el 11 de abril del mismo año, la accionante interpuso acción de tutela. Transcurrido menos de un mes desde la fecha de la terminación unilateral del contrato hasta la fecha de presentación de la acción de tutela, la Sala Tercera de Revisión encuentra cumplido el requisito de inmediatez en el caso objeto de estudio.

d. Subsidiariedad:

37. El artículo 86 de la Constitución dispone que “[t]oda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”. Sin embargo, “[e]sta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

Por su parte, el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 prescribe que la procedencia de la acción de tutela deberá ser apreciada en concreto, considerando (a) su eficacia y (b) las circunstancias del accionante.

Recientemente, en la sentencia de unificación SU-355 de 2015, la Corte Constitucional unificó su jurisprudencia respecto del requisito de subsidiariedad, en este pronunciamiento la Corte concluyó que éste hace referencia a dos reglas: (i) regla de exclusión de procedencia y (ii) regla de procedencia transitoria.

Así, por regla general, (i) cuando el ciudadano cuenta con otros mecanismos de defensa judicial idóneos para resolver las cuestiones planteadas y no se configura un perjuicio irremediable, la acción de tutela es improcedente; (ii) cuando el accionante no cuenta con otros mecanismos judiciales idóneos y eficaces, las órdenes del juez de tutela son definitivas; y (iii) excepcionalmente, cuando el afectado dispone de otros mecanismos de defensa judicial idóneos y eficaces pero la actuación del juez es necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, el juez de tutela podrá dar órdenes transitorias que brinden protección al derecho fundamental hasta tanto el juez ordinario o la autoridad competente se pronuncie sobre las pretensiones. Lo anterior, sin perjuicio de que, en el análisis de casos concretos, el juez constitucional establezca las subreglas pertinentes acorde con la jurisprudencia constitucional.

38. En la presente acción de tutela, la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez planteó la vulneración de sus derechos fundamentales por cuanto la terminación unilateral del contrato: (i) se configuró con ocasión de su afiliación a la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles - en adelante Acdac-; (ii) no tuvo en cuenta disposiciones de la convención colectiva que le favorecían; (iii) pasó por alto su condición de salud al momento de notificarle la terminación del contrato; y (iv) obedeció a un acto de discriminación de género.

A juicio de la Sala Tercera de Revisión, la presente acción de tutela no es procedente para resolver los asuntos relacionados con los derechos sindicales y con la estabilidad laboral reforzada por el estado de salud de la accionante, teniendo en cuenta que la jurisdicción

laboral es el escenario propicio para ventilar dichos asuntos y considerando que la actuación del juez de tutela no es necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

39. Acorde con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Laboral “[l]a jurisdicción del trabajo está instituida para decidir los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente del contrato de trabajo. También conocerá de la ejecución de las obligaciones emanadas de la relación de trabajo; de los asuntos sobre fuero sindical de los trabajadores particulares y oficiales y del que corresponde a los empleados públicos”.

La terminación unilateral del contrato como consecuencia de la asociación sindical

39.1. Con relación a la terminación unilateral del contrato por persecución sindical, la Sala reitera lo dispuesto en la sentencia T-920 de 2002: “en principio, cuando los despidos se producen con justa causa, no cabe la protección del derecho de asociación sindical por la vía de la tutela, por cuanto para acreditar el ánimo persecutorio sería necesario desvirtuar la justa causa manifestada por el empleador como razón para el despido, materia que debe dilucidarse ante la justicia ordinaria laboral”. Sin embargo, la acción de tutela procederá si “en la conducta del empleador pueda apreciarse de manera manifiesta una maniobra orientada a perseguir a la organización sindical”.

Así las cosas, si bien existe prueba de la afiliación de la accionante a la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles – Acdac y la cercanía de la terminación unilateral del contrato luego de dicha afiliación, es debatible el hecho relacionado con el conocimiento de la empresa LATAM Airlines Colombia S.A. sobre la afiliación de la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez a dicha asociación. Además, existen inconsistencias en los hechos relatados por la accionante con relación a la persecución laboral como consecuencia de su afiliación a la Acdac, lo cual genera incertidumbre sobre la precisión de los hechos planteados en la acción de tutela. Finalmente, las pruebas que obran en el expediente no generan una duda

siquiera razonable respecto de la existencia de una política empresarial de persecución a los aviadores.

Atendiendo lo dispuesto en las sentencias T-367 de 2003 y SU-771 de 2014, la Sala considera que este asunto no denota una necesidad de protección iusfundamental, relacionado con la terminación unilateral del contrato de la accionante como consecuencia de su afiliación al sindicato, ni contiene una materia de manifiesta relevancia constitucional en cuanto al derecho de asociación sindical, que haga procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio.

Al respecto, es significativo recalcar que LATAM Airlines Colombia S.A. adjuntó una prueba demostrando que la recomendación de dar por terminado el contrato laboral de la accionante se adoptó el 15 de marzo de 2015, es decir, en una fecha anterior a la afiliación de la accionante a la asociación sindical -22 de marzo de 2016-. Además, tal como se vio en el punto anterior, existe la controversia legal sobre si la empresa accionada tuvo conocimiento de la afiliación de la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez a la asociación sindical antes de notificar a la accionante sobre la terminación del contrato. Por lo tanto, a juicio de la Sala de Revisión, el juez laboral es la autoridad competente e idónea para resolver la controversia legal planteada en este alegato.

39.3. En lo que respecta a la vulneración del derecho al trabajo con ocasión de la terminación unilateral del contrato pese a su condición de salud, reiteradamente la Corte Constitucional ha considerado que es competencia de la jurisdicción ordinaria laboral resolver los litigios que sobre justas causas de terminación unilateral del contrato se planteen al interior de una relación laboral. Varios han sido los pronunciamientos en los cuales se ha declarado la improcedencia de la acción de tutela cuando lo que se pretende es el reintegro laboral de personas a quienes se les terminó el contrato laboral pese a su estado de salud.

Un ejemplo de ello es lo dispuesto en la sentencia T-521 de 2016, en la cual, la Corte reiteró que por regla general la acción de tutela no es la vía judicial idónea para obtener pretensiones laborales, “dado que existe una jurisdicción especializada, que en los últimos años ha sido especialmente fortalecida con la implementación del sistema de oralidad introducido con la Ley 1149 de 2007”.

Entonces, contando la accionante con los mecanismos judiciales de defensa idóneos ante la jurisdicción ordinaria laboral con el fin de plantear las cuestiones mencionadas, corresponde a la Sala evaluar la necesidad de intervención del juez de tutela con el fin de evitar la consumación de un perjuicio irremediable, en tal caso, las órdenes serían transitorias.

40. Acorde con reiterada jurisprudencia constitucional para caracterizar el perjuicio irremediable se debe tener en cuenta (i) la inminencia del daño, es decir que se trate de una amenaza de un mal irreparable que está pronto a suceder, (ii) la gravedad, que implica que el daño o menoscabo material o moral del haber jurídico de la persona sea de gran intensidad, (iii) la urgencia, que exige la adopción de medidas prontas o inmediatas para conjurar la amenaza, y (iv) la impostergabilidad de la tutela, que exige la necesidad de recurrir al amparo como mecanismo expedito y necesario de protección de derechos fundamentales.

41. De las pruebas aportadas al proceso la Sala encuentra que:

i. (i) La señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez, de 43 años de edad, es madre de un joven de 18 años quien está validando 8º y 9º grado en el Instituto Ser Internacional, donde paga aproximadamente \$80.000 mensuales, resalta la accionante que el padre del joven no responde económicamente por él.

ii. (ii) Actualmente, la demandante y su hijo viven en la casa de los padres de la señora Ana

Margarita Mc Brown Vásquez, quienes responden por alojamiento, alimentación, servicios públicos y algunas terapias de la accionante.

iii. (iii) La señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez es propietaria de un apartamento en la ciudad de Bogotá D.C. puesto en venta por valor de \$330.000.000 y de una camioneta Dodge Journey 2013 puesta en venta por valor de \$55.000.000.

iv. (iv) Por otra parte, la accionante tiene un crédito con el Banco Caja Social por valor inicial de \$58.947.444 y otro con el Banco de Occidente por valor inicial de \$154.000.000.

v. (v) Como salida para sufragar sus gastos, se ha visto en la obligación de rifar sus joyas (anillo de diamante) y vender los electrodomésticos de su apartamento en Bogotá D.C.

vi. (vi) El hijo está afiliado en el sistema de seguridad social en salud como beneficiario del papá, sin embargo, la accionante no está afiliada a salud.

vii. (vii) Estuvo vinculada más de 8 años con la compañía accionada, su último salario correspondía a \$7.429.000, aproximadamente.

42. Visto lo anterior, la Sala Tercera de Revisión considera que en el asunto objeto de control no es necesaria la intervención del juez de tutela con el fin de evitar la configuración de un perjuicio irremediable. En efecto, de la demanda de tutela se desprende que el supuesto daño al que se enfrentaría la accionante con ocasión de la terminación unilateral del contrato del cual fue objeto sería no contar con los ingresos suficientes para sufragar su manutención y la de su hijo (mínimo vital) y no tener acceso a la seguridad social en salud, esto último necesario para atender sus diagnósticos.

A juicio de la Sala, actualmente la supuesta configuración del perjuicio no es inminente ni grave y, en consecuencia, no se requiere de la adopción de medidas urgentes e impostergables; pues si bien es cierto, por regla general, una persona despedida de su trabajo se enfrenta a una mengua en sus ingresos mensuales, la proximidad y gravedad del perjuicio en todos los casos no es la misma.

Continuando con el argumento, resulta relevante considerar que la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez no se encuentra en una condición de debilidad manifiesta que le impida acudir a la jurisdicción ordinaria laboral, es una persona de 43 años, profesional, con amplia experiencia y sin condiciones graves de salud que le permitan ejercer un oficio o una profesión. Además, en la actualidad, la familia de la accionante, solidariamente ha sumido los gastos principales de manutención de ella y de su hijo: alimentación, alojamiento, servicios públicos y hasta terapias médicas.

A propósito, si bien en la declaración juramentada rendida por el padre de la accionante él afirmó que: “en estos momentos con mis pocos ingresos derivados de mi pensión, he estado tratando de ayudarla a pagar sus obligaciones, pero mi dinero no es suficiente para poderle dar una ayuda completa (...)” de la relación de ingresos y gastos sustraída de las información suministrada por la accionante, no se puede concluir que el mínimo vital de ella, de su hijo y de sus padres puedan llegar a ser afectados.

42.1. A propósito, el juez de tutela no puede pasar por alto que la accionante posee un bien inmueble puesto en venta por el valor de \$330.000.0000 y una camioneta valorada en \$55.0000.0000, propiedades que pueden generar otra fuente de ingresos diferente a la de su salario y con lo cual podría sufragar sus deudas bancarias que ascienden a \$200.000.000, aproximadamente, así como correr con los gastos de manutención por el tiempo que esté cesante.

42.2. Por otra parte, según la declaración juramentada de la señora Irma Fanny América Vásquez, madre de la señora Ana Margarita Mc Brown, debido al lumbago padecido por su hija, tuvo que asistir a dos citas de acupuntura “pero no pudo continuar por su costo. Tocó recurrir a centros de medicina alternativa todo esto debido a los costos de los tratamientos de los centros especializado y no tener mi hija el sistema de seguridad social garantizado por

el estado a raíz del despido”.

Al respecto, la Sala considera que la ausencia de afiliación al sistema de seguridad social en salud es superable teniendo en cuenta que cualquier persona desempleada, que cumpla con los requisitos exigidos, puede ser afiliada al sistema subsidiado de seguridad social, sistema que tiene la obligación de prestar los servicios requeridos según órdenes médicas. En cuanto al hijo de la accionante, está probado que el padre lo tiene afiliado como beneficiario suyo en el sistema de seguridad social en salud.

42.3. Visto lo anterior, resulta evidente que la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez cuenta con otra clase de medidas que le permitirían evitar la configuración del perjuicio irremediable. Por una parte hacer efectiva su afiliación al sistema de seguridad social en salud en el régimen subsidiado y, por otra parte, buscar que los bienes de los cuales es propietaria le ofrezcan un ingreso para su manutención y para el pago de sus deudas.

43. Con todo, la Sala Tercera de Revisión concluye que existiendo otros mecanismos de defensa judicial idóneos para reclamar el reintegro laboral de la accionante y ante la ausencia de posible configuración de un perjuicio irremediable que haga necesaria la intervención del juez constitucional, es improcedente la acción de tutela para resolver las cuestiones como: (i) el despido como consecuencia de la afiliación a la Acdac; (ii) la terminación unilateral del contrato en desconocimiento de los beneficios dispuestos en la convención colectiva; y (iii) la terminación unilateral del contrato como consecuencia del estado de salud de la accionante.

Consideraciones especiales respecto de la procedencia de la acción de tutela por discriminación de género

44. La Sala Tercera de Revisión considera que el juez laboral tiene la competencia para conocer de asuntos de discriminación de género que conducen a despidos con o sin justa causa adicional. Tan es así, que por mandato constitucional, todos los jueces de la República tienen la obligación de atender los presupuestos no solo legales sino constitucionales. En estos términos, la jurisprudencia constitucional ha establecido que:

“los derechos constitucionales no es un asunto que haya sido reservado exclusivamente a la acción de tutela. En la medida en que la Constitución del 91 le impone a las autoridades de la República la obligación de proteger a todas las personas en sus derechos y libertades (C.P. art. 2º), se debe entender que los diversos mecanismos judiciales de defensa previstos en la ley han sido estatuidos para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales, incluidos los de carácter fundamental. De ahí que la propia Carta le haya reconocido a la tutela un carácter subsidiario frente a los demás medios de defensa judicial, los cuales se constituyen entonces en los instrumentos preferentes a los que deben acudir las personas para lograr la protección de sus derechos”.

Adicionalmente, la legislación nacional prevé mecanismos judiciales idóneos para ventilar asuntos de discriminación, en el ámbito penal, por ejemplo, se cuenta con el mecanismo legal antidiscriminación que impone sanciones penales a quienes segreguen por causa del sexo o de la opción sexual de una persona. Asimismo, en el ámbito de las relaciones laborales, los ciudadanos cuentan con la opción de demandar por acoso laboral tal como lo establece la Ley 1010 de 2006.

45. Sin embargo, en reiterada jurisprudencia constitucional la Corte ha establecido que el interés jurídico protegido por las acciones mencionadas no es el mismo que se persigue a través de la acción de tutela, la cual se centra en el restablecimiento de afectaciones de carácter iusfundamental. Así, ha dicho la jurisprudencia que “no por ello la acción de tutela resulta desplazada como medio de protección, teniendo en cuenta que no siempre es posible que se predique la existencia de un delito por hechos relacionados con la vulneración de esos

derechos, pero sí que pueda consolidarse una lesión de los mismos sin que la conducta pueda adecuarse a un tipo penal determinado”.

En este sentido, la Ley 1010 de 2006, por ejemplo, contempla medidas exclusivamente sancionatorias (artículo 10), las cuales distan de lo pretendido por la actora mediante la acción de tutela. En consecuencia, las medidas preventivas y correctivas de que trata dicha ley no son mecanismos judiciales de protección de los derechos fundamentales del trabajador; por el contrario, se trata de instrumentos de carácter administrativo.

Además, resulta relevante el planteamiento presentado por la Defensoría del Pueblo respecto de la situación de las mujeres en la aviación comercial, puesto que de dicha intervención se desprende información importante en cuanto a la poca participación de la mujer en ese ámbito profesional. Información que le permitirá a la Corte pronunciarse sobre un asunto de altísima relevancia constitucional como lo es la protección del derecho al debido proceso como mecanismo de efectiva garantía de la mujer despedida de un cargo tradicionalmente ocupado por hombres.

Todo lo anterior, permite a la Corte Constitucional pronunciarse de fondo acerca de la presunta vulneración del derecho a la igualdad.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO, MÉTODO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

50. 50. Acorde con los fundamentos fácticos expuestos anteriormente, le corresponde a la Sala Tercera de Revisión resolver los siguientes problemas jurídicos:

50.1. ¿Vulneró LATAM Airlines Colombia S.A. el derecho a la igualdad de la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez, quién según afirma fue discriminada en razón de su género al ser objeto de acoso laboral durante un examen de ascenso en el cual fue calificada insatisfactoriamente, causando la terminación unilateral del contrato laboral por parte de la compañía accionada?

Con el fin de resolver este problema jurídico, en primer lugar, la Sala reiterará la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la igualdad en su faceta de prohibición de discriminación. Además, la Sala explicará cómo el acoso laboral es una forma de discriminación de género. Posteriormente, hará una breve síntesis de las principales sentencias que sobre discriminación de género ha proferido la Corte Constitucional. Para, finalmente, resolver el problema jurídico planteado.

50.2. ¿Vulneró LATAM Airlines Colombia S.A. el derecho al debido proceso de la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez, como consecuencia de la terminación unilateral del contrato laboral, pretermitiendo la diligencia de descargos a la cual fue citada la accionante pero que no fue llevada a cabo?

Para tal fin, la Sala reiterará la jurisprudencia constitucional respecto de la protección al derecho fundamental al debido proceso en el ámbito laboral. Luego, hará una breve síntesis de la normatividad nacional e internacional que tiene como objetivo erradicar la inequidad laboral generada, entre otras cosas, por estereotipos de género en el trabajo. Adicionalmente, la Sala expondrá las condiciones de inequidad que se presentan en los cargos de pilotos y copilotos, con relación a las mujeres, en la aviación comercial. Finalmente, con dichas herramientas, la Sala Tercera de Revisión se ocupará de resolver el segundo problema jurídico planteado, enfatizando en la garantía del debido proceso como mecanismo de efectividad de la igualdad de género en el ámbito laboral.

F. El derecho a la igualdad en su faceta de prohibición de discriminación en razón del género.
Reiteración de jurisprudencia

51. El artículo 13 de la Constitución reconoce que “[t]odas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”.

En efecto, la jurisprudencia de esta Corte ha dicho que de la cláusula de protección del artículo 13 de la Constitución se derivan varios elementos, a saber:

Para efectos de resolver el primer problema jurídico planteado, esta consideración se centrará en caracterizar la vulneración del derecho a la igualdad en cuanto a la prohibición de discriminación por razones del sexo o género.

52. En este sentido, el artículo 43 de la Carta dispone igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres; así mismo, establece la prohibición de discriminación contra la mujer, citando dicho artículo “La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación”. En tal virtud, la Corte Constitucional ha establecido que la utilización del género como categoría de distinción es, en principio, sospechosa y, por ende, muy probablemente contraria a los presupuestos constitucionales.

53. En la sentencia T-691 de 2012, la Corte Constitucional consideró que si bien no es función del juez constitucional establecer definiciones a los conceptos jurídicos, “si lo es hacer explícita la manera como los usa en los razonamientos que resuelven los casos que son sometidos a su consideración”. Aclarado ello, reiteró lo dispuesto en la sentencia T-098 de 1994, en la cual la Corte indicó que un acto discriminatorio “[...] es la conducta, actitud o trato que pretende – consciente o inconscientemente – anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas, con frecuencia apelando a preconcepciones o prejuicios sociales o personales, y que trae como resultado la violación de sus derechos fundamentales”.

54. A nivel internacional, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, establece que es un deber de los países firmantes proteger los estos derechos de toda la población “sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

En cuanto a la discriminación contra la mujer, el artículo 1º de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) define esta clase de discriminación como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas, económicas, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

55. Así las cosas, el acto discriminatorio es relevante en la medida en que afecte la dignidad humana, con base en razones fundadas en prejuicios, preconceptos, usualmente asociados a criterios sospechosos de discriminación como raza, sexo, origen familiar o nacional o religión, por ejemplo. En tal sentido, el mandato de no discriminación no es sólo exigible a la

legislación colombiana, sino a “cualquier actuación que lleven a cabo los sujetos que en virtud de su situación o autoridad tengan la posibilidad de afectar los derechos fundamentales, en cuyo actuar debe ser palpable la aplicación del principio de igualdad en todas las relaciones que establezcan con los individuos”.

56. En desarrollo de lo anterior, para la Corte Constitucional uno de los retos más complejos que plantea la protección frente a los actos de discriminación, es su prueba. Al respecto, esta Corte ha establecido que el sujeto pasivo de la discriminación debe demostrar sumariamente “(i) que la persona se asocia o hace parte de un grupo históricamente discriminado; (ii) que en una situación similar, otras personas que no son del grupo sospechoso no han recibido el mismo trato frente a la misma situación; y (iii) que el trato diferenciador haya ocasionado daño o permanezca en el tiempo”.

Sin embargo, reconociendo que quien sufre una discriminación afronta una dificultad especial para la demostración de la ocurrencia de la conducta, porque si bien puede resultar clara la ocurrencia de una determinada circunstancia –como un despido, por ejemplo-, lo más relevante para el asunto se encuentra en las motivaciones que inspiraron al supuesto autor a adoptar ciertas conductas o tomar determinadas decisiones, que en la mayor parte de los casos permanecen veladas u ocultas tanto para la víctima, como para el juez que analiza el caso. Por esta circunstancia, la jurisprudencia ha establecido que “aunque la prueba de los actos discriminatorios no es del todo imposible, en determinados eventos es la persona de quien se alega la ejecución de tal acto la que debe desvirtuarlo, aunque ello no obsta para que el afectado pueda aportar las pruebas con las que cuente, que le permitan acreditar su acusación”.

La posibilidad de invertir la carga de la prueba en situaciones de actos de discriminación desarrolla el derecho fundamental a la prueba y se explica por el criterio según el cual a quien le resulte más fácil probar un hecho deberá hacerlo. En este sentido ha dicho la jurisprudencia que “es necesario que sea la parte privilegiada y fuerte de la relación, por su fácil acceso a los materiales probatorios en cuestión, quien debe asumir dicha carga

procesal. Por tal razón, en materia de tutela, la regla no es ‘el que alega prueba’, sino ‘el que puede probar debe probar’, lo cual redistribuye la carga probatoria en beneficio de la protección de los derechos”, lo que en el escenario de los actos de discriminación significa que quien está acusado de discriminar está en una posición favorecida frente al de la víctima, en especial porque fue quien estuvo en control de los antecedentes del hecho, resultándole más sencillo acreditar la corrección de sus actos para desvirtuar la acusación.

El acoso laboral como forma de discriminación de género

57. La Ley 1010 de 2006 establece, en términos generales, una variedad de medidas tendientes a “prevenir, corregir y sancionar las diversas formas de agresión, maltrato, vejámenes, trato desconsiderado y ofensivo y en general todo ultraje sobre la dignidad humana que se ejerce sobre quienes realizan su actividad económica en el contexto de una relación laboral privada o pública o de un contrato de prestación de servicios personales”.

Según expone dicha regulación, los bienes jurídicos que se persigue proteger mediante la consagración de dichas medidas son principalmente: el trabajo en condiciones dignas y justas, la dignidad humana, la libertad, la intimidad, la honra y la salud mental de los trabajadores, empleados y contratistas, la armonía entre quienes comparten el mismo ambiente laboral y el buen ambiente de la empresa.

Dentro de las motivaciones que tuvo en cuenta el Legislador para proferir dicha regulación se evidencia que hasta hace poco el acoso sexual era la única forma de acoso en el trabajo; sin embargo, ésta no es la única ni la más usual, puesto que dicho hostigamiento puede darse por comportamientos como: las insinuaciones, las alusiones malintencionadas, la mentira, las humillaciones, las agresiones físicas y verbales, la humillación y descalificación pública, las amenazas delante de terceros, el entorpecimiento de las labores, las discriminaciones, la inequidad laboral, la asignación de labores con indignidad, todas aquellas, desplegadas con el propósito de intimidar, angustiar, desmotivar y aburrir a la víctima hasta llevarla a la

renuncia.

El artículo 2° de la Ley 1010 de 2006, ofrece la siguiente definición de acoso laboral: “...se entenderá por acoso laboral toda conducta persistente y demostrable, ejercida sobre un empleado, trabajador por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo”.

A su vez, esta disposición contiene una clasificación de los tipos de acoso laboral con definiciones particulares para cada uno de ellos. Así, la ley contempla seis modalidades que se enmarcan dentro de los hostigamientos en el lugar de trabajo, a saber: (i) maltrato laboral, entendido como cualquier acto de violencia contra la integridad física o moral, o la libertad sexual, que lesione los derechos a la intimidad y al buen nombre; (ii) persecución laboral, la cual se configura con la ocurrencia reiterada de conductas arbitrarias, que permita inferir el propósito de inducir la renuncia del trabajador; (iii) discriminación laboral, definida como aquel trato diferenciado en razón de los criterios prohibidos expresamente en el artículo 13 de la Constitución Política, esto es, por razones de raza, género, origen familiar o nacional, religión, opinión política y filosófica; (iv) entorpecimiento laboral, que se presenta al obstaculizar el cumplimiento de las labores asignadas, retardarlas o hacerlas más gravosas; (v) inequidad laboral, definida como la “asignación de funciones a menosprecio del trabajador”; (vi) desprotección laboral, que tiene lugar mediante aquellas conductas tendentes a poner en riesgo la integridad y la seguridad del trabajador al llevarlo a cumplir órdenes, sin el cumplimiento de los requisitos mínimos de protección y seguridad.

58. En la sentencia C-780 de 2007, la Corte Constitucional determinó que “los hostigamientos que se pretendan hacer valer como conductas constitutivas de acoso laboral ocurridas en privado deben ser acreditadas, al igual que deben serlo las que han tenido lugar frente a terceros, sin que la carga argumentativa adicional que debe soportar el primero, resulte

desproporcionada si se analiza a la luz de las diferencias existentes entre una y otra circunstancia frente a su potencial vulnerador de los derechos fundamentales que busca proteger la normatividad en su conjunto”.

59. En el ámbito académico, Leymann, uno de los precursores en la materia, explica el acoso laboral, matoneo, “mobbing” o “bullying” como “una situación en la que una persona (o en raras ocasiones un grupo de personas) ejercen una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente (como media una vez por semana) y durante un tiempo prolongado (como media unos seis meses) sobre otra persona o personas en el lugar de trabajo con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, acabar su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr finalmente que esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo”.

De tal suerte que, según los estudios de Leymann, los comportamientos que pueden constituir acoso laboral son, entre otros, los siguientes: ataques verbales, insultos, ridiculización, críticas injustificadas, desacreditación profesional, amenazas constantes de despido, sobrecarga de trabajo, aislamiento social, falsos rumores, acoso sexual, no tener en cuenta problemas físicos o de salud del trabajador y hasta agresiones físicas. Las víctimas, a su vez, suelen sufrir, entre otros síntomas, los siguientes: trastornos de sueño, dolores, síntomas psicosomáticos del estrés, pérdida de memoria, crisis nerviosa, síndrome de fatiga crónica, depresión y afectación de las relaciones familiares.

60. En el derecho comparado, los jueces laborales de España, siguiendo la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional en materia de respeto por la dignidad del trabajador, han examinado en sus sentencias las características y efectos que produce esta variedad de acoso en el trabajador. Así pues, partiendo de la jurisprudencia constitucional sobre integridad moral, entendida ésta como una manifestación directa de la dignidad humana, comprensiva tanto de las facetas de la personalidad como aquellas “de la identidad individual, el equilibrio psicológico, la autoestima o el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano”, los jueces ordinarios han creado unas líneas jurisprudenciales que pueden

ser consideradas como criterio auxiliar de interpretación en el presente asunto.

En tal sentido, los jueces han entendido que el acoso laboral (i) constituye un atentado contra la integridad moral de las personas a quienes se someten a tratos degradantes, y por ende, configura una violación a la Constitución; (ii) se presenta cuando una persona se ve sometida por otra u otras en su lugar de trabajo a un conjunto de comportamientos hostiles; (iii) comprende diversas formas de maltrato físico o verbal que recibe el trabajador, de forma deliberada, por sus superiores o compañeros, lo cual conduce a su aniquilamiento psicológico, y en últimas, conlleva a su salida de la empresa u organización; (iv) los comportamientos hostiles deben ser examinados en conjunto, pues tomados aisladamente pueden parecer anodinos; (v) normalmente, la parte hostigadora cuenta con todos los recursos, por encontrarse en una posición de superioridad jerárquica; y (vi) no se trata de un simple conflicto laboral, inevitable en cualquier organización, sino de una práctica que causa perjuicios psíquicos y físicos al agredido, usualmente bajo la forma de estrés laboral. Así las cosas, en el acoso laboral suelen encontrarse presentes los siguientes elementos: a. Asimetría de las partes. b. Intención de dañar. c. Causación de un daño. d. Carácter deliberado, complejo, continuo y sistemático de la agresión.

61. En síntesis, cuando el juez constitucional verifica la configuración de acoso laboral contra una trabajadora por su condición de mujer, tiene el deber de proteger el derecho a no ser discriminada en razón a su género y adoptar las medidas que mejor garanticen el ejercicio de tal derecho. Dichas prácticas inconstitucionales, pueden presentarse tanto en el sector público como en el privado, y se ven reflejadas en comportamientos recurrentes y sistemáticos que se ejercen contra un trabajador a través de actos de violencia psicológica, que incluso pueden llegar a ser físicos, encaminados a acabar con su reputación profesional o autoestima, agresiones que pueden generar enfermedades profesionales, en especial, “estrés laboral”, y que en muchos casos inducen al trabajador a renunciar, o a provocar un despido, como último acto de la cadena de acoso.

62. Desde sus primeras providencias, la Corte Constitucional ha protegido a las personas de los actos discriminatorios en razón del género. Una de las primeras sentencias de este tipo es la T-098 de 1994, reiterada en múltiples ocasiones por los jueces constitucionales.

62.1. En la sentencia mencionada, la Corte se ocupó de un asunto en el cual a una mujer le impedían afiliar a su esposo a los servicios médico-asistenciales que presta la entidad accionada, teniendo en cuenta que en los estatutos de la entidad estaba establecido que el “sexo femenino no podía afiliar a sus esposos para disfrutar del servicio de asistencia social; pero esta afiliación sí puede ser solicitada por los varones para sus esposas o compañeras permanentes”. El caso le permitió a la Corte Constitucional pronunciarse, entre otras cosas, acerca del derecho a la igualdad y a la no discriminación, determinando que, cuando el juez constitucional se encuentra ante un acto de trato diferente por razón del sexo, debe determinar si dicha diferenciación tiene una justificación objetiva y razonable. Una vez aplicado el test, se concluyó la vulneración del derecho a la no discriminación por razón del sexo, ordenando la afiliación del esposo de la accionante como beneficiario de los servicios de salud.

62.2. Posteriormente, en la sentencia T-326 de 1995, la Corte conoció una acción de tutela interpuesta por una mujer en la cual alegaba que pese a ser la mejor calificada en un concurso realizado por la entidad accionada, no fue contratada argumentando que debería ser un hombre el que debía ocupar el puesto. En esta providencia, la Corte Constitucional reconoció que “el mundo del trabajo es especialmente propicio a la discriminación de la mujer y que, dentro de ese ámbito laboral, el primer y más difícil escollo suele presentarse en el momento de acceder a un puesto”. En esta oportunidad si bien la Corte no logró establecer que para la selección de las personas contratadas se haya utilizado el sexo como criterio para privilegiar la situación de los hombres frente a las mujeres aspirantes; sí logró advertir ciertos aspectos que, a juicio de la Corte, desconocieron criterios de transparencia del concurso, al no haber nombrado a la accionante, quien ocupó el primer puesto en dicho concurso. Lo anterior, permitió conceder el amparo solicitado por la accionante y ordenar su

nombramiento inmediato.

62.3. Un asunto novedoso de género conoció la Corte al proferir la sentencia T-026 de 1996, en esta oportunidad, fue un hombre quien interpuso acción de tutela alegando haber sido despedido del cargo que ocupaba y que consistía en labores de limpieza, con el argumento de que dichas funciones sólo podrían ser realizadas por una mujer. En esta ocasión, la Corte se pronunció sobre asuntos relevantes, tales como: (i) la tensión entre el derecho a la no discriminación en razón del sexo y a la libertad de empresa; (ii) para lo cual estableció ciertos criterios para distinguir los ámbitos o sectores profesionales excluidos de la igualdad de trato entre hombres y mujeres; (iii) concluyendo que, en el caso concreto no existía “la vinculación necesaria y objetiva entre el sexo del trabajador y el cumplimiento del trabajo”, por lo cual concedió el amparo solicitado.

62.4. Continuando con la línea expuesta en el fallo anterior, en la sentencia T-247 de 2010, la Corte concedió el amparo a una mujer quien alegó haber sido despedida de su trabajo porque el cargo de vigilante que ocupaba debía ser ejercido por hombres; la Sala no encontró criterios objetivos y razonables que justificaran la decisión de terminar unilateral el contrato y ordenó a la empresa acusada (ECOPETROL) evaluar las capacidades de la candidata para ejercer el trabajo, sin descartarla únicamente por tratarse de una mujer y no de un hombre. Como aporte adicional, la Sala consideró que aspectos como la inteligencia, la capacitación, la experiencia o la habilidad podrían ser criterios de diferenciación válidos por cuanto tienen relación directa “con las posibilidades que tiene la persona para aportar en un entorno determinado, sea este académico, laboral, judicial, electoral, etc”, lo cual dista de ser una discriminación en virtud del sexo o del género. De lo anterior, es importante resaltar que los tratos diferenciados razonables y proporcionados constitucionalmente no son actos discriminatorios.

62.5. En la sentencia T-322 de 2002, la Corte resolvió la acción de tutela presentada por dos mujeres contra la Asociación de Ganaderos de San Martín, en la cual argumentaban que no

fueron vinculadas como vacunadoras, por su condición de mujer, no obstante haber cumpliendo los requisitos y superando las pruebas exigidas para tal fin. En dicho pronunciamiento la Corte dijo:

“En torno de este asunto es oportuno previamente señalar que para la Sala resulta claro, que la discrecionalidad del empleador privado en la selección de sus trabajadores no es absoluta, pues necesariamente la misma debe ejercerse de conformidad con las disposiciones constitucionales y no basta, por ejemplo, la sola condición femenina para negar el ingreso de una mujer a determinado trabajo, pues deben ser los méritos propios y específicos de cada quien, los que determinen su ingreso o no; tampoco se puede que buscando favorecer a la mujer y con un criterio exclusivo y eminentemente paternalista se asegure su designación, no con base en sus capacidades y méritos personales -como debe ser- sino exclusivamente por razón de sexo, pues esto a su vez resulta también discriminatorio”.

Así las cosas, este tribunal estableció que: (i) no había evidencia que permitiera afirmar que las accionantes hubiesen recibido menores oportunidades laborales que las que sus capacidades productivas justificarían, ni aparecía demostrado que fuese la calidad de mujer, lo que en últimas llevó a que se eligiera a otras personas; y (ii) no encontró acreditada la falta de justificación objetiva y razonable en la conducta de la asociación demandada, ni evidenció plenamente demostrado que su actuación haya sido injusta o arbitraria. En conclusión, en ese caso la Corte negó la protección solicitada argumentando que:

“no hay prueba de que se presenta una discriminación real contra las actoras, pues de acuerdo con el juicio de proporcionalidad y razonabilidad, las personas elegidas para un cargo deben cumplir con los méritos necesarios para acceder al mismo, y no se pueden sacrificar criterios de calidad, idoneidad y experiencia para favorecer a determinada persona, por el mero hecho de ser mujer, cuando existan hombres al parecer mejor calificados para ello.

El acceso a los cargos, no puede hacerse en beneficio de personas que no cumplen las calidades, que no tienen las condiciones, ni capacidades o que carecen de la idoneidad para ejercer el cargo específico; pues si se trata de proveer cargos, las mujeres que resulten elegidas tienen que reunir los requisitos y méritos necesarios para desempeñarse en los empleos en cuestión; exigencia que claro está también se predica de los hombres”.

62.6. Recientemente, en la sentencia T-143 de 2016, la Corte Constitucional reiteró que “están prohibidas las discriminaciones, pues en ellas hay implícito un trato distinto no justificado, que arroja consecuencias adversas para los sujetos afectados por las normas que las crean, sin que sus calidades y condiciones los obliguen a soportar tal desprotección”.

63. En síntesis, la discriminación en razón del género se configura cuando el acto acusado de discriminador: (i) produce un efectivo trato desigual en contra de una persona o colectividad; (ii) está fundado en criterios considerados como sospechosos (sexo, género, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, orientación sexual), y (iii) no está justificada de manera razonable y proporcionada. En este sentido, el acoso laboral puede llegar a configurar discriminación de género, cuando se compruebe que las conductas que originaron el acoso, se produjeron con ocasión de la condición sexual del empleado.

G. Caso concreto: La terminación unilateral del contrato de la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez efectuado por LATAM Airlines Colombia S.A., no obedeció a una conducta discriminatoria por razón del género.

64. En el literal E de las consideraciones de esta providencia, la Sala Tercera de Revisión se planteó el siguiente problema jurídico ¿Vulneró LATAM Airlines Colombia S.A. el derecho a la igualdad de la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez, quién según afirma fue discriminada

en razón de su género al ser objeto de acoso laboral durante un examen de ascenso en el cual fue calificada insatisfactoriamente, causando la terminación unilateral del contrato laboral por parte de la compañía accionada?

Como introducción el análisis del caso concreto, la Sala encuentra que según las pruebas que reposan en el expediente, la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez tuvo una vinculación laboral con la accionada de más de 8 años. Considerando su experiencia laboral, el 19 de noviembre de 2015, la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez fue notificada sobre la posibilidad que le ofrecía la empresa accionada para iniciar un proceso de ascenso al cargo de comandante de la flota A320, postulación que la accionante aceptó.

El curso constaba de cuatro fases, la fase en tierra y en simulador las finalizó con resultados satisfactorios; sin embargo, en la fase 3 fue calificada “fuera de estándar” en dos ocasiones: el 11 de marzo de 2016 por “calificación insatisfactoria en AIO terminando fase 3 y segundo incompleto en EIO no puede continuar con fase 4”, y el 14 de marzo de 2016 por “calificación insatisfactoria en Line Check proceso “fuera de estándar””; situación que le impidió pasar a la fase 4.

En virtud de las bajas calificaciones, el 15 de marzo de 2016, se llevó a cabo un Comité “fuera de estándar”. En dicho Comité se evaluó el desempeño de la señora Ana Margarita MC Brown Vásquez desde el 2 de noviembre de 2007 hasta el 14 de marzo de 2016, concluyendo que se debería dar por terminado el contrato de trabajo con la accionante; decisión que le fue notificada a ella el 23 de marzo de 2016.

Acorde con las pruebas que reposan en el expediente y con base en las consideraciones hasta aquí expuestas, procede la Sala a verificar si la terminación unilateral del contrato efectuado por la empresa accionada fue consecuencia de un acto discriminatorio en contra de la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez por su condición de mujer.

65. Según lo expuesto en la acción de tutela, las conductas discriminatorias en su contra se produjeron el 14 de marzo de 2016, fecha en la cual la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez fue calificada insatisfactoriamente por el Capitán Andrés Corso, quien fungió como chequeador de la ruta asignada a la accionante; lo cual, posteriormente, produjo su terminación unilateral del contrato.

Acorde con lo expuesto en la acción de tutela, en dicho vuelo ella fue “víctima de numerosas interrupciones y desafíos, por parte del capitán Corso, quien cumplía la instrucción del capitán Ospina, que pretendía materializar la intención de afectar mi ánimo y concentración, con el fin de poner en duda mi idoneidad profesional y mi estabilidad laboral, con la seria posibilidad de dar por terminado mi contrato de trabajo, en un acto de discriminación por mi condición de género y sindical”.

Algunos de los actos relevantes que, según la accionante, constituyeron acoso por su condición de mujer, fueron: (i) frases hostigadoras como “en ese momento no va eso”, “donde va la mano!!!!”, “...está segura, de que esas son?”, “...es que le da miedo?”; (ii) actos intimidantes como tomarle la mano para reafirmarle los movimientos; y (iii) generar un ambiente de tensión puesto que para la accionante dicho vuelo sería una oportunidad para afianzar sus conocimientos, situación que fue confirmada en la fase de rodaje cuando el capitán le informó que no le efectuaría ninguna calificación en la carpeta; sin embargo, posteriormente el mismo capitán le manifestó que le haría una calificación Line Check puesto que había recibido la orden de anotar “de manera estricta cualquier mínimo error”.

66. Por su parte, la empresa accionada aseguró que no existió ningún tipo de discriminación. Como prueba de su afirmación expuso (i) que la empresa cuenta con 1518 trabajadores, de los cuales 787 son mujeres y 731 son hombres; además, (ii) que la accionante no aportó prueba alguna de sus afirmaciones; y considerando que (iii) pese a las equivocaciones de la

demandante en el curso de ascenso, la empresa le brindó varias oportunidades con el fin de que superara las pruebas establecidas en la compañía para recobrar la autonomía de vuelo, sin embargo, la actora no logró cumplir con los estándares establecidos.

Adicionalmente, si bien la empresa manifestó que de diciembre de 2015 a diciembre de 2016 la única persona que no aprobó la instrucción fue la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez; adjuntó una comunicación de terminación de contrato laboral a un piloto hombre, emitida el 04 de septiembre de 2014, en la cual se argumenta como justa causa la terminación unilateral del contrato la calificación insatisfactoria obtenida al término de la fase 4 del curso de ascenso.

67. Visto lo anterior, es evidente que éste no es un asunto de incuestionable trato diferente de una persona por su condición de mujer, a diferencia de los casos que ha conocido la Corte Constitucional cuando de manera directa se impide el acceso de una mujer a un cargo por su sexo, o cuando se retira del empleo argumentando que su condición de mujer no es propicia para ejercer el cargo (asuntos expuestos en las consideraciones de esta providencia). Así las cosas, la Corte, con las pruebas que reposan en el expediente, deberá establecer si la accionante fue objeto de discriminación como consecuencia del acoso laboral del cual dijo haber sido objeto y que generó su bajo rendimiento en las pruebas presentadas el 14 de marzo de 2016.

68. Previo al análisis de configuración o no de las conductas discriminatorias expuestas por la accionante, es importante resaltar que la señora Ana Margarita Mc Brown hace parte de un grupo históricamente discriminado. De manera amplia y precisa, en la sentencia C-371 de 2000, la Corte se refirió a la situación histórica de discriminación de la mujer, advirtiendo, entre otras cosas, que “No hay duda alguna de que la mujer ha padecido históricamente una situación de desventaja que se ha extendido a todos los ámbitos de la sociedad y especialmente a la familia, a la educación y al trabajo. Aun cuando hoy, por los menos formalmente, se reconoce igualdad entre hombres y mujeres, no se puede desconocer que para ello las mujeres han tenido que recorrer un largo camino”. En virtud de ello, en diferentes oportunidades la jurisprudencia constitucional ha considerado que la protección de

la mujer en el ámbito laboral es necesaria en razón a que en dicho escenario ha sido históricamente discriminada.

69. Con base en las consideraciones expuestas sobre el acoso laboral y cómo éste puede desencadenar en una discriminación de género, la Sala considera que con las pruebas que obran en el expediente, no es posible señalar que se configuró acoso laboral en el presente asunto. Lo anterior, no descarta la posibilidad de que la señora Ana Margarita Mc Brown inicie un proceso laboral en el que, con el despliegue probatorio necesario y pertinente, se llegue a una decisión diferente a la aquí establecida.

69.1. Lo primero que debe considerar la Corte es que en este asunto no existe un parámetro de comparación en cuanto a la diferencia de trato. Según lo expuesto por la accionante, la terminación unilateral del contrato de trabajo tiene un nexo causal con los actos de acoso que su calificador efectuó en la última evaluación de la cual fue objeto en el curso de ascenso, al ser la accionante la única alumna calificada en esa ocasión, 14 de marzo de 2016, prima facie, no es posible determinar que en una situación similar, otras personas, del género diferente al de la accionante, hayan recibido un trato disímil frente a la misma situación. Más aún cuando la accionante no hace referencia a un escenario de trato diferente respecto de los hombres evaluados en cursos de ascenso a piloto en la empresa accionada.

Ahora bien, la ausencia de parámetro de comparación no es suficiente para descartar los actos de discriminación en el ámbito laboral, pues como se advirtió en las consideraciones precedentes, en la mayoría de los casos donde se alega discriminación, resulta probatoriamente difícil demostrar el trato desigual. Además, en asuntos de acoso laboral, por ejemplo, no necesariamente existe parámetro de comparación. Por lo tanto, es deber del juez constitucional analizar cada uno de los argumentos expuestos por la persona que se considere discriminada, con el fin de descartar la presencia de actos discriminatorios que desemboquen en la terminación unilateral del contrato del empleado.

69.2. Expuesto lo anterior, la Sala evidencia que los actos señalados por la accionante como discriminatorios, concretados el 14 de marzo de 2016, y que produjeron la terminación de su contrato, no tienen un contenido relacionado con su género. En otras palabras, a juicio de la Sala, ninguno de los episodios señalados por la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez como discriminatorios están relacionados con el hecho de ser mujer. De esta manera, las interrupciones y desafíos por parte del capitán que la evaluó, los cuales pretendían, según ella, afectar su ánimo y concentración y con ello poner en duda su idoneidad profesional y su estabilidad laboral, no implican, per se, discriminación alguna.

69.3. Tampoco encuentra la Sala de qué manera exteriorizar frases como “en ese momento no va eso”, “donde va la mano!!!!”, “...está segura, de que esas son?” y “...es que le da miedo?”, pueden llegar a considerarse, en este caso concreto, acoso laboral, si se tiene en cuenta que ninguno de ellos está emitido en un escenario relacionado con el género de la accionante. Al respecto, de los hechos expuestos por la demandante en la acción de tutela, acontecidos el 14 de marzo de 2016, no se hace referencia alguna a comentarios sexistas de parte del evaluador, o uso de lenguaje discriminatorio tendiente a generar un ambiente propicio para calificar insatisfactoriamente a la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez. Así las cosas, se debe enfatizar en que tales frases no constituyen acoso laboral en la medida en que (i) no responden a una conducta recurrente y sistemáticas del evaluador o de otras personas dentro de la entidad accionada; y (ii) dentro del contexto en el cual se expresaron, no se evidencia un carácter o connotación discriminatoria.

69.4. En lo relativo al hecho de tomarle la mano para reafirmar los movimientos, si bien podría llegar a catalogarse como una conducta inapropiada e intimidante, a juicio de la Sala, en este asunto no es un indicio suficiente para demostrar el acoso laboral. Al respecto, es importante considerar la anotación realizada por el instructor en el formato de calificación del 14 de marzo de 2016, en el cual, se dejó constancia de que fue necesario corregir el “procedimiento de despegue para no descuidar los thrust levers y mantener la mano en ellos cuando el despegue lo efectúa el CM2, también debe estar atenta a retirar la mano de los thrust levers posterior al VI”, posteriormente, el evaluador expuso que la accionante

“seleccionó los thrust levers a CLB detent durante un rodaje, fue necesaria la intervención física del instructor en los thrust levers”. Por lo tanto, al igual que lo concluido en la alegación precedente (69.3.), en este caso concreto, no encuentra la Sala configurado el acoso manifestado por la accionante, al no tratarse de una situación recurrente y sistemática.

69.5. En cuanto al ambiente de tensión generado por la sorpresiva noticia de que en el vuelo del 14 de marzo de 2016 le sería realizada una calificación Line Check, más allá de la información extra oficial que dijo la accionante haber recibido, la Sala encuentra que dicha calificación sí era por ella previsible. Según consta en el formulario piloto “fuera de estándar” del 11 de marzo de 2016, firmado por la accionante, como consecuencia de su baja calificación sería sometida a un plan de reinstrucción consistente en “reentrenamiento en el avión con 4 trayectos”, con la anotación de que se debería completar “registro de Line Check”; así las cosas, a partir de esa fecha era previsible que la accionante fuese calificada bajo tal modalidad.

Adicionalmente, en el formato Line Check del 14 de marzo de 2016 el instructor dejó la siguiente constancia: “se efectuó Line Check a solicitud de la gerencia de la flota por tener un proceso bajo estándar durante su EIO. No está lista para continuar a fase 4 y volar como primer oficial”. Comentario ante el cual la accionante no hizo ningún tipo de recriminación, firmando el formato bajo el entendido de haber leído, entendido y aceptado todas las calificaciones dispuestas en el informe.

70. A propósito de todo lo anterior, resulta relevante considerar la intervención de la Defensoría del Pueblo, porque en ella menciona cuatro (4) casos de mujeres piloto quienes le manifestaron a dicha institución “diferentes situaciones de acoso laboral relacionadas con su condición de mujeres”, como lo es ser tratadas con términos despectivos, tales como, “pilotícas, conflictivas, groseras, rebeldes, complicadas, desobedientes y lesbianas”; encontrándose expuestas a “comentarios sexistas, situaciones de acoso sexual y comentarios inadecuados frente a su vida privada”. Además, acorde con la intervención de la

Defensoría, las mujeres vinculadas a la aviación denuncian acciones de presión e intimidación, como por ejemplo, al programarles menor tiempo de vuelo o jornadas intensas de trabajo; sumado a que se enfrentan a “grandes dificultades para establecer relaciones de pareja” por el alto grado de movilidad y variabilidad de los horarios de trabajo; y una vez despedidas se les dificulta el acceso a dicho mercado laboral.

Comparados los hechos planteados por la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez en la acción de tutela con las denuncias de discriminación expuestas por la Defensoría del Pueblo, la Sala reafirma su visión sobre la ausencia de actos discriminatorios en el caso concreto, puesto que ninguno de los términos despectivos, comentarios sexistas, situaciones de acoso sexual, comentarios inapropiados frente a la vida particular de las empleadas, y/o acciones de presión e intimidación relatadas por la Defensoría, fueron manifestados por la accionante como conductas ejercidas por su calificador, el 14 de marzo de 2016.

71. Acorde con lo expuesto, la Sala considera que en el presente caso, y se reitera, con base en las pruebas aportadas al proceso, no se configuró un acoso laboral que desencadenara en discriminación de género, por cuanto los hechos relatados por la accionante, examinados en conjunto: (i) no atentan contra su integridad moral; (ii) no se trata de comportamientos hostiles; (iii) no configuran maltrato físico o verbal con entidad de aniquilarla psicológicamente, y en últimas, producir su salida de la empresa accionada; además, (iv) porque no existe prueba de que las prácticas señaladas de acoso hayan causado perjuicios psíquicos y físicos a la accionante, usualmente bajo la forma de estrés laboral.

72. Como complemento de lo anterior, la Sala encuentra que la terminación unilateral del contrato, además de no estar fundamentado en un acto discriminatorio, encuentra sustento en una justificación objetiva y razonable, esto es, la justa causa contemplada en el numeral 6 del literal A del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo “Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos”.

72.1. Según las pruebas aportadas por la compañía LATAM Airlines Colombia S.A., la terminación unilateral del contrato de la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez fue consecuencia de la recomendación adoptada por el Comité “fuera de estándar” convocado en virtud de las calificaciones insatisfactorias de la accionante en el curso de ascenso al cargo de piloto.

El mencionado comité se llevó a cabo el 15 de marzo de 2016, en éste se evaluó el desempeño de la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez desde el 2 de noviembre de 2007 hasta la fecha de su último vuelo, posteriormente, se tomó la decisión de recomendar su desvinculación, tal y como lo prevé el PP013 numeral 5.8., dicha disposición establece que dentro de las opciones con las que cuenta el gerente de operaciones de vuelo esta “(c) desvincular al piloto de su funciones en la empresa”. Las razones más relevantes que tuvo en cuenta el comité para tomar esa decisión, se mencionan a continuación.

a. (a) En marzo de 2014 la accionante comienza su primer proceso “fuera de estándar” por “pérdida de examen de limitaciones” .

(b) En septiembre de 2014 entra en su segundo “fuera de estándar” por “pérdida de examen de inglés ICAO”.

(c) El 08 de marzo de 2016 obtiene una calificación insatisfactoria.

(d) El 11 de marzo de 2016 obtiene una calificación insatisfactoria y entra en su tercer “fuera de estándar” porque “resulta con calificación insatisfactoria en AIO terminando fase 3 y segundo incompleto en EIO no puede continuar con fase 4”.

(e) El 14 de marzo de 2016 entra en su cuarto “fuera de estándar” porque “resulta con calificación insatisfactoria en Line Check proceso “fuera de estándar””.

72.2. Encontrándose la Sala frente a conceptos técnicos, con el fin de tener certeza acerca de la idoneidad de las calificaciones realizadas a la accionante, solicitó a la Aeronáutica Civil, entidad del Estado y neutral ante los actos objeto de debate, un concepto experto sobre la terminación unilateral del contrato de la accionante. En este sentido, la entidad aseguró que la terminación del contrato de la accionante se había adelantado con observancia de lo establecido para ello en el Manual de Entrenamiento y Manual General de Operaciones aprobados por la Aeronáutica Civil a la aerolínea accionada. Lo anterior por cuanto, “los resultados insatisfactorios en las diferentes fases de entrenamiento adelantados por la señora Ana Margarita Mc Brown, para volar como comandante una aeronave Airbus 320, evidencian que no alcanzó a cumplir con los estándares mínimos de seguridad y proeficiencia exigidos en la normatividad aeronáutica colombiana”.

73. Expuesto lo anterior, la Sala Tercera de Revisión concluye que, además de no configurarse actos discriminatorios contra la accionante en la etapa de calificación en el curso de ascenso, la terminación del contrato laboral obedeció a una causal objetiva y razonable basada en criterios válidos y no discriminatorios como la inteligencia, capacitación, experiencia y habilidad, lo cual descarta el argumento de terminación unilateral del contrato con ocasión de discriminación de género, alegado por la accionante.

Sin embargo, una vez revisado el procedimiento en virtud del cual la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez fue desvinculada de la empresa accionada, la Sala Tercera de Revisión evidencia la posible vulneración del derecho fundamental al debido proceso de la accionante. Tal situación, en las condiciones que a continuación se pasan a exponer, resulta relevantes constitucionalmente y, por lo tanto, ameritan un pronunciamiento de parte de la Corte

Constitucional.

H. El derecho al debido proceso en relaciones de carácter laboral. Reiteración de jurisprudencia sentencia T-143 de 2016

74. La Constitución Política indica que el escenario de aplicación del debido proceso se circunscribe a “actuaciones judiciales y administrativas”, aunque la jurisprudencia constitucional ha ampliado el ámbito de disfrute de este derecho fundamental para cobijar escenarios privados, en tanto “no sólo involucra u obliga a las autoridades públicas, en el sentido amplio de este término, sino a los particulares que se arrogan esta facultad, como una forma de mantener un principio de orden al interior de sus organizaciones (v. gr. establecimientos educativos, empleadores, asociaciones con o sin ánimo de lucro, etc.)”. Al respecto, hay que indicar que la posibilidad de que se prediquen las cargas que exige el derecho al debido proceso a los particulares se da “sólo excepcionalmente”, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

75. Adicionalmente la Corte Constitucional ha indicado que los derechos fundamentales irradian todo el ordenamiento jurídico, “de manera tal que ‘al derecho privado que hasta entonces determinaba en solitario la configuración de las relaciones jurídicas y la decisión de los conflictos jurídicos, se le sobrepone otro orden jurídico; éste tiene incluso primacía sobre él, si bien conste sólo en principios jurídicos, además de escasos, muy amplios y frecuentemente indeterminados’”. Lo anterior implica que para analizar las relaciones contractuales no basta solamente la verificación del contenido de unas cláusulas determinadas, sino que es necesario tener en cuenta cómo impacta una relación jurídica privada los derechos fundamentales de los involucrados.

En este sentido, se ha establecido en la jurisprudencia de esta Corte que, si y solo si, un conflicto de carácter contractual tiene una “inmediata relevancia iusfundamental”, se hace

procedente la acción de tutela, especialmente cuando existan relaciones de subordinación o indefensión, cuestión que resulta importante en el presente caso en el análisis del debido proceso, si se tiene en cuenta el escenario de baja participación de las mujeres en los cargos de pilotos y/o copilotos en la aviación comercial, como se ilustrará más adelante.

76. Frente a la manera como el derecho fundamental al debido proceso permea las relaciones privadas, la Corte Constitucional ha dicho que “[n]ada obsta dentro del marco Constitucional para que los parámetros de protección y garantía del debido proceso se apliquen a las relaciones entre los particulares. Por el contrario, su aplicación y exigencia estricta se ajustan al deber atribuido a todos los colombianos en los incisos primero y segundo y el numeral 1 del artículo 95 de la Constitución”, razón que llevó a la Corte a, por ejemplo, analizar la compatibilidad de la terminación de contratos con los derechos fundamentales de los afectados, como una cuestión de relevancia constitucional.

Adicionalmente, la Corte se ha pronunciado en abundante jurisprudencia sobre relaciones en el ámbito privado que están mediadas por un reglamento, a través del cual un particular le impone sanciones u obligaciones a otro como, por ejemplo, cuando se hace parte de clubes sociales, organizaciones sin ánimo de lucro o federaciones deportivas, una copropiedad, se estudia en un colegio, o en una universidad privada. La Corte ha aplicado al análisis de estas situaciones el concepto de debido proceso, destacando que “[l]a garantía del debido proceso ha sido establecida en favor de la persona, de toda persona, cuya dignidad exige que, si se deducen en su contra consecuencias negativas derivadas del ordenamiento jurídico, tiene derecho a que su juicio se adelante según reglas predeterminadas, por el tribunal o autoridad competente y con todas las posibilidades de defensa y de contradicción, habiendo sido oído el acusado y examinadas y evaluadas las pruebas que obran en su contra y también las que constan en su favor”.

En este sentido, la garantía del debido proceso no puede contraerse solamente a las actuaciones de las autoridades, sino que también se predicen de los particulares “cuando se

hallen en posibilidad de aplicar sanciones o castigos [. En estos casos] están obligados por la Constitución a observar las reglas del debido proceso, y es un derecho fundamental de la persona procesada la de que, en su integridad, los fundamentos y postulados que a esa garantía corresponden le sean aplicados. Por eso, ante las vulneraciones o amenazas para el ejercicio de ese derecho fundamental, cabe la acción de tutela”.

El derecho al debido proceso y la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador

En la sentencia C-299 de 1998, la Corte Constitucional consideró exequible la justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo de parte del empleador, contemplada en el numeral 3 del literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo (Todo acto grave de violencia, injuria o malos tratamientos en que incurra el trabajador fuera del servicio, en contra del empleador, de los miembros de su familia o de sus representantes y socios, jefes de taller, vigilantes o celadores), bajo el entendido de que para aplicar esta causal es requisito indispensable que se oiga previamente al trabajador en ejercicio del derecho de defensa.

En esa oportunidad, la Sala Plena de la Corte Constitucional consideró que “no es suficiente que las partes se valgan de alguna de las causales enunciadas para tomar su decisión, pues es imperativo que la parte que desea poner fin a la relación exprese los hechos precisos e individuales que la provocaron. Así, la otra parte tiene la oportunidad de enterarse de los motivos que originaron el rompimiento de la relación laboral, en el momento en que se le anuncia tal determinación y, puede hacer uso de su derecho de defensa y controvertir tal decisión si está en desacuerdo”.

Posteriormente, en la sentencia T-546 de 2000, la Corte Constitucional consideró que la obligación de darle al trabajador la oportunidad de defenderse de las imputaciones que se hacen en su contra, antes la terminación unilateral del contrato, “se refiere no sólo a la

causal cuya constitucionalidad fue condicionada en la Sentencia mencionada [C-299 de 1998], sino a todas las causales de terminación unilateral del contrato de trabajo con justa causa por parte del empleador. Esta interpretación es necesaria si se pretende hacer efectivo el deber de lealtad que debe regir todos los contratos y que, de conformidad con el artículo 55 del Código Sustantivo de Trabajo, es aplicable a los contratos laborales”.

De esta forma, en la sentencia T-385 de 2006, retomando las consideraciones expuestas en la sentencia T-546 de 2006, la Corte consideró lo siguiente:

“De este modo el derecho a la defensa extiende su ámbito de aplicación por fuera de los procedimientos administrativos y judiciales y se hace oponible a los empleadores particulares, cuando pretendan dar por terminado unilateralmente un contrato de trabajo por justa causa. En concreto, esta aplicación del derecho a la defensa presupone dos obligaciones concretas por parte del empleador. La primera, manifestarle al trabajador los hechos concretos por los cuales va a ser despedido y, la segunda, darle la oportunidad de controvertir las imputaciones que se le hacen.

Adicionalmente, la facultad de terminar unilateralmente el contrato de trabajo está limitada a que se configure alguna de las causales expresa y taxativamente enunciadas en el Código Sustantivo de Trabajo. Así, a pesar de que su tipificación admite cierta amplitud, los motivos la terminación unilateral del contrato deben caracterizarse suficientemente en las causales legales o convencionales, sin que se permita su interpretación analógica o la posibilidad de alegar otras causales distintas. De tal modo entonces, se garantiza la legalidad de la terminación unilateral del contrato por justa causa.

Sin embargo, el conjunto de limitaciones y obligaciones que tiene el empleador para terminar unilateralmente el contrato al trabajador, no implica que se deba surtir un debido proceso en los términos del artículo 29 de la Constitución Política, pues ello desbordaría el alcance de dicha norma, que en su misma redacción, restringe su aplicación a las actuaciones administrativas y judiciales.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el acto de despido de trabajadores privados, en principio, no tiene naturaleza disciplinaria, ni constituye una sanción. En efecto, la terminación unilateral del contrato es una facultad que tienen tanto el empleador, como el trabajador, derivada del principio non adimpleti contractus, que consiste en la posibilidad que tiene una parte de extinguir unilateralmente una convención pactada, cuando la otra ha incumplido determinadas obligaciones.

Ahora, si bien en derecho laboral, la situación de subordinación en que se encuentra el trabajador respecto del empleador, justifica la consagración de algunas prerrogativas a su favor, no por ello se desnaturaliza la institución de la terminación unilateral del contrato, ni se puede afirmar que adquiere el carácter de facultad disciplinaria, por cuanto la terminación del contrato y las facultades disciplinarias obedecen a propósitos diferentes. Mientras la primera es una potestad que las dos partes tienen para desligar el vínculo jurídico que las une, las facultades disciplinarias corresponden únicamente al empleador como tal, en virtud de su poder de subordinación y tienen como finalidad corregir ciertas conductas del trabajador”.

Así las cosas, acorde con lo dispuesto por esta Corporación en pronunciamientos anteriores, la garantía del debido proceso en materia disciplinaria, se han señalado como elementos constitutivos, entre otros, “(i) el principio de legalidad de la falta y de la sanción disciplinaria, (ii) el principio de publicidad, (iii) el derecho de defensa y especialmente el derecho de contradicción y de controversia de la prueba, (iv) el principio de la doble instancia, (v) la presunción de inocencia, (vi) el principio de imparcialidad, (vii) el principio de non bis in idem, (viii) el principio de cosa juzgada y (ix) la prohibición de la reformatio in pejus”

En síntesis, cuando el empleador pretendan dar por terminado unilateralmente un contrato de trabajo por justa causa, debe garantizar el derecho a la defensa del empleado, lo cual no implica que se deba surtir un debido proceso en los términos del artículo 29 de la Constitución Política, pues ello desbordaría el alcance de dicha norma, que en su misma redacción, restringe su aplicación a las actuaciones administrativas y judiciales. En este

escenario, los empleadores deben asegurar el cumplimiento de los siguientes elementos: (i) la legalidad de la causal de justa causa de terminación del contrato invocada; (ii) la manifestación al trabajador acerca de los hechos concretos por los cuales va a ser despedido y (ii) la oportunidad del empleado de controvertir las imputaciones que se le hacen. De lo contrario se entiende vulnerado el derecho al debido proceso del trabajador.

Ahora bien, resulta pertinente aclarar que el juez laboral cuenta con la competencia suficiente para conocer de estos asuntos, más aún cuando, como se dijo en el capítulo relacionado con la subsidiariedad (numeral 43), la accionante no demostró la posible configuración de un perjuicio irremediable, que hiciera procedente, como mecanismos transitorio, la acción de tutela. Sin embargo, que la Sala Tercera de Revisión se ocupe de analizar la eficacia del derecho al debido proceso, en este caso concreto, adquiere una especial relevancia constitucional. Lo anterior teniendo en cuenta que la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez, durante más de 8 años ocupó un cargo tradicionalmente ocupado por hombres -copiloto de aviones comerciales- y si bien no logró demostrar ante el juez de tutela que la terminación unilateral del contrato haya sido consecuencia de un acto de discriminación por su condición de mujer; los hechos planteados en la demanda, le permite a la Corte Constitucional pronunciarse acerca de la relevancia constitucional de garantizar el derecho al debido proceso de una empleada que fue desvinculada de un cargo tradicionalmente ocupado por hombres, buscando con ello garantizar de mejor manera la estabilidad laboral en el trabajo de la accionante.

La baja participación de la mujer como efecto de los estereotipos

77. La división sexual del trabajo consiste en la asignación de tareas y actividades de acuerdo con el género del sujeto. Históricamente, tanto los hombres como las mujeres han estado sometidos a un proceso de adjudicación de roles sociales, los cuales indican su función en la sociedad. En dicha asignación de roles, la mujer ha sido caracterizada como importante en el quehacer doméstico y en las labores de cuidado del hogar.

77.1. Para la Corte Constitucional, también los estereotipos y prejuicios pueden llegar a ser la causa de afectación a los derechos fundamentales de una persona. En este sentido, para la Corte la expresión estereotipo suele usarse para hacer referencia a ‘una idea aceptada comúnmente por un grupo o sociedad con carácter inmutable’, una forma de ser las cosas que se toma por supuesta, como algo dado. Así las cosas, este asunto adquiere relevancia constitucional, cuando los estereotipos sirven para excluir y marginar a ciertas personas de los diferentes ámbitos sociales, incluido el laboral.

77.2. Por su parte, académicas expertas en igualdad de género se ha ocupado de estudiar el uso de los estereotipos como forma de discriminación hacia la mujer, al respecto han concluido que:

“Asignar estereotipos hace parte de la naturaleza humana. Es la forma en que categorizamos a las personas, con frecuencia inconscientemente, en grupo o tipos particulares, en parte para simplificar el mundo que nos rodea. Es el proceso de atribuirle a un individuo, características o roles únicamente en razón de su aparente membresía a un grupo particular. La asignación de estereotipos produce generalizaciones o preconcepciones concernientes a los atributos, características o roles de quienes son miembros de un grupo social particular, lo que significa que se hace innecesario considerar las habilidades, necesidades, deseos y circunstancias individuales de cada miembro”.

77.3. Así las cosas, la división sexual del trabajo, con base en estereotipos de lo femenino y lo masculino, ha sido uno de los principales obstáculos para que las mujeres accedan y permanezcan en el mercado de trabajo, puesto que limita su capacidad de competir en condiciones igualitarias a las de los hombres. Según Espino (2009), este tipo de división sexual “restringe las oportunidades laborales de las mujeres así como tiende a marginarlas de la arena política y social, limitando el desarrollo y uso de sus capacidades y condicionando los resultados de sus actividades”.

Según el Departamento Nacional de Estadística – DANE, si bien en los últimos doce años se han presentado algunos avances importantes en el mercado laboral para la mujer, se sigue favoreciendo la condición del hombre. En este sentido, un estudio realizado por dicha entidad concluyó que “La mujer sigue manteniendo una menor participación en la tasa global de participación (TGP) nacional, un mayor desempleo y una menor representación en las categorías principales de la economía por posición ocupacional. Se puede ver que la TGP del año 2014 se registró 54,0% para las mujeres frente a 74,9% de los hombres en el mismo año, con una diferencia de 6,1 puntos porcentuales”.

Con relación a la asignación de tareas acorde con el género, la misma entidad informa que “la rama de actividad que registró más ocupación para las mujeres en el trimestre móvil noviembre de 2016 – enero de 2017 fue Comercio, hoteles y restaurantes con 35,5% seguida por Servicios comunales, sociales y personales con 30,6%. La posición ocupacional de mayor participación para las mujeres en el trimestre móvil noviembre de 2016 – enero de 2017 fue trabajador por Cuenta propia con 40,7%. Esta proporción fue 40,6% durante el mismo trimestre del año anterior”. Lo anterior se agrava si se tiene en cuenta que “al sumar el total de horas trabajadas -entre trabajo remunerado y no remunerado- las mujeres trabajan 10.8 horas más a la semana que los hombres en Colombia (según el DANE)”.

En virtud de lo anterior, en el Programa Nacional de Equidad Laboral con Enfoque Diferencial de Género (2013), el gobierno colombiano reconoció que como producto de la división sexual del trabajo, es posible que se aumenten las desigualdades en materia de acceso y permanencia en el mercado laboral, en la medida en que el rol social de cuidado del hogar dado a la mujer, puede llegar a desincentivar procesos efectivos de contratación femeninos en ciertos casos, y en otros, negar la oportunidad de ascenso a cargos directivos que de una u otra forma, impliquen mayor responsabilidad y/o compromiso de su parte. En consecuencia, encontró necesario un cambio social, a partir del cual se eliminan los estereotipos y se lleve a cabo un proceso de reasignación de roles que involucre responsabilidades compartidas entre hombres y mujeres en las actividades propias del

hogar, la familia y el trabajo.

77.4. Recientemente, la Organización Internacional del Trabajo – OIT, publicó un informe denominado “Women in Business and Management”, en el cual demuestra que las mujeres, aún hoy, deben superar una serie de obstáculos para llegar a las posiciones altas de una organización empresarial. Dentro de las barreras identificadas en el informe se encuentran las siguientes: (1) Las mujeres tienen más responsabilidades en el ámbito familiar que los hombres. (2) Los roles asignados por la sociedad a los hombres y mujeres. (3) La cultura corporativa masculina. (4) La falta de experiencia de las mujeres respecto de gestión. (5) Pocos modelos a seguir para las mujeres. (6) El ánimo de los hombres en cuanto a no asumir responsabilidades familiares. (7) La ausencia de una política de igualdad en las empresas y en los programas. (8) Los estereotipos contra las mujeres. (9) La poca formación de liderazgo para las mujeres. (10) La falta de soluciones de trabajo flexible. (11) La inexistencia de una estrategia para la retención de las mujeres cualificadas. (12) El sesgo de género en la contratación y promoción al considerar que la gestión es vista como trabajo de hombres. (13) Pese a la existencia de políticas de igualdad de género, éstas no se implementan. (14) Las leyes laborales tendientes a la no discriminación no son adecuadas.

78. En síntesis, todo lo anterior implica que las acciones y políticas que implemente el Estado deben estar dirigidas a impulsar una “inserción laboral digna para la mujer, con su consecuente impacto en la disminución de los niveles de pobreza y en la utilización de todo su potencial, hasta ahora subutilizado, al servicio del desarrollo”. Ahora bien, el Estado no sólo debe velar por la inserción laboral de las mujeres, también debe garantizar la estabilidad de las mujeres en cargos tradicionalmente ocupados por hombres, pues no basta con lograr su acceso en dichos escenarios laborales, si su estabilidad no se protege adecuadamente.

Normatividad nacional e internacional sobre la erradicación de la inequidad de género en el trabajo.

79. En virtud de lo anterior, tanto a nivel nacional como internacional se han proferido diferentes tipos de regulaciones tendientes a erradicar la inequidad de género en el escenario laboral, tales como las que se exponen a continuación.

80. El Estado colombiano se ha esforzado por obtener igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito laboral. Con el fin de lograr dicho objetivo, en los últimos años se han proferido, entre otras, las siguientes disposiciones: (i) la Ley 581 de 2000; (ii) la Ley 823 de 2003; (iii) la Ley 1257 de 2008; (iv) la Ley 1450 de 2011 (v) el Decreto 4463 de 2011; (vi) la Ley 1496 de 2011; (vii) el Decreto 2733 de 2012; (viii) el Conpes 161 de 2013 “Política Pública Nacional de equidad de género para las mujeres y del Plan integral para garantizar una vida libre de violencias” y (ix) el artículo 129 de la Ley 1753 de 2015 el cuál dispone la evaluación de la política pública nacional de equidad de género para las mujeres.

80.1. Resulta relevante mencionar lo dispuesto en el artículo 9º de la Ley 581 de 2000, en virtud del cual el Estado busca promocionar la participación femenina en el sector privado, para tal fin, “la Presidencia de la República, en cabeza de la Dirección Nacional para la Equidad de la Mujer, el Ministerio de Educación Nacional, los gobernadores, alcaldes y demás autoridades del orden nacional, departamental, regional, provincial, municipal y distrital, desarrollarán medidas tendientes a promover la participación de las mujeres en todas las instancias de decisión de la sociedad civil”.

80.2. Por su parte, el artículo 12 de la Ley 1257 de 2008, atribuyó al Ministerio de la Protección Social las siguientes funciones: “1. Promoverá el reconocimiento social y económico del trabajo de las mujeres e implementará mecanismos para hacer efectivo el derecho a la igualdad salarial. 2. Desarrollará campañas para erradicar todo acto de discriminación y violencia contra las mujeres en el ámbito laboral. 3. Promoverá el ingreso de las mujeres a espacios productivos no tradicionales para las mujeres” (negritas no originales).

80.3. En desarrollo de esta ley se profirió el Decreto 4463 de 2011, el cual, entre otras cosas, denominó como medida de acción la “Cultura de Igualdad de Condiciones”, la cual consiste en que “El Ministerio del Trabajo adelantará a través de las Direcciones Territoriales y en coordinación con las Gobernaciones y Alcaldías, acciones tendientes a crear una cultura de igualdad en las condiciones de trabajo, de vinculación y de remuneración salarial, con enfoque diferencial y de género para la mujer” (negrillas no originales).

80.4. Posteriormente, el artículo 179 de la Ley 1450 de 2011 estableció en el Gobierno Nacional la obligación de adoptar “una política pública nacional para prevenir, sancionar y erradicar todas las formas de violencia y discriminación contra las mujeres, que deberá acoger las recomendaciones de los organismos internacionales de protección de los DD.HH. y las obligaciones contenidas en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer”.

80.5. En virtud de todo lo anterior, se profirió la Política Pública para la Equidad de Género (Conpes 161 de 2103), en ella se establece como acción indicativa en el eje de autonomía económica de las mujeres y acceso a activos: “Ampliar y cualificar la participación de las mujeres en el mercado laboral con igualdad de oportunidades, incorporando el enfoque de género” (negrillas no originales).

81. La legislación colombiana relacionada con la equidad de género en el ámbito laboral, también encuentra sustento en diferentes parámetros internacionales. El amplio desarrollo del derecho a la igualdad real de las mujeres en el ámbito laboral se ha plasmado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (aprobado por la Ley 74 de 1968), el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales de 1988, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre la

Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing de 1995, la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, los Convenios 100 y 111 de la Organización Internacional del Trabajo y los Objetivos de Desarrollo del Milenio elaborados por las Naciones Unidas, entre otros.

81.1. De los instrumentos internacionales expuestos, es pertinente resaltar el artículo séptimo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -DESCs-, el cual establece que toda persona tiene derecho “al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias”.

81.2. Por su parte, en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer los Estados Partes se obligaron a adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, en particular sobre “El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho al acceso a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional y el adiestramiento periódico” (negritas no originales).

81.4. Adicionalmente, mediante el Convenio 111 de 1964, la OIT ordena al Estado “formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto” y “promulgar leyes y promover programas educativos que por su índole puedan garantizar la aceptación y cumplimiento de esa política”.

81.5. Por último, la tercera directriz de los Objetivos de Desarrollo del Milenio de las Naciones Unidas insta a Colombia a “promover la igualdad entre los sexos y el empoderamiento de la mujer”; meta que, por supuesto, cubre diversos campos incluyendo el laboral.

82. Visto lo anterior, no cabe duda de que el Estado colombiano tiene la obligación de emprender todas las acciones que le sean posibles para erradicar los obstáculos existentes en el camino de las mujeres que pretenden acceder al escenario laboral, en todas las etapas que ello comprende: educación, acceso, capacitación y estabilidad, en pro de garantizar el goce efectivo de su derecho a acceder a un trabajo en condiciones de igualdad.

83. Ahora bien, aun cuando la igualdad formal entre los sexos se ha ido incorporando paulatinamente al ordenamiento jurídico colombiano, lo cierto es que la igualdad sustancial todavía continúa siendo una meta, tal y como lo ponen de presente las estadísticas que a continuación se exponen.

El caso específico de la aviación comercial

84. Según lo informado por la Defensoría del Pueblo, en el ámbito de la aeronáutica comercial, los cargos de pilotos son un escenario restringido para las mujeres; como prueba de ello ofrece las siguientes estadísticas:

Aerolínea

Total comandantes y copilotos hombres

%

Total comandantes y copilotos mujeres

%

Total

Avianca

1167

95,66

53

4,3443

1220

Copa Airlines

203

13

6,0185

216

LATAM Airlines

174

95,08

9

4,918

183

Total

1544

95,37

75

4,6325

1619

Aerolínea

Total comandantes hombres

%

Total comandantes mujeres

%

Total

Avianca

656

96,76

22

3,245

678

Copa Airlines

113

97,41

3

2,586

116

LATAM Airlines

101

95,28

5

4,717

106

Total

870

96,67

30

3,333

900

Total copilotos hombres

%

Total copilotos mujeres

%

Total

Avianca

458

93,66

31

6,339

489

Copa Airlines

90

90

10

10

100

LATAM Airlines

73

94,81

4

5,195

77

Total

621

93,24

45

6,757

666

85. Con base en los datos expuestos, la Defensoría concluye que los hombres ocupan aproximadamente el 95% de los cargos de comandantes y copilotos en las principales aerolíneas del país. A juicio de la Defensoría, una de las razones que justifica dicho rezago, es la continuidad de estereotipos de género en el espectro social, a través de los cuales se perpetúan ideas erróneas sobre la supuesta incapacidad de las mujeres para desarrollar labores técnicas, que impliquen particular destreza o pericia, como conducir o pilotear una aeronave.

85.2. Sea esta la oportunidad para hacer una consideración especial sobre la manifestación realizada por la señora Ana Margarita Mc Brown, en sede de revisión, respecto de tres situaciones que durante el tiempo de vinculación con la entidad consideró discriminatorias, las cuales si bien no fueron tenidas en cuenta para solucionar el primer problema jurídico al no guardar relación directa con la terminación unilateral del contrato de la accionante, sí merecen un pronunciamiento de la Corte acerca del uso del lenguaje discriminatorio basado en estereotipos.

85.3. Dichos actos fueron: (i) en el año 2009, un instructor chequeador afirmó que no confiaba “EN ANIMALES QUE SANGRAN 8 DIAS SEGUIDOS Y NO SE MUEREN”, al enterarse de que una de las comandantes tenía el periodo menstrual; (ii) en otra oportunidad uno de los capitanes de vuelo afirmó que “las mujeres son para estar en la cocina no en la cabina de un avión”; adicionalmente (iii) uno de los capitanes se negó en varias ocasiones a ir con ella en el simulador por ser mujer.

85.4. Acorde con las consideraciones expuestas, este tipo de expresiones sexistas y basadas en estereotipos, están prohibidas por la Constitución de 1991. Además, siendo política de Estado alcanzar la erradicación de este tipo de conductas, como garantía del disfrute y goce del derecho a la igualdad de las mujeres, la Sala Tercera de Revisión ordenará a LATAM Airlines Colombia S.A. que inicie un proceso de sensibilización entre sus empleados sobre temas que involucren la igualdad y la no discriminación de género en el mundo laboral de la aviación comercial, así como de lo dispuesto en esta providencia, haciendo énfasis en la inconstitucionalidad que implica la utilización de lenguaje sexista basado en estereotipos de género.

86. Siguiendo con el análisis de la baja participación de las mujeres en la aviación comercial, LATAM Airlines Colombia S.A. presentó a la Corte Constitucional las siguientes estadísticas:

2012

2013

2014

2015

Total hombres evaluados

212

38

241

210

Total mujeres evaluadas

10

5

22

29

Aprobados hombres

45

4

22

7

Aprobados mujeres

3

1

0

Contratados hombres

18

6

20

2

Contratados mujeres

3

0

0

0

Promedio

Aprobados hombres

21%

11%

9%

3%

11%

Aprobados mujeres

30%

20%

3%

13%

Contratados hombres

8%

16%

8%

1%

8%

Contratados mujeres

30%

0%

0%

0%

8%

Según lo manifestado por la empresa accionada, la Academia Antioqueña de Aviación reseña las siguientes estadísticas:

Periodo

Hombres

Mujeres

Total

2013-2

13

3

16

2014-1

12

5

17

2014-2

15

2

17

2015-1

13

17

2015-2

18

3

21

2016-1

9

3

12

2016-2

10

1

11

Frente a las estadísticas expuestas, LATAM Airlines Colombia S.A. concluye que la contratación de pilotos en la compañía, guarda una proporción adecuada entre el número de estudiantes que, por género, se gradúan de las escuelas de aviación y los finalmente contratados. Además, resalta que a 31 de octubre de 2016, la empresa contaba con 1518 trabajadores, de los cuales 787 eran mujeres y 731 hombres.

87. La Sala Tercera de Revisión considera que todo lo anterior es suficiente evidencia para asegurar que, la participación de las mujeres en el cargo de pilotos y copilotos en la aeronáutica comercial es indudablemente inequitativa respecto de los hombres. En el caso específico de LATAM Airlines Colombia S.A., se hace más evidente dicha inequidad al verificarse que en los últimos 3 años, si bien 56 mujeres fueron evaluadas ninguna fue contratada por la compañía, aunque 2 de ellas aprobaron la evaluación. Además, según lo manifestado por la accionada, en el último año fueron promovidos 15 pilotos por calificaciones satisfactorias, todos de ellos hombres.

Entonces, si bien el objeto de esta acción de tutela no es evaluar el trámite de acceso de las mujeres a la aviación comercial que, dicho sea de paso, debe depender de sus capacidades y no de su género, las estadísticas expuestas sugieren a la Corte Constitucional la necesidad de adoptar las medidas que considere pertinentes para garantizar, de la mejor manera posible, la estabilidad laboral de las mujeres que una vez superan las evaluaciones técnicas de la empresa, ingresando a cargos de pilotos o copilotos en la compañía, van a ser despedidas de su trabajo.

Conclusiones sobre la garantía del derecho al debido proceso en escenarios laborales con baja participación de las mujeres

a. a. El derecho al debido proceso es una garantía constitucional de todas las personas incurso en un proceso judicial y/o administrativo. La jurisprudencia constitucional ha extendido esta garantía al ámbito laboral exigiendo al empleador que, cuando pretenda despedir a un empleado, invocando una justa causa, debe garantizarle: (i) que la conducta esté tipificada; (ii) exponerle los motivos concretos de la terminación unilateral del contrato y (iii) oír al empleado.

b. b. En principio, le corresponde al juez laboral conocer de las vulneraciones que por debido proceso inicien los trabajadores; sin embargo, en casos de relevancia constitucional el juez de tutela está llamado a pronunciarse sobre este tipo de asuntos.

c. c. Aún hoy, los estereotipos de género y/o la división sexual del trabajo, generan apartamiento de las mujeres de ciertos ámbitos laborales considerados tradicionalmente como escenarios de ejercicio masculino.

d. d. La legislación nacional y la internacional ofrece a las mujeres una regulación extensa que busca garantizar su goce efectivo del derecho a la igualdad real en el contexto laboral. Sin embargo, pese a que la igualdad formal entre los sexos se ha ido incorporando paulatinamente al ordenamiento jurídico colombiano, lo cierto es que la igualdad sustancial

todavía continúa siendo una meta por cumplir.

e. e. Tal es el caso de la aviación comercial, donde un porcentaje mínimo de mujeres ocupan los altos cargos dentro de la aeronave (copiloto y/o piloto). Escenario ante el cual el juez constitucional tiene el deber de pronunciarse, buscando garantizar de la mejor manera el derecho al debido proceso de las mujeres que ocupan estos cargos.

Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas, a continuación, la Sala Tercera de Revisión analizará el segundo problema jurídico planteado en esta providencia.

J. J. Caso concreto: la desvinculación de la accionante omitiendo la realización de la diligencia de descargos vulnera su derecho al debido proceso de la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez

Hasta este punto la Sala Tercera de Revisión ha resuelto lo siguiente: (i) declarar improcedente la acción de tutela respecto de la terminación unilateral del contrato de la accionante con ocasión de su afiliación al sindicato y lo relacionado con su desvinculación pese a estar incapacitada para la fecha la terminación del contrato; y (ii) negar la protección del derecho a la no discriminación en razón del género, considerando que la terminación unilateral del contrato no fue consecuencia de acoso laboral por su condición de mujer y que dicha desvinculación se fundamentó en una causal objetiva como lo son las bajas calificaciones de la accionante en el curso de ascenso.

Pese a lo anterior, el caso objeto de revisión permite a la Sala pronunciarse sobre un asunto de alta relevancia constitucional como lo es la garantía del derecho al debido proceso en el trámite de terminación unilateral del contrato de una mujer que ejerce un cargo tradicionalmente ocupado por hombres. En estos términos, en este aparte de la providencia la Corte no se ocupará de analizar si la razón la terminación unilateral del contrato fue o no

objetiva y razonable, pues dicho asunto ya lo resolvió, sino de establecer si el trámite adelantado por la entidad con el fin de resolver sobre la terminación unilateral del contrato de una de sus empleadas, respetó las garantías del debido proceso.

88. Así las cosas, el segundo problema jurídico planteado por la Sala de Revisión es lograr determinar si LATAM Airlines Colombia S.A. ¿Vulneró el derecho al debido proceso de la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez, como consecuencia de la terminación unilateral del contrato laboral, pretermitiendo la diligencia de descargos a la cual fue citada la accionante pero que no fue llevada a cabo?

89. En el caso de la señora Ana Margarita Mc Brown está probado que logró superar las barreras existentes en el acceso al escenario laboral de la aviación comercial, ingresando a un cargo tradicionalmente ocupado por hombres como lo es el de copiloto. Ocupó dicho puesto por más de 8 años, tiempo en el cual demostró buen rendimiento laboral, pues si bien fue calificada cuatro veces en “fuera de estándar” (dos de ellos en el proceso de ascenso a piloto), también fue ascendida en dos oportunidades, hasta que en diciembre de 2015 le ofrecieron iniciar curso de ascenso al cargo de piloto.

Con relación a la comunicación en la cual le ofrecieron a la accionante iniciar el curso de ascenso, la Sala Tercera de Revisión echa de menos que en ella le hayan informado a la señora Ana Margarita Mc Brown acerca de las consecuencias que asumía al no aprobar el proceso de entrenamiento, esto es, la pérdida de la licencia como copiloto del Boeing 767. A juicio de la Sala, es deber de la empresa ofrecer a sus empleados este tipo de información con el fin de evaluar todas las consecuencias que ello implica y luego sí decidir si aceptan o no el ofrecimiento del cargo.

En el trámite del curso de ascenso, en menos de ocho (8) días, del 08 de marzo de 2016 al 14 de marzo del mismo año, la accionante obtuvo calificaciones insatisfactorias, las cuales

generaron dos procesos “fuera de estándar”.

Como consecuencia de lo anterior, el 20 de marzo de 2016, LATAM Airlines Colombia S.A. le envió a la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez una citación para la diligencia de descargos programada para el día 22 de marzo de 2016. La comunicación señala lo siguiente:

“La Dirección de Operaciones, puso en conocimiento de la Gerencia de Relaciones Laborales que usted al parecer ha incumplido con sus obligaciones y/o funciones derivadas de su contrato de trabajo. Fuimos informados, que usted no alcanzó la proeficiencia requerida en el EIO (Experiencia Inicial de Operación) Fase 3 para habilitarse como capitán del equipo Airbus 320 de la Compañía, resultando en chequeos insatisfactorios que no le permiten conseguir dicha habilitación.

De comprobarse, usted estaría incumpliendo su contrato de trabajo, en la Parte Séptima, el cual establece: son justas causas para poner término a este contrato unilateralmente, las enunciada en el artículo 7 del Decreto 2351 y, además por parte de EL EMPLEADOR las siguientes faltas que se consideran como graves: literal E “El incumplimiento de su trabajo y mala calidad de su oficio”, Literal Q “El no aprobar examen técnico y del simulador del equipo en el cual presta sus servicios”. (...)

A partir de lo anterior, se ha iniciado un proceso disciplinario toda vez que estas conductas constituyen una falta a sus obligaciones laborales derivadas de su contrato de trabajo y demás disposiciones, reglamentos, manuales y políticas de la compañía. Por la razón anterior, la empresa en aras de garantizar su derecho a la defensa, de contradicción y de escucharlo, procede a citarlo a diligencia de descargos (...). ”.

Sin embargo, del 21 de marzo al 04 de abril de 2016, la señora Ana Margarita Mc Brown

Vásquez estuvo incapacitada; en consecuencia, no asistió a la diligencia de descargos. Dicha incapacidad fue enviada a la compañía el 23 de marzo de 2016 mediante correo electrónico, fecha en la cual además de no obtener una reprogramación de la diligencia, fue notificada de la terminación de su contrato laboral.

Por su parte, LATAM Airlines Colombia S.A. argumentó que dicha diligencia era opcional, pues si bien la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez fue citada con el objetivo de que explicara su conducta, el fin último de la citación era notificarle la terminación del contrato. Por tanto, no se trató de la apertura de un proceso disciplinario, pues lo que se materializó fue una terminación del contrato con justa causa y no una sanción disciplinaria, tan fue así que la decisión de despedirla fue adoptada el 15 de marzo de 2016 en el Comité “fuera de estándar”. Al respecto, la Sala Tercera de Revisión considera que estos argumentos no se compadecen con el contenido de la comunicación recibida por la señora Ana Margarita Mc Brown donde claramente le informan que su presencia en la diligencia es necesaria para garantizar su derecho al debido proceso, previo a decidir sobre su terminación unilateral del contrato.

90. Resalta la Sala que, en principio, la actuación adelantada por LATAM Airlines Colombia S.A. materializa lo dispuesto por la Corte Constitucional con relación a las obligaciones del empleador que decide terminar un contrato laboral unilateralmente por justa causa, por cuanto (i) se fundamenta en una causal tipificada en el Código Sustantivo del Trabajo y (ii) le informó a la empleada los motivos concretos de la terminación unilateral del contrato. (iii) Sin embargo, pese a citar a la accionante con el fin de garantizar su defensa, vulneró el derecho al debido proceso de la señora Ana Margarita Mc Brown al no permitir la materialización de la audiencia de descargos.

90.1. Así las cosas, la Sala recuerda que acorde con la legislación laboral colombiana, el empleador tiene la facultad de despedir con justa causa a un empleado cuando se configure la causal denominada “Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones

especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos” (numeral 6 del literal A del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo); causal presentada por la compañía accionada como justificación la terminación unilateral del contrato de la accionante. Por lo tanto, en principio, cualquier discusión que surja sobre la configuración o no de la causal debería ser resuelta ante la jurisdicción ordinaria laboral.

90.2. Adicionalmente, en la comunicación en la cual le indican a la accionante la fecha y hora de la audiencia de descargos, también le informan los motivos por los cuales se cita a dicha audiencia, directamente relacionados con las razones concretas que tuvo la empresa para adoptar la decisión de desvincular a la señora Ana Margarita Mc Brown.

90.3. Sin embargo, LATAM Airlines Colombia S.A., no culminó el proceso iniciado teniendo a oír a la trabajadora, argumentando que la accionante no justificó, el mismo día de la diligencia, los motivos de su inasistencia. Al respecto, es pertinente aclarar que le asiste razón a LATAM al manifestar que dicho trámite no debe ser considerado como un proceso disciplinario por tener una naturaleza jurídica distinta; sin embargo, dicha citación generó en la empleada una expectativa legítima de defensa, de ser oída y de, eventualmente, cambiar el sentido de la recomendación emitida por el Comité “fuera de estándar”, el 15 de marzo de 2016.

A juicio de la Sala, una vez LATAM Airlines Colombia S.A. fue enterada de la razón objetiva por la cual la señora Ana Margarita Mc Brown no pudo asistir a la diligencia citada por la entidad (un día después de la fecha en la cual estaba programada la diligencia), ésta tenía el deber de considerar la excusa sobre su ausencia (incapacidad) y citarla nuevamente.

Lo anterior, se insiste, teniendo en cuenta que garantizar el derecho al debido proceso,

adquiere relevancia constitucional cuando lo que se busca con su cumplimiento es proteger de mejor manera la estabilidad laboral de mujeres que ocupan cargos tradicionalmente ejercidos por hombres. Adicionalmente, la empresa debió considerar la historia laboral de la accionante de más de 8 años en la entidad, con diferentes felicitaciones y ascensos; además, debió tener en cuenta que el bajo rendimiento de la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez se materializó en menos de 15 días, de hecho entre los dos últimos procesos “fuera de estándar” transcurrieron 3 días.

En el caso concreto, oír a la accionante le permitiría ofrecer explicaciones sobre su bajo rendimiento laboral, exponer los actos de acoso laboral a los cuales dijo haber sido sometida, solicitar el respeto por lo dispuesto en la regulación que considerara aplicable a su caso, además, garantizaría transparencia en la decisión de terminación unilateral del contrato, retirando, en la medida de lo posible, toda duda respecto de una posible discriminación por su condición de mujer.

91. Para la Sala Tercera de Revisión, en escenarios donde históricamente la participación de las mujeres ha sido minoritaria, como es el caso de los contratos laborales celebrados entre las empresas de aviación y las mujeres que ocupan cargos de pilotos o copilotos, oír a la empleada antes de adoptar la decisión de terminar unilateralmente la vinculación laboral con fundamento en una justa causa o sin justa causa, se convierte en una garantía constitucional a favor de ellas, pues sin importar la causal alegada por el empleador, y si ésta constituye o no una falta disciplinaria, debe permitírsele a la mujer controvertir las razones que tiene el empleador antes de decidir sobre la terminación unilateral del contrato.

91.1. Es importante resaltar que esta regla no se convierte en una carga desproporcionada para los empleadores, si se tiene en cuenta que la decisión de terminación unilateral del contrato seguirá siendo competencia de la compañía con fundamento en las justas causas reguladas por la jurisdicción laboral y de las disposiciones reglamentarias de cada empresa.

91.2. De las estadísticas presentadas por la entidad accionada se puede extraer que, en efecto, la participación de las mujeres en los cargos de piloto y copiloto en la aviación comercial puede ser considerada proporcional a la participación de ellas en los procesos de selección y cómo efecto de la baja inscripción en las escuelas de aviación. Sin embargo, como se dejó plasmado en las consideraciones, con el fin de obtener la equidad de participación de mujeres y hombres en el escenario laboral es necesaria la adopción de medidas no sólo para eliminar las barreras históricas en el acceso de las mujeres en dichas esferas, sino que también es necesaria la intervención del Estado, en este caso desde el juez constitucional, para garantizar de la mejor manera posible la permanencia de la accionante en el cargo que ocupaba para el momento de su desvinculación.

Sobre la orden

A juicio de la Sala, la vulneración al debido proceso de la accionante implica la pérdida de efecto de la terminación unilateral del contrato, lo cual conlleva retrotraer las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho. Ahora bien, la orden solamente se limitará al reintegro de la accionante al cargo, en los términos que a continuación se detallan. Con relación al pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde la terminación del contrato hasta el reintegro efectivo de la empleada, la accionante deberá acudir a la jurisdicción ordinaria laboral con el fin de obtener dicho reconocimiento. Para ello, el juez laboral deberá tener en cuenta lo dispuesto en esta providencia, la cual, se reitera, deja sin efectos la terminación unilateral del contrato de la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez por vulneración de su derecho al debido proceso.

Con relación al reintegro, en las diferentes intervenciones de LATAM Airlines Colombia S.A. reiteradamente la compañía justificó la imposibilidad de reintegro de la accionante en consideración a que la seguridad de los usuarios del servicio de aviación podría verse

afectados ante la falta de capacidad de la accionante al frente de una aeronave.

92. Por esta razón, si bien se ordenará el reintegro de la accionante en el cargo de copiloto B767, la Sala aclara que para el ejercicio de sus funciones en vuelo deberá someterse a los trámites necesarios para reactivar su licencia, teniendo en cuenta que de conformidad con el Manual de Reglamentos Aeronáuticos, cuando un aviador suspende sus actividades por más de 90 días debe cumplir con unos requerimientos técnicos y evaluaciones adicionales, de conformidad con la parte 2.2.5.8 Recobro de autonomía de la Parte 2 del RAC.

93. Lo anterior no obsta para que LATAM Airlines Colombia S.A., en uso de sus facultades, convoque la realización de una nueva audiencia garantizando el derecho al debido proceso de la accionante, en los términos dispuestos en esta sentencia y, en caso de decidir su desvinculación definitiva, motive dicha determinación de tal manera que justifique por qué, existiendo diferentes alternativas de soluciones, se inclinan por la mas drástica como lo es la terminación unilateral del contrato. Así las cosas, deberá existir una causal objetiva por parte de LATAM para impedirle a la accionante continuar laborando en dicha entidad en el cargo de copiloto, de ser el caso.

K. Síntesis de la decisión

94. La señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez interpuso acción de tutela contra LATAM Airlines Colombia S.A., por considerar que la terminación unilateral de su contrato de trabajo vulneró sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la igualdad, al trabajo en condiciones dignas y justas, al debido proceso, a la libertad de asociación sindical y sindicalización, a la negociación colectiva y a la protección especial a la mujer.

Por lo anterior, la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez solicitó al juez constitucional proteger sus derechos fundamentales y, en consecuencia, ordenar a LATAM Airlines Colombia S.A.: (i) reintegrarla al cargo que estaba ejerciendo al momento de la terminación del contrato; (ii) permitirle continuar con el proceso de capacitación para el ascenso al cual se postuló; (iii) pagarle los salarios, prestaciones sociales y aportes parafiscales, adeudados desde el día del retiro hasta la fecha del reintegro efectivo; y (iv) cancelarle la indemnización equivalente a 180 días de salario por terminación unilateral del contrato sin la autorización de la autoridad laboral competente.

95. Por su parte, LATAM Airlines Colombia S.A. argumentó que la terminación unilateral del contrato de la accionante obedeció en la justa causa establecida en el numeral 6 del literal A del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, motivo por el cual las pretensiones de la accionante deberían ser resueltas en la jurisdicción laboral y no a través de la acción de tutela.

Al estudiar el cumplimiento del requisito de subsidiariedad, la Sala Tercera de Revisión consideró improcedente la acción de tutela respecto de los asuntos relacionados con la afiliación de la accionante a la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles y todo lo que de dicha condición se desprendía; la misma decisión adoptó respecto de la terminación unilateral del contrato estando en incapacidad. Para ello, la Corte tuvo en cuenta que la jurisdicción ordinaria laboral es el mecanismo judicial idóneo y eficaz para pronunciarse sobre dichos temas entendiendo que la intervención del juez constitucional no era necesaria para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

Contrario a lo anterior, la Sala consideró procedente la acción de tutela respecto de la presunta vulneración del derecho fundamental a la igualdad, pues si bien los jueces de la jurisdicción ordinaria laboral tiene la competencia para resolver estos asuntos, siguiendo el

precedente de la Corte Constitucional, al tratarse de un derecho iusfundamental las pretensiones requieren de una pronta solución.

Así las cosas, la Sala Tercera de Revisión planteó dos problemas jurídicos:

96. En el primero la Sala se preguntó si ¿Vulneró LATAM Airlines Colombia S.A. el derecho a la igualdad de la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez, quién según afirma fue discriminada en razón de su género al ser objeto de acoso laboral durante un examen de ascenso en el cual fue calificada insatisfactoriamente, causando la terminación unilateral del contrato laboral por parte de la compañía accionada?

Luego de reiterar la jurisprudencia constitucional respecto del derecho a la no discriminación (inciso primero del artículo 13 de la Constitución Política de Colombia), la Sala estableció que dicha discriminación se puede materializar en forma de acoso laboral por razones de género; sin embargo, con fundamento en las pruebas aportadas al proceso, la Sala concluyó que, el 14 de marzo de 2016, no se configuraron conductas que se pudieran catalogar como de acoso laboral, por lo tanto, las bajas calificaciones de la accionante no fueron consecuencia de discriminación alguna. Lo anterior se suma a la razón objetiva ofrecida por la accionada para justificar la terminación unilateral del contrato de la accionante.

Pese a lo anterior, al resolver el primer problema jurídico, la Sala de Revisión se percató de una posible vulneración del derecho al debido proceso de la accionante en el trámite de la terminación unilateral del contrato. A juicio de la Sala, si bien dicha situación podría ser planteada ante el juez ordinario laboral, el escenario en el cual se materializó la conducta, obliga a la Corte Constitucional a pronunciarse sobre el siguiente problema jurídico:

97. LATAM Airlines Colombia S.A. ¿Vulneró el derecho al debido proceso de la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez, como consecuencia de la terminación unilateral del contrato laboral, pretermitiendo la diligencia de descargos a la cual fue citada pero que no fue llevada a cabo?

Pese a que al resolver el primer problema jurídico se decidió que LATAM Airlines Colombia S.A. despidió a la accionante con base en una causal objetiva debidamente probada y, por lo tanto, la terminación del contrato no fue consecuencia de discriminación alguna. Al resolver el segundo problema jurídico la Sala advirtió el desconocimiento del derecho al debido proceso de la accionante por cuanto LATAM Airlines Colombia S.A. no reprogramó la diligencia de descargos a la cual ella no pudo asistir por estar incapacitada, puesto que con ello le impidió controvertir las acusaciones sobre su bajo rendimiento laboral.

Si bien la accionante cuenta con la jurisdicción ordinaria laboral para ventilar allí sus pretensiones respecto de la vulneración de su derecho al debido proceso, la Sala Tercera de Revisión consideró que las características especiales del asunto, hacían pertinente un pronunciamiento de parte de la Corte Constitucional con el fin de proteger el derecho fundamental al debido proceso de la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez. Dichas características especiales se reflejan en lo siguiente: (i) la terminación unilateral del contrato recayó sobre una mujer que ejercía un oficio tradicionalmente ocupado por hombres, como lo es el caso de pilotos y copilotos en la aviación comercial; (ii) la empleada estuvo vinculada laboralmente con la compañía por un lapso de 8 años, en el cual demostró su aptitud para el desempeño del cargo, motivo por el cual fue sujeto de felicitaciones y ascensos; y (iii) el bajo rendimiento laboral como justa causa de terminación unilateral del contrato se configuró en un periodo de tiempo muy pequeño, en el caso objeto de estudio, las calificaciones insatisfactorias de la accionante se configuraron en menos de 8 días.

98. A juicio de la Sala, una vez el empleador inicia un procedimiento previo a la terminación unilateral del contrato de trabajo de un empleado, debe garantizar el derecho al debido

proceso, el cual se ve reflejado, entre otras cosas, en la garantía de permitir al empleado ser oído y defenderse de los cargos atribuidos como sustento de la posible terminación del contrato.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada mediante Auto del dieciocho (18) de noviembre de dos mil dieciséis (2016).

Segundo.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá D.C., del 02 de junio de 2016, que confirmó la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Bogotá D.C., del 22 de abril de 2016, por medio de las cuales se negó la tutela impetrada por la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez contra LATAM Airlines Colombia S.A. En su lugar, TUTELAR el derecho fundamental al debido proceso de la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez.

Tercero.- DECLARAR la ineficacia de la terminación unilateral del contrato laboral de la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez y, en consecuencia, ORDENAR a la empresa LATAM Airlines Colombia S.A. que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, la reintegre en un puesto de trabajo igual al que se encontraba desempeñando (copilota).

Con relación al pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde la terminación del contrato hasta el reintegro efectivo de la empleada, la accionante deberá acudir a la jurisdicción ordinaria laboral con el fin de obtener dicho reconocimiento. Para ello, el juez laboral deberá tener en cuenta lo dispuesto en esta providencia, la cual, se reitera, deja sin efectos la terminación unilateral del contrato de la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez por vulneración de su derecho al debido proceso.

Cuarto.- La orden de reintegro deberá tener en cuenta que el ejercicio efectivo de las funciones de la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez como copiloto está sometida al cumplimiento de los requisitos necesarios para reactivar su licencia, teniendo en cuenta que de conformidad con el Manual de Reglamentos Aeronáuticos, cuando un aviador suspende sus actividades por más de 90 días debe cumplir con unos requerimientos técnicos y evaluaciones adicionales, de conformidad con la parte 2.2.5.8 Recobro de autonomía de la Parte 2 del RAC. No obstante, la orden de reintegro dispuesta en el resuelve tercero no se condiciona a la reactivación de la licencia.

Lo anterior no obsta para que LATAM Airlines Colombia S.A., en uso de sus facultades, convoque la realización de una nueva audiencia garantizando el derecho al debido proceso de la accionante, en los términos dispuestos en esta sentencia y, en caso de decidir su desvinculación definitiva, motive dicha determinación de tal manera que justifique por qué, existiendo diferentes alternativas de soluciones, se inclinan por la más drástica como lo es la terminación unilateral del contrato.

Quinto.- ORDENAR a LATAM Airlines Colombia S.A. que, dentro del mes siguiente a la notificación de esta providencia, inicie un proceso de sensibilización entre sus empleados sobre temas que involucren la igualdad y la no discriminación de género en el mundo laboral de la aviación comercial. Dicha sensibilización deberá estar plasmada en un plan que deberá contemplar, como mínimo: (i) el conocimiento de todos los empleados de la compañía sobre lo dispuesto en esta providencia; (ii) recordar a los trabajadores que la utilización de lenguaje sexista basado en estereotipos de género está prohibido por la Constitución; y también (iii) deberá instruir al área encargada de tramitar las terminaciones de contratos sobre lo dispuesto en esta sentencia.

Sexto.- LIBRAR las comunicaciones -por la Secretaría General de la Corte Constitucional-, así como DISPONER las notificaciones a las partes -a través del Juzgado Diecinueve Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Bogotá D.C.,-, previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Con salvamento de voto

ROCIO LOAIZA MILIAN

Secretaria General (E)

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA T-293/17

DISCRIMINACION POR RAZON DE GENERO-Se omitió injustificadamente garantizar el derecho a la igualdad y a la no discriminación en participación de las mujeres en el cargo de pilotos y copilotos (Salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA PARA PROTEGER EL DERECHO A LA IGUALDAD POR DISCRIMINACION DE GENERO-Debió tutelarse el derecho a la igualdad y a la no discriminación, por la situación particular que enfrentan las mujeres en el ámbito de la aviación comercial (Salvamento de voto)

Referencia: Expediente T-5.697.720

Acción de tutela instaurada por Ana Margarita Mc Brown Vásquez contra LATAM Airlines Colombia S.A.

Magistrado sustanciador:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, a continuación presento las razones que me conducen a salvar el voto en la Sentencia T-293 de 2017, adoptada por la mayoría de la Sala Tercera de Revisión, en sesión del 8 de mayo de ese mismo año.

1. Si bien con esta decisión se amparó el derecho al debido proceso de la accionante, considero que también debió tutelarse su derecho a la igualdad y a la no discriminación. En mi opinión, esta Corporación desaprovechó una valiosa oportunidad para visibilizar la situación particular de discriminación que enfrentan las mujeres en el ámbito de la aviación comercial y, en esa medida, contribuir en la transformación de espacios que aún perpetúan los estereotipos basados en el género, pues en el expediente aparecían varios indicios que permitían inferirlos.

2. La Sentencia T-293 de 2017, de la cual me aparto, estudió la petición de amparo que elevó Ana Margarita Mc Brown Vásquez contra LATAM Airlines Colombia S.A, por considerar que la terminación unilateral de su contrato de trabajo vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad en su manifestación de no discriminación. En particular, la accionante señaló que el motivo real de su despido no obedeció a las bajas calificaciones que obtuvo durante el curso de ascenso a comandante, sino a una situación de discriminación por razones de género, en tanto que en varias ocasiones sus superiores le expresaban que el pilotaje de aeronaves es una tarea reservada para los hombres.

Al resolver el asunto, la providencia precisó que el despido de la accionante no fue consecuencia de discriminación alguna, sino que obedeció a una causal objetiva debidamente probada, esto es, las bajas calificaciones en el curso de ascenso. No obstante, la sentencia advirtió el desconocimiento del derecho al debido proceso de la accionante, en tanto LATAM Airlines no le permitió controvertir su bajo rendimiento en una diligencia de descargos.

3. Como lo sostuve al inicio de este escrito, comparto la decisión de amparar el derecho al debido proceso de la accionante, pero considero que la providencia omitió injustificadamente garantizar el derecho a la igualdad y a la no discriminación de Ana Margarita Mc Brown Vásquez. Al respecto, estimo que la sentencia no logró desvirtuar la sospecha de discriminación generada por los indicios que se observaron en el expediente de la referencia

y, en esa medida, no se probó la existencia de causas suficientes y serias para calificar como razonable la decisión tomada por LATAM Airlines.

4. En los eventos de presunta discriminación resultaría inequitativo que la carga probatoria recayera exclusivamente en la persona que alega ser víctima de dicha discriminación, por cuanto es casi imposible encontrar prueba directa del trato distinto sin razones objetivas de quien veladamente realiza acciones discriminatorias. Entonces, la protección material del derecho a la igualdad obliga al juez constitucional en especial a otorgar un papel preponderante a los indicios que surjan de lo recaudado en el expediente, lo cual impone una carga probatoria especial en el demandado, pues está obligado a demostrar que su conducta se aleja de cualquier parámetro que se considere discriminatorio. En ese sentido y, en mi concepto, dentro del expediente de la referencia existían indicios que demostraban un trato discriminatorio hacia la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez, como paso a exponer a continuación.

5. De conformidad con la información presentada por LATAM Airlines en sede de revisión, cuando un piloto obtiene bajas calificaciones en el curso de ascenso, es posible adoptar las siguientes soluciones (folios 209-212 del cuaderno 1):

- a. a) Someter al piloto a un plan de reentrenamiento para que logre o recupere las habilidades y conocimientos requeridos.
- b. b) Reasignarlo a otro material de vuelo o a otra función en que pueda desempeñarse adecuadamente en el área de gerencia de operaciones, si ello resulta útil para la empresa.
- c. c) Separar definitivamente al piloto de sus funciones de vuelo.
- d. d) Desvincular al piloto de sus funciones con la empresa.

6. Visto lo anterior, advierto que en este caso la empresa accionada resolvió adoptar la medida más drástica para la señora Ana Margarita Mc Brown Vásquez, la cual resulta desproporcionada en relación con el tiempo que llevaba laborando para la aerolínea (8 años) y el buen desempeño que tuvo como copiloto del Boeing 767, pues fue objeto de múltiples felicitaciones y ascensos por su trabajo. Por ello, estimo que ante el abanico de posibilidades que existían, LATAM Airlines pudo ofrecer a la accionante un plan de reentrenamiento o reasignarla como copiloto del Boeing 767. En mi opinión, tal omisión arroja como conclusión la carencia de una adecuada fundamentación en la decisión de retirar a la accionante de la empresa.

Entonces, en mi concepto, las estadísticas presentadas durante el trámite de revisión pueden constituir una fuente de indicios de discriminación, pues evidencian que la participación de las mujeres en el cargo de pilotos y copilotos en LATAM Airlines es indudablemente inequitativa respecto de los hombres.

8. De igual modo, la manifestación de los pilotos de LATAM Airlines y, en especial del profesor que realizaba el entrenamiento en el que la actora obtuvo bajas calificaciones, según la cual, el pilotaje de aeronaves es una tarea reservada para los hombres, es un claro indicativo de la persistencia de estereotipos basados en el género en esa empresa, los cuales necesariamente conducen a la discriminación de las mujeres y dificultan la realización de los derechos fundamentales al trabajo y a la igualdad.

Sobre este punto, cabe reseñar que en el caso Alice Miller contra el Ministerio de Defensa, el gobierno de Israel sostuvo que su política de excluir a las mujeres, entre ellas a Alice Miller, del prestigioso curso de entrenamiento para pilotos ofrecido por la Fuerza Aérea israelí estaba justificada en función de sus roles sexuales tradicionales como madres y esposas. Sin embargo, en una votación histórica, la Suprema Corte Israelí consideró que la exclusión de

las mujeres del curso de entrenamiento para pilotos, era desproporcionada y por tanto, discriminatoria. Incluso, una magistrada en una opinión concurrente explicó que “excluir a las mujeres del curso de aviación viola su dignidad a la vez que las degrada”.

En consecuencia, la manifestación de los pilotos de LATAM Airlines relacionada con las tareas específicamente reservadas a los hombres, constituye una inadmisble diferencia de trato, contraria a la prohibición constitucional de discriminar.

9. Por otra parte, en el caso de Ana Margarita Mc Brown Vásquez, estimo que impedirle defenderse en una audiencia de descargos respecto de sus bajas calificaciones en el curso de ascenso, también representa un claro indicio de discriminación, en tanto fue despedida sin que mediara un criterio objetivo que demostrara que ella no estaba en capacidad de llevar a cabo un plan de reentrenamiento o de continuar laborando para LATAM Airlines como copiloto.

10. Entonces, los elementos e indicios anteriormente señalados, al ser consideradas de forma individual no resultarían elementos suficientes para inferir un trato discriminatorio en contra de la accionante. Sin embargo, su evaluación integral permite deducir la existencia de una situación discriminatoria por parte de LATAM Airlines, pues con un carácter prejuicioso exteriorizado por los pilotos de la compañía y carente de cualquier fundamentación razonable, indirectamente utilizó el género como un parámetro para desvincular a la accionante de dicha empresa.

11. Esta apreciación la confirma el hecho de que LATAM Airlines no haya aportado elementos objetivos y razonables que permitan vislumbrar un comportamiento no discriminatorio respecto de la accionante. Por el contrario, de la información brindada por la propia aerolínea se deja ver el ínfimo porcentaje de mujeres que laboran en dicha empresa, lo que sumado a la situación vivida por la señora Mc Brown Vásquez, brinda elementos suficientes para

concluir que en el actuar de la aerolínea fue determinante el género de la accionante.

12. Además, el hecho de obtener bajas calificaciones en el curso de ascenso no puede considerarse una causal razonable y proporcional para dar por terminada la relación laboral, pues como se explicó previamente, la normativa de la compañía contempla alternativas que sí se acompañan con su obligación de contrarrestar la discriminación y los estereotipos sobre el género en el sector de la aviación. De esa forma, LATAM Airlines debió ofrecer a la accionante un plan de reentrenamiento o reasignarla como copiloto del Boeing 767

13. Bajo ese entendido, considero que la sentencia de la cual me aparto no incorporó una perspectiva de género al solucionar el caso, la cual obliga a flexibilizar la carga probatoria en casos de discriminación, de manera que se privilegien los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes.

14. A su vez, la posición mayoritaria muestra una muy escasa comprensión de los obstáculos que se imponen a las mujeres en el ámbito de la aviación y que -como evidenció el caso de Ana Margarita Mc Brown Vásquez- perpetúan los estereotipos basados en el género de las personas. En ese sentido, también debo mencionar que con esta decisión la Corte Constitucional invisibiliza la lucha constante que han emprendido las mujeres para obtener igualdad de oportunidades en el ámbito de la aviación y permite que estas situaciones se sigan repitiendo.

15. En síntesis, comparto la decisión de amparar el derecho al debido proceso de la accionante, pero considero que la sentencia omitió injustificadamente garantizar el derecho a la igualdad y a la no discriminación de Ana Margarita Mc Brown Vásquez. Al respecto, estimo que la providencia en comento no logró desvirtuar la sospecha de discriminación generada por los indicios que se observaron en el expediente de la referencia, tales como: (i) la adopción de la medida más drástica, la cual resulta desproporcionada en relación con el

tiempo laborado y el buen desempeño que tuvo como copiloto; (ii) las estadísticas de la aerolínea que muestran que la participación de las mujeres en el cargo de pilotos y copilotos es indudablemente inequitativa respecto de los hombres; (iii) los estereotipos de género manifestados por los pilotos de la compañía y en especial por el encargado de evaluar a la accionante; y (iv) el hecho de impedir a la accionante defenderse en una audiencia de descargos respecto de sus bajas calificaciones durante el curso de ascenso.

En estos términos quedan expuestas las razones que me llevaron a salvar el voto con respecto a las consideraciones expuestas y la decisión adoptada en la Sentencia T-293 de 2017.

Fecha ut supra

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

