

Sentencia T-297/17

DERECHO FUNDAMENTAL A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA Y DURANTE EL PERIODO DE LACTANCIA-Reglas jurisprudenciales fijadas en sentencia SU.070/13

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA O EN PERIODO DE LACTANCIA Y DE LA MADRE ADOPTANTE-Reglas sobre el alcance de la protección

La mujer embarazada o lactante es un sujeto de especial protección constitucional a quien le asiste una garantía de estabilidad laboral reforzada, por lo que la protección de sus derechos por vía de tutela solo debe cumplir en esencia dos requisitos (1) la existencia de una relación laboral o de prestación y, (2) que la mujer se encuentre en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación. El alcance de la protección se determinara de acuerdo a la modalidad bajo la cual se encuentre vinculada y si su empleador conocía o no de sus estado

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA O GESTANTE-Extensión al cónyuge, compañero permanente o pareja trabajadora de la mujer carente de vínculo laboral

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA Y EN PERIODO DE LACTANCIA-Prohibición de despido es aplicable durante el embarazo y durante la licencia de maternidad

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA Y EN PERIODO DE LACTANCIA-
Deber de autoridades competentes de revisar normatividad vigente relativa a la prohibición de despido contenida en art.239 del CST

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA-Empleador debe justificar que desvinculación se hizo con justa causa y no para evitar permisos de lactancia de mujer trabajadora

Referencia: Expedientes T-5.658.775, T-5.659.209, T-5.664.317, T-5.667.887, T-5.686.046, T-5.719.364, T-5.730.040, T-5.738.997, T-5.746.127, T-5.754.345 y T-5.756.047.

Acciones de Tutela instauradas por Patricia Celis, Ana Paola Torres Sánchez, Daniela Rojas Castañeda, Liliana Clavijo Amézquita, Johanna Beatriz Cifuentes Alonso, María Yuri Ospina Fernández, Yorladis Rosa Espitia Baltazar, Elisabeth Amarilis Amor Daza, Leydis Pacheco Ríos, Rosmery Méndez González y Yeimi Berrío Acosta contra la Asociación de Padres de Familia del Hogar Infantil Belén, la empresa CBI Colombia, el Hospital San Rafael de Girardota, Antioquia E.S.E, el Fondo Nacional del Ahorro, Rober Yuleymar Escobar Franco, Blanca Stella Ortiz, E.S.E Centro de Salud con Cama “Vitalicio Sara Castillo” de Soplaviento Bolívar, Empresa Company Service Food S.A.S, Comercializadora J y C BPO S.A.S., Francisco Monroy y la Sociedad ABANTARI S.A.S.

Magistrado ponente:

AQUILES ARRIETA GÓMEZ

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

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Aquiles Arrieta Gómez -quien la preside-, Alberto Rojas Ríos y José Antonio Cepeda Amarís, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente de las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos por: (i) el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Conocimiento de Cúcuta (T-5.658.775); (ii) el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cartagena (T-5.659.209); (iii) el Juzgado Penal del Circuito de Girardota, Antioquia (T-5.664.317); (iv) el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá (T-5.667.887); (v) el Juzgado Treinta y Nueve Civil del Circuito de Bogotá (T-5.686.046); (vi) el Juzgado Cincuenta y Nueve Penal Municipal de Bogotá (T-5.719.364); (vii) el Juzgado Treinta y Cinco Civil del Circuito de Bogotá (T-5.730.040); (viii) el Juzgado Promiscuo Municipal de Soplaviento Bolívar (T-5.738.997); (ix) el Juzgado Veinticuatro Civil Municipal de Bogotá (T-5.746.127); (x) el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá (T-5.754.345); y (xi) el Juzgado Trece Penal Municipal de Cartagena (T-5.756.047).

Los expedientes T-5.658.775, T-5.659.209, T-5.664.317 y T-5.667.887 fueron seleccionados y acumulados por presentar unidad de materia relacionada con la protección de la trabajadora en estado de embarazo, por la Sala de Selección Número Ocho de la Corte Constitucional,

mediante Auto proferido el once (11) de agosto de dos mil dieciséis (2016), para ser fallados en una sola sentencia. Mediante Auto del diecinueve (19) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), la Sala de Selección Número Nueve de la Corte Constitucional acumuló los expedientes T-5.719.364, T-5.730.040 y T-5.738.997. Posteriormente, mediante Auto del veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), la Sala de Selección Número Nueve de la Corte Constitucional acumuló los expedientes T-5.754.345, T-5.756.047 y T-5.746.127. Finalmente, mediante Auto del catorce (14) de octubre de dos mil dieciséis (2016), la Sala Séptima de Revisión acumuló el expediente T-5.686.046.

I. ANTECEDENTES

1. EXPEDIENTE T-5.658.775

1.1. Hechos y solicitud

Patricia Celis instauró acción de tutela contra la Asociación de Padres de Familia del Hogar Infantil Belén por considerar que fueron vulnerados sus derechos fundamentales al mínimo vital y estabilidad laboral reforzada. Señaló que se vinculó laboralmente con la empresa Asociación de Padres de Familia del Hogar Infantil Belén desde hace año y medio a través de contrato a término fijo. En tres oportunidades su contrato laboral fue renovado, siendo la última fecha de renovación desde el 9 de marzo de 2015 hasta el 15 de diciembre de 2015.

Quedó en estado de embarazo estando vinculada a la empresa y durante el tiempo de gestación trabajó normalmente hasta el 5 de diciembre de 2015, fecha de nacimiento de su hijo. El 26 de febrero de 2016, estando en licencia de maternidad, recibió una carta de la empresa en la que le comunicaban la terminación unilateral del contrato como consecuencia de la no renovación del contrato de aportes que tenía la sociedad con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Teniendo en cuenta lo anterior, interpuso acción de tutela invocando la garantía de sus derechos fundamentales y la protección que se ha dado a las mujeres en

estado de embarazo o en licencia de maternidad y solicita se ordene a la sociedad accionada el reintegro a su puesto de trabajo o la reubicación en otro lugar.

1.2. Contestación de la demanda

Dentro del término concedido, la Asociación de Padres de Familia del Hogar Infantil accionada guardó silencio. La ARL Positiva manifestó que no ha vulnerado derecho alguno de la accionante teniendo en cuenta que: (i) nunca se ha reportado accidente laboral o enfermedad laboral, y (ii) las manifestaciones de la accionante se dirigen a obtener el reintegro laboral, obligación que no está a cargo de la administradora de riesgos laborales, razón por la cual no es procedente su vinculación al trámite de la acción de tutela. El Ministerio de Trabajo informó que no existe solicitud de la Asociación de Padres de Familia del Hogar Infantil Belén para dar por terminado el contrato de trabajo con la señora Patricia Celis.

1.3. Decisión de instancia

En sentencia de única instancia, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Conocimiento de Cúcuta negó la acción de tutela al considerar que (i) el fuero de la accionante terminó el 4 de marzo de 2016, día en que formuló la acción de tutela y (ii) la accionada manifestó que continuaría pagando a la tutelante la seguridad social del mes de marzo por estar en licencia de maternidad, de tal manera que no se presentó vulneración de derecho alguno. Advirtió, también que la accionante puede acudir a la jurisdicción laboral si considera que tiene derecho a indemnizaciones, salarios y prestaciones sociales que haya podido dejar de percibir.

2. EXPEDIENTE T-5.659.209

2.1. Hechos y solicitud

2.1.1. Ana Paola Torres Sánchez interpuso, mediante apoderado, acción de tutela contra CBI Colombiana S.A., por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al mínimo vital, al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, a la seguridad social y los derechos del menor. Indicó que suscribió contrato de trabajo a término fijo por duración de obra o labor contratada el 18 de enero de 2013 con la empresa CBI Colombiana, para desempeñar el cargo de oficinista de campo con una remuneración mensual de \$2.620.683 M/C. Posteriormente, señala, el 1º de abril de 2013 suscribió un Otrosí al contrato de trabajo inicial, en donde la empresa accionada decidió modificar la modalidad contractual y variar el contrato de duración de obra o labor definida a término fijo por siete (07) meses. Dicho contrato fue prorrogado de manera automática y sucesiva durante tres periodos, los cuales vencieron el 4 de agosto de 2015.

2.1.2. El 7 de octubre de 2014 la accionante se enteró de su estado de embarazo, situación que comunicó de manera inmediata a su empleador. El 5 de junio de 2015 la señora Ana Paola dio a luz a su hijo y el 4 de agosto siguiente la entidad accionada envió oficio mediante el cual le informó acerca de la terminación de su contrato de trabajo, el cual se haría efectivo una vez culminada su licencia de maternidad, es decir, el 7 de septiembre de 2015. Por último, precisó que actualmente se encuentra desprovista de salario y seguridad social, pues ella y su cónyuge se encuentran sin empleo, lo cual genera un riesgo para su hijo recién nacido ya que éste requiere de controles médicos rutinarios. Con base en lo anterior, solicita la protección de sus derechos fundamentales y en consecuencia se declare la ineficacia de su despido y sea reintegrada a su cargo.

2.2. Contestación de la demanda

2.2.1. La empresa CBI Colombiana S.A. se pronunció acerca de los hechos que originaron la acción de tutela indicando:

“Solicito vincular a la EPS Sura, para que se sirva certificar la fecha de inicio y culminación de la licencia de maternidad de la señora Ana Paola Torres Sánchez. || (...) CBI COLOMBIANA S.A. contrató laboralmente a la accionante para que contribuyera con el aporte de su fuerza de trabajo, con la ejecución de un contrato de montaje de la refinería de Cartagena, proyecto que consiste en realizar un conjunto de obras físicas de construcción, adecuación y por supuesto las simultaneas y necesarias actividades administrativas, por lo que toda posición laboral que fue creada, entre esas la que desempeñó la demandante, lo fue bajo claros y objetivos parámetros de temporalidad, además fueron conocidas por y explicadas a la accionante. || Lo que era indeterminable, y por eso, el manejo del contrato, era [...] determinar exactamente la duración concreta de cada actividad que a su vez imponía la apertura de plazas de trabajo.

En este orden de ideas, la accionante siempre supo que su contratación no tenía y no podía tener vocación de permanencia, pues mal podría pretenderse que se mantengan abiertas posiciones laborales cuando el proyecto ha llegado a un avance tal que ha empezado a materializar lo que siempre se conocía: que llegaría el momento en que todos los trabajadores que repito fueron vinculados temporalmente, empezarían a ser desvinculados, escalonadamente y de conformidad con los avances de la obra.

Frente a lo ampliado es imposible considerar un eventual reintegro de la accionante dado el grado de avance del 100 % de la obra contratada y ejecutada por CBI Colombiana S.A., pues para que una obligación exista es necesario que sea física y jurídicamente posible (...). || Vencidos los 98 días estipulados, mi representada hizo efectiva la carta de terminación del contrato a término inferior a un año, procediendo con su desvinculación. || Es cierto que mi

representada no desconoció su estado de embarazo, respetando sus derechos manteniéndola vinculada a la compañía (...). || El día 4 de agosto de 2015, se le entregó a la accionante terminación de su contrato a término inferior a un año, de conformidad con el preaviso entregado el día 13 de enero de 2015, dicha decisión fue soportada en base a la aproximación de la finalización del proyecto de expansión de la refinería de Cartagena. No obstante a ello, a la señora Ana Paola Sánchez Torres, se le consideró su estado de embarazo y la terminación se haría efectiva una vez concluya su protección especial, es decir, a la finalización de la licencia de maternidad (...)"

2.2.2. La señora Ana Paola Torres, se opuso a la contestación realizada por la empresa accionada y precisó algunos puntos. En primer lugar, aclaró que el motivo del escrito era explicar varias afirmaciones erradas de la empresa y poner en conocimiento otras circunstancias. Indicó que lo que pretende dar a conocer la accionada es que el contrato de trabajo se dio por terminado unilateralmente durante el término de la licencia de maternidad sin mediar permiso del Ministerio de Trabajo, es decir el 4 de agosto de 2015, sin embargo extendieron los efectos del mismo hasta el día de la terminación de la mentada licencia, es decir el 6 de septiembre de la misma anualidad, desconociendo flagrantemente el periodo de lactancia que corresponde a los tres meses siguientes luego de finalizada la licencia de maternidad. Por tanto, la terminación del vínculo laboral es ilegal y debe ser declarada ineficaz por el juez laboral competente.

2.3. Decisiones de instancia

2.3.1. En primera instancia, el Juzgado Doce Civil Municipal de Cartagena negó el amparo invocado por no encontrar violentado derecho fundamental alguno, pues el presunto hecho vulnerador se concreta en el despido efectuado el 7 de septiembre de 2015, fecha para la cual la accionante ya había disfrutado de su licencia de maternidad, lo cual se puede

evidenciar del Certificado de licencia. De tal manera, la conducta asumida por CBI Colombiana fue apegada a los preceptos jurisprudenciales sobre el caso, la accionante no se encontraba desprovista de trabajo y seguridad social durante su embarazo o los tres meses posteriores al parto y que mal podría esa judicatura considerar que el despido obedeció a un acto discriminatorio del empleador contra la accionante por su estado de gravidez. Inconforme con la decisión de instancia la actora impugnó, sin sustentación adicional.

2.3.2. En segunda instancia, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cartagena confirmó en su totalidad la decisión proferida en primera instancia.

3. EXPEDIENTE T-5.664.317

3.1. Hechos y solicitud

3.1.1. Daniela Rojas Castañeda interpuso acción de tutela contra el Hospital San Rafael de Girardota, Antioquia E.S.E., por considerar que esta entidad vulneró sus derechos fundamentales a la vida digna, a la igualdad, a la seguridad social, al trabajo y al mínimo vital. Manifestó que vive con su mamá, hermana y compañero permanente, quien se desempeña como “trabajador dependiente” y con quien asume todos los gastos del hogar. Su única fuente de ingresos son sus trabajos, pues no poseen rentas ni subsidios por parte de alguna entidad.

3.1.2. Se encontraba vinculada como contratista al Hospital San Rafael de Girardota, Antioquia E.S.E., desde septiembre de 2014 como supernumeraria, y a partir del 3 de marzo de 2015 fue nombrada Auxiliar Administrativa. Sus funciones consistían, entre otras, en programar la agenda de los médicos, hacer inducción de los diferentes programas de

promoción y prevención del hospital, agendar visitas de pacientes con riesgos de salud, crecimiento y desarrollo, elaborar oficios y entregar soportes a facturación. El término de duración del contrato fue de 9 meses y 28 días, contados a partir del 4 de marzo al 31 de diciembre de 2015, el cual se desarrolló de lunes a viernes en horario de 8 de la mañana a 5 de la tarde. A finales del mes de mayo de 2015, se enteró que estaba embarazada, informando dicha situación a la supervisora del contrato y comunicando todas las citas médicas, exámenes y controles realizados. El 29 de diciembre de 2015, su supervisora le informó que el contrato de prestación de servicios celebrado entre ella y la E.S.E. se realizó en cumplimiento del contrato interadministrativo No. 6 suscrito con el municipio de Girardota para desarrollar la estrategia Atención Primaria en Salud, el cual tenía plazo de ejecución hasta el 31 de diciembre de 2015, motivo por el cual, ante el vencimiento del plazo contractual, no sería renovado su contrato.

3.1.3. La accionante se encuentra en una situación económica precaria, sin poder pagar seguridad social, la cual es indispensable en su avanzado estado de embarazo, al contar, al momento de la interposición de la tutela, con 38 semanas de gestación.

3.2. Contestación de la demanda

El Hospital San Rafael de Girardota E.S.E. argumentó que la terminación del contrato de la peticionaria se debió a la expiración del plazo, dejando de existir las causas que dieron origen al mismo. Agregó que no existe prueba de lo afirmado por la accionante en relación con la afectación a su mínimo vital y, finalmente, sostuvo que, de conformidad con los últimos pronunciamientos del Consejo de Estado, la estabilidad laboral reforzada de las mujeres embarazadas no se aplica en los contratos de prestación de servicios.

3.3. Decisiones de instancia

3.3.1. En primera instancia, el Juzgado Segundo Penal Municipal de Girardota, Antioquia, negó la acción de tutela por considerar que: (i) el vencimiento del término del contrato de prestación de servicios, no constituye un acto discriminatorio de la mujer embarazada, lo cual queda demostrado con el hecho de que una vez enterado el demandado de la condición de la contratista, respetó todo el tiempo legítima e inicialmente pactado, continuando su contrato por el término de siete meses hasta vencerse el periodo previamente convenido; (ii) no se evidenció la afectación del mínimo vital de la actora o su hijo, teniendo en cuenta que su compañero permanente se encuentra trabajando; (iii) no se demostró la existencia de una relación laboral; y (iv) la accionante cuenta con otros mecanismos de defensa judicial para el reclamo de sus pretensiones. La accionante impugnó el fallo afirmando que (i) el dinero que hay en sus cuentas (\$409.716) no es suficiente para cubrir todos los gastos del hogar, (ii) el juez no tuvo en cuenta que en desarrollo del contrato cumplía un horario y estaba bajo subordinación, (iii) por sus propios medios ha tratado de conseguir el valor del pago de la seguridad social, no obstante al haberse atrasado en el pago de los meses de enero y febrero de 2016, la EPS no le quiere pagar la licencia de maternidad.

3.3.2. En segunda instancia, el Juzgado Penal del Circuito de Girardota, Antioquia, resolvió confirmar la decisión de primera instancia por las mismas razones esgrimidas.

4. EXPEDIENTE T-5.667.887

4.1. Hechos y solicitud

4.1.1. Liliana Clavijo Amézquita instauró acción de tutela contra el Fondo Nacional del Ahorro por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al trabajo, la igualdad y dignidad humana. Relató que inició sus labores en el Fondo Nacional del Ahorro en el área de desembolsos, el 20 de enero de 2014. En noviembre de ese año, suscribió nuevo contrato como consecuencia del cambio de temporal de servicios y en septiembre fue trasladada al

grupo de Legalización y desembolsos, cuyas funciones eran realizar estudio de títulos, proyectar escrituras públicas y demás procedimientos hasta culminar la legalización del crédito. En diciembre de 2014 señala, quedó embarazada; seis meses después, en junio de 2015, le diagnosticaron que era de alto riesgo. Por este motivo, estuvo incapacitada por quince días. Luego, en julio la trasladaron al área de PQR (peticiones, quejas y reclamos), para contestar derechos de petición por el cierre del departamento de Legalización y desembolsos. El 15 de septiembre de 2015 nació su hija y empezó la licencia de maternidad, la cual terminó el 21 de diciembre de 2015.

4.1.2. El contrato entre la empresa temporal y el Fondo Nacional del Ahorro terminó el 30 de septiembre de 2015. Se comunicó con la temporal para averiguar por el pago de su licencia y ellos, dice, le respondieron que le pagarían su prestación y que, además, al terminar la licencia debía presentarse ante ellos. No obstante, señala que los pagos se hicieron de forma extemporánea. El 22 de diciembre de 2015, cuando terminó su licencia, se presentó ante al FNA para averiguar sobre su situación laboral y le respondieron que “seguramente [su] vacante la habían ocupado ya que [ella] no estaba trabajando” por lo que “no podían hacer nada”. Acto seguido, se dirigió a su antiguo puesto de trabajo el cual encontró en el mismo estado en el que lo dejó y desocupado. Se dirigió a la temporal para obtener respuesta, sin embargo, no fue atendida porque ese día era la fiesta de fin de año de la empresa. Por ese motivo, dejó radicada una carta la cual quedó recibida con fecha errada del 21 de diciembre de 2015.

4.1.3. El 24 de diciembre de 2015 recibió en su correo carta de terminación del contrato y requerimiento para hacer exámenes de egreso. En ese momento, se encontraba fuera de la ciudad por lo que tenía que enviar el recibido para que pudieran pagarle el mes de diciembre y su liquidación. Expone que la carta firmada la remitió el 28 de diciembre. Se comunicó telefónicamente con la empresa y le informaron que ellos solo respondían por la licencia de maternidad; que debía dirigirse al Fondo Nacional del Ahorro para que la volvieran a contratar. Alega que se encuentra preocupada pues su esposo no tiene trabajo y no cuentan con los medios económicos para cubrir los gastos de su hija, quien se puede quedar sin el

servicio de salud para acudir a sus controles mensuales. Además, manifiesta que fue “maltratada y humillada” por la empresa después de trabajar casi dos años. Por lo anterior, solicita la protección de sus derechos y se ordene a la accionada el reintegro a su puesto de trabajo o la reubicación en otro lugar.

4.1.4. En sentencia del 27 de enero de 2016, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral negó por improcedente la tutela de los derechos fundamentales invocados, aduciendo que “lo que a todas luces no es viable en sede de tutela, evidenciándose para ello la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, como es, el acudir a la jurisdicción ordinaria laboral para dilucidar el conflicto materia de esta acción”. Esta decisión fue impugnada por la accionante. En segunda instancia, mediante Auto del 6 de abril de 2016, la Corte Suprema de Justicia decretó la nulidad del proceso por considerar que la acción de tutela en primera instancia debió tramitarla un juzgado de circuito.

4.2. Contestación de la demanda

4.2.1. El Fondo Nacional del Ahorro manifestó que no vulneró los derechos fundamentales de la accionante ya que: (i) no se demostró la relación laboral con la empresa, por lo tanto no existe obligación de reintegrarla; (ii) la relación laboral alegada tiene nacimiento en los contratos suscritos con las empresas de servicios temporales Uno A y Optimizar, quienes ostentan la calidad de empleadores con quienes la entidad celebró contratos para recibir apoyo en actividades misionales tendientes al fortalecimiento de la misión y visión a nivel nacional. De manera que lo explicado excluye cualquier vínculo laboral de la accionante con el Fondo Nacional del Ahorro. (iii) Finalmente, aclara que “el contrato de prestación de servicios no. 147 del 2015 celebrado entre el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. finalizó el 30 de septiembre de 2015, por lo cual no existe actualmente un vínculo comercial entre el FNA y la temporal anteriormente mencionada (...).”

4.2.2. La empresa Temporales Uno A Bogotá S.A. solicitó que se declarara improcedente la acción. Manifestó que “contrató a la accionante para ser enviada como trabajadora en misión y la modalidad contractual fue la de la duración de la obra o labor contratada”. Dicho contrato estuvo vigente entre el 20 de enero y el 30 de noviembre de 2014 y terminó cuando el Fondo Nacional del Ahorro informó de la terminación de la obra contratada. Además, señaló que nunca ha sido intención de la empresa causar daño a la accionante y que no se observa ninguna circunstancia que sitúe a la señora Clavijo en protección laboral reforzada. Por su parte, la empresa Optimizar Servicios Temporales, se opuso a las pretensiones alegando que ha garantizado los derechos laborales de la trabajadora y que en la actualidad no existe contrato de prestación de servicios entre la temporal y el Fondo Nacional del Ahorro, siendo ésta la razón por la cual se dio por terminada la relación laboral con la accionante.

4.3. Decisión de instancia

En única instancia, el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, negó el amparo de los derechos solicitados por cuanto la vía ordinaria laboral es el procedimiento establecido para ventilar sus pretensiones. Además, no se demostró la inminencia u ocurrencia de un perjuicio irremediable que haga procedente la acción, de manera transitoria.

5. EXPEDIENTE T-5.686.046

5.1. Hechos y Solicitud

Johanna Beatriz Cifuentes Alonso presentó acción de tutela contra el señor Rober Yuleymar

Escobar Franco, propietario del establecimiento de comercio SAMICEL A.C.C., por considerar que desconoció sus derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital y a la salud. Señaló que fue contratada como vendedora por el accionado, mediante contrato de trabajo indefinido desde el 2 de enero de 2015, con una asignación mensual de \$800.000, incluido el subsidio de transporte. Luego, relata que en el mes de mayo de 2015 informó a su empleador sobre su estado de embarazo, quien le propuso que “para cuidar su embarazo” renunciara, comprometiéndose a continuar con el pago de la seguridad social. Al momento de presentar su renuncia contaba con 4 meses de embarazo, y a la fecha el señor Escobar Franco no había dado cumplimiento a lo acordado, pese a tener un embarazo de alto riesgo, que implicó que fuera incapacitada varias veces. Mediante derecho de petición le solicitó al accionado dar cumplimiento a lo acordado. Tuvo a su bebe el 24 de enero de 2016, y afirma que al no estar vinculada laboralmente no cuenta con ingresos que permitan su manutención y la de su hijo.

5.2. Contestación de la demanda

5.2.1. El señor Rober Yuleimar Escobar Franco solicitó denegar la acción de tutela interpuesta, al no haberse vulnerado ningún derecho fundamental y tratarse de una controversia que debe ser resuelta por la justicia laboral. Señaló que la peticionaria presentó su renuncia irrevocable, por lo que se procedió a efectuar su retiro del sistema de seguridad social el último día hábil de septiembre de 2015, tal como consta en la planilla de seguridad social. Explicó que de manera voluntaria y a manera de agradecimiento se ofreció a pagar la EPS de la accionante, quien se comprometió a cancelar los aportes a pensión. Sin embargo, ante la negativa de ella de efectuar el pago, tampoco canceló lo ofrecido, pues “no estaba en capacidad de obsequiar el pago de pensión también”. Afirmó que el embarazo de la accionante nunca fue causal de retiro o terminación del contrato, insistiendo en que fue ella quien de manera voluntaria renunció a su cargo, cuando además ya habían transcurrido 4 meses de embarazo. Manifestó que a la accionante se le pagaron sus salarios, prestaciones sociales y seguridad social hasta el 30 de septiembre de 2015, fecha hasta la cual ella manifestó en su carta de renuncia que iba a laborar, realizándose la respectiva liquidación y pago del contrato laboral. Finalmente, reiteró que al momento de presentar la renuncia, no existió coacción alguna, tal como consta en la carta de renuncia presentada en la que indica

textualmente “ya que usted y yo habíamos tenido una charla donde yo había manifestado mis intenciones de retiro”.

5.2.2. El Ministerio de Trabajo, vinculado al trámite de la acción, solicitó declarar la improcedencia de la misma frente a dicha cartera, por cuanto no existe obligación ni responsabilidad alguna de su parte para con la accionante. Pese a lo anterior, se pronunció respecto a la figura de la renuncia voluntaria de una mujer en estado de embarazo. Sobre el particular, advirtió que cuando ésta se realiza de manera voluntaria y es una decisión propia de la trabajadora, debe tratarse con mucho cuidado, pues puede configurarse la figura del despido indirecto injustificado, que consiste en que “el trabajador renuncia voluntariamente, pero el fondo del asunto, es que la trabajadora ha sido presionada, forzada a presentar de ‘forma voluntaria’ su renuncia, lo cual también está prohibido, y de probarse tal situación, se configura el despido indirecto injustificado, lo que naturalmente tiene como consecuencia la obligación para la empresa de indemnizar a la trabajadora”. De esta manera, y partiendo del hecho de que la mujer embarazada o en periodo de lactancia goza de una especial protección, señaló que se deben estudiar muy bien las circunstancias y el momento en el que la trabajadora decide renunciar por su propia voluntad. Al respecto, trajo a colación lo establecido en el concepto 11566 de 2008 del Ministerio de la Protección Social. Por último, resaltó que el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo establece la prohibición de despedir a cualquier trabajadora por motivo de embarazo o lactancia, operando la presunción de que el despido es por dicho motivo, cuando se produce dentro del periodo de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto y sin autorización de las autoridades laborales.

5.3. Decisiones de instancia

5.3.1. En primera instancia, el Juzgado Treinta y Nueve Civil Municipal de Bogotá negó el amparo solicitado. Consideró que tras examinar el material probatorio, se pudo corroborar que la peticionaria renunció de manera libre, espontánea y voluntaria a su cargo, en atención a que no podía realizar sus labores de forma cumplida y completa. Así las cosas, coligió que al no existir evidencia de coacción alguna por parte del accionado, se excluye toda posibilidad de una vulneración a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada. El

apoderado judicial de la accionante impugnó la decisión al considerar que el juez de instancia no tuvo en cuenta el principio indubio pro operario. Alegó que el juez debió resolver a favor de la trabajadora las dudas existentes frente a la renuncia o despido. En este sentido, debió establecer que efectivamente existió una “renuncia condicionada” y que el empleador incumplió lo acordado en ella. Destacó que existe una vulneración a los derechos fundamentales de la peticionaria y de su hijo al no realizarse el pago de la seguridad social.

5.3.2. En segunda instancia, el Juzgado Treinta y Nueve Civil del Circuito de Bogotá, confirmó en su integridad la decisión de primera instancia.

6. EXPEDIENTE T-5.719.364

6.1. Hechos y solicitud

María Yuri Ospina Fernández interpuso acción de tutela contra la Empresa Company Service Food S.A.S., por considerar que esta entidad le vulneró sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la igualdad, al debido proceso, a la salud, a la dignidad, al fuero de maternidad y al mínimo vital. Relató que ingresó a laborar el 1º de abril de 2015 con la empresa accionada, siendo remitida a prestar sus servicios a la Secretaría de Integración Social, mediante contrato a término fijo inferior a un año, con una asignación mensual de \$896.291. Señala que, en el mes de noviembre de 2015, informó a la Empresa Company Service Food su estado de embarazo. No obstante, el 24 de mayo de 2016, al contar con 8 meses de gestación, el empleador Iván Monroy le ordenó no laborar más, advirtiéndole que continuaría percibiendo su sueldo y contando con afiliación al sistema de seguridad social. Al recurrir al Ministerio de Trabajo a exponer lo ocurrido, le recomendaron interponer una tutela como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. La señora Ospina Fernández tiene 34 años de edad, es madre cabeza de familia, tiene 2 hijos de 14 y 16 años, y depende exclusivamente de su salario para suplir todas las necesidades de

su núcleo familiar.

6.2. Contestación de la demanda

La Secretaría Distrital de Integración Social de Bogotá contestó la acción de tutela y solicitó ser desvinculada del trámite de la misma, al no haber vulnerado ningún derecho fundamental de la peticionaria. Argumentó no tener ningún vínculo laboral, contractual o comercial con la accionante. Aportó al proceso un contrato de prestación de servicio con la Sociedad Company Service Food S.A.S., para la prestación del servicio de aseo, cafetería, lavandería y preparación de alimentos, a un plazo de 285 días calendario, esto es, 9 meses y 15 días, siendo responsabilidad del contratista asumir el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones laborales del personal, operario, coordinadores y supervisores que contrate.

Por su parte, el Representante Legal de la Empresa Company Service Food S.A.S. solicitó negar la acción de tutela promovida por la señora María Yuri Ospina, teniendo en cuenta que no fue despedida, sino que la labor para la que fue contratada en Bogotá finalizó, siendo imposible que la empresa, cuyo domicilio es Casanare, la vincule en la prestación de otro servicio. Actualmente, se alegó, no se tienen más contratos en Bogotá. La empresa adjuntó copia de las planillas de liquidación del pago de seguridad social a favor de la peticionaria y copia de la solicitud de permiso de terminación del contrato de trabajo ante el Ministerio de Trabajo, realizada el 15 de junio de 2016.

6.3. Decisión de instancia

El Juzgado Cincuenta y Nueve Penal Municipal de Bogotá negó la tutela por considerar que el empleador no dio por terminado el contrato de trabajo con la accionante por ocasión de su estado de embarazo, sino en razón a la finalización del objeto del contrato de prestación de servicios suscrito con la Secretaría de Integración Social de Bogotá. Advirtió que el permiso de despido realizado ante el Ministerio de Trabajo se presentó 20 días después de la

terminación del contrato, razón por la cual es procedente la protección, conforme a la regla jurisprudencial consistente en “que si el empleador no acude ante el inspector de trabajo, el juez de tutela debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la renovación sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela”. En este orden, determinó que la medida de renovación del contrato no procede, en atención a lo manifestado tanto por la empresa accionada como por la Secretaría de Integración Social de Bogotá. Adicionalmente, como se constata de las planillas del pago de seguridad social, la accionante continuó afiliada los meses de junio y julio de 2016, es decir, durante todo el tiempo de gestación.

7. EXPEDIENTE T-5.730.040

7.1. Hechos y Solicitud

Yorladis Rosa Espitia Baltazar presentó acción de tutela contra la señora Blanca Stella de Ortiz, por considerar que la accionada vulneró sus derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital y a la salud. La peticionaria fue contratada como empleada del servicio doméstico el 16 de abril de 2015, mediante contrato verbal de trabajo, con un salario mensual de \$650.000, sin incluir el subsidio de transporte, y con un horario de 8:00 a 4:00 pm de lunes a sábado. Durante la ejecución del contrato se realizó exámenes para verificar su estado de embarazo, el cual fue comunicado a la empleadora. El 15 de marzo de 2016, estando en el séptimo mes de gestación, la accionada dio por terminado el contrato aduciendo que debía descansar el tiempo que faltaba para que naciera el bebé. Nunca fue afiliada a seguridad social, sostiene, y en la actualidad no cuenta con ingresos para velar por el cuidado de su hijo ni el de ella. Con la terminación del contrato, alega, la demandada no tuvo en cuenta los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre este tema. En consecuencia, solicita el reintegro a sus labores y la afiliación al sistema de seguridad social con los respectivos pagos.

7.2. Contestación de la demanda

La señora Blanca Stella de Ortiz se opuso a la acción de tutela y señaló que ella nunca tuvo una relación laboral con la demandante, tiene 80 años de edad, está incapacitada visualmente y tiene problemas de movilidad. No son ciertos los hechos que se narran en la demanda, dice, y añade que fue su nieta, Martha Cecilia Ortiz Restrepo la que contrató a la señora Espitia. La señora Martha Cecilia Ortiz Restrepo, vinculada al proceso, guardó silencio.

7.3. Decisiones de instancia

7.3.1. En primera instancia, el Juzgado Catorce Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Bogotá, negó el amparo solicitado. Consideró que tras examinar el material probatorio, se pudo corroborar que la accionada no fungió como empleadora de la peticionaria y que no era posible condenar a la señora Martha Ortiz Restrepo, toda vez que la demandante la desconoce como empleadora. Así las cosas, se abstuvo de dictar orden alguna a la vinculada y negó la protección invocada. La accionante impugnó la decisión de primera instancia, al considerar que no son ciertas las afirmaciones hechas por la demandada. Si bien su nieta la llamó para hacer entrevista, aquel día no estuvo allí y habló directamente con la señora Blanca Stella de Ortiz. El contrato fue verbal y el argumento de tener problemas de visión y de columna no es suficiente prueba para negar la relación laboral. Además, asegura, en este caso no hubo autorización del Ministerio de Trabajo para despedirla y por tanto sus derechos han sido vulnerados.

7.3.2. En segunda instancia, el Juzgado Treinta y Cinco Civil del Circuito de Bogotá, confirmó en su integridad la decisión de primera instancia. Consideró que no existía prueba de la relación laboral y por tanto, debía acudir a la jurisdicción laboral para aclarar las dudas probatorias que existen en este caso.

8. EXPEDIENTE T-5.738.997

8.1. Hechos y solicitud

8.1.1. Elisabeth Amarilis Amor Daza instauró acción de tutela contra la E.S.E. Centro de Salud con Cama “Vitalicio Sara Castillo” de Soplaviento Bolívar por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, dignidad y a la estabilidad laboral reforzada de las madres cabeza de hogar. Manifestó que desde el año 2012 venía desempeñando labores en la E.S.E. Centro de Salud con Cama “Vitalicio Sara Castillo” de Soplaviento Bolívar en el cargo de Asistencia de Gerencia por contrato OPS. El 11 de agosto de 2015 se dirigió al Jefe de Recursos Humanos, en su momento el señor José Ignacio Sarmiento Mejía, para informarle su estado de embarazo. En el transcurso de éste le renovaron el contrato hasta el 31 de diciembre de 2015, sin embargo le remitieron oficio mediante el cual su vínculo laboral le fue terminado por motivos de año nuevo y le informaron que el mismo sería renovado el 1 de enero de 2016.

8.1.2. Por razones de salud fue remitida al hospital el 28 de diciembre de 2015, con diagnóstico de rompimiento de membrana prematura. Fue hospitalizada hasta el 31 de diciembre de la misma anualidad, día en el que le practicaron la cesárea. Su hijo no tenía el tiempo completo de gestación. La EPS le otorgó licencia de maternidad por 97 días a partir del 02 de enero de 2016, la cual fue enviada a su sitio de trabajo y recibida por Nairon Nieto Sarmiento, técnico administrativo de la E.S.E. Señaló que terminada su licencia de maternidad regresó a su sitio de trabajo y encontró a la nueva gerente, quien le manifestó que no le podía renovar su contrato por tratarse su vinculación de una orden de prestación de servicios. Con base en lo anterior, solicita se ordene a la entidad accionada la reintegren al cargo que venía desempeñando, puesto que se encontraba en estado de protección al momento de la terminación del contrato.

8.2. Contestación de la demanda

Dentro del término concedido, la entidad accionada manifestó que no ha vulnerado derecho alguno de la accionante por cuanto ella recibió de parte de la misma el pago de su contrato de prestación de servicios desde el 1 hasta el 31 de diciembre de 2015. Respecto del derecho a la igualdad, afirma que en ningún momento se ha vulnerado por cuanto a los demás trabajadores se les pagó el valor de su contrato hasta la fecha de terminación del mismo. Recibió igual trato que los demás. No es madre cabeza de hogar por cuanto recibe del padre del menor la parte económica y social que le corresponde. Agregó que al estar vinculada la actora a la entidad accionada por medio de contrato de prestación de servicios, es por un tiempo determinado. Es decir, tiene una fecha de inicio y una de finalización. Además, el contratista no devenga salario sino honorarios, lo cual no genera ningún vínculo laboral con la institución.

8.3. Decisión de instancia

El Juzgado Promiscuo Municipal de Soplaviento, Bolívar, negó la tutela de los derechos fundamentales invocados. Consideró que el fuero de la accionante ya había terminado al momento de instaurar la acción de tutela, puesto que ya habían culminado los 3 meses de la licencia de maternidad y al momento de terminación de la misma no tenía contrato vigente ni prórroga del mismo, por lo que el amparo no la cobijaba y no tenía el intervalo para pedir la prórroga del contrato por fuero de la maternidad. Finalmente, advirtió que “al estudiar las circunstancias particulares del presente asunto, encuentra el despacho que dentro de los hechos narrados y las pruebas aportadas no se encuentra acreditada que se dan los presupuestos de la Estabilidad Laboral reforzada, motivo por el cual no encuentra el Juzgado mérito alguno para vislumbrar la procedencia de la tutela”. Por este motivo, declaró improcedente la acción de tutela interpuesta por Elisabeth Amarilis Amor Daza.

9. EXPEDIENTE T-5.746.127

9.1. Hechos y solicitud

Leydis Pacheco Ríos instauró acción de tutela contra la Comercializadora J y C BPO S.A.S. por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital, a la estabilidad laboral reforzada y la protección a la maternidad. Inició a laborar a órdenes de los señores Joseth Toledo y Mónica Benzur en su residencia como empleada doméstica el 17 de abril de 2015 por medio de un contrato verbal, con remuneración de \$750.000 mensuales. El horario establecido era de 8:00 a.m. a 4:30 p.m. Preciso que sus empleadores realizaban todos los documentos de seguridad social a nombre de la sociedad Comercializadora J y C BPO S.A.S. de su propiedad. El 11 de julio de 2015 se enteró de su estado de embarazo y el 20 del mismo mes y anualidad informó a sus empleadores. El 26 de octubre de 2015, los esposos Toledo Benzur decidieron despedirla sin justa causa, con 5 meses de embarazo, alegando que en su situación “no les servía para trabajar”. Afirmó que no había podido interponer con anterioridad esta acción de tutela, debido a que su embarazo era de alto riesgo. Por último, solicita se protejan sus derechos fundamentales y en consecuencia, se ordene a los accionados a reintegrarla a su cargo, a pagarle su licencia de maternidad y las prestaciones dejadas de percibir desde el momento de su despido.

9.2. Contestación de la demanda

9.2.1. El Director Jurídico del Ministerio de Salud, por medio de oficio del 14 de julio de 2016, se refirió acerca de los hechos de la tutela. Al respecto indicó:

“(…) bajo ninguna circunstancia el Ministerio de Salud y Protección Social ha oficiado como empleador del accionante o superior del primero por lo que se configura la FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA, exonerando a esta entidad de responsabilidad alguna en el presente caso. || En cuanto al fuero de maternidad (…) debe tenerse en cuenta que la mujer trabajadora en Estado de Embarazo goza de especial protección del mismo, por lo que la Corte Constitucional ha creado una fuerte línea jurisprudencial en desarrollo de la protección especial que la Constitución reconoce a la mujer embarazada, [...].”

(…) se habla de un fuero de maternidad, al periodo comprendido entre el embarazo y los tres meses siguientes al parto, lapso durante el cual ninguna mujer embarazada podrá ser despedida, a menos que el despido sea autorizado por un inspector de trabajo (...).”

9.2.2. El Director Territorial de Cundinamarca del Ministerio de Trabajo, mediante oficio del 16 de julio de 2016, se refirió a la acción de tutela de la referencia. Al respecto adujo que en las bases de datos de la entidad no obraba registro alguno sobre solicitud de despido de la empresa Comercializadora JYC, Joseth Toledo y Mónica Benzur.

9.2.3. La Dirección Territorial de Bogotá del Ministerio de Trabajo, mediante oficio del 16 de julio de 2016, se manifestó acerca de los hechos objeto de esta tutela. En primer lugar hizo referencia a la jurisprudencia de la Corte Constitucional en lo concerniente a la protección especial de las mujeres en estado de embarazo y la obligación por parte del empleador de solicitar autorización ante el Ministerio de trabajo para su despido. En segundo lugar, solicitó su desvinculación y exonerarlo de toda responsabilidad que se le endilgue. Señaló que esa entidad solo ejerce potestad de vigilancia, siempre que sus actos no invadan competencias ajenas. Por último, en lo que respecta a la solicitud de despido, anexa oficio enviado por el señor Ernesto Jiménez Martínez, en calidad de Coordinador del Grupo de Atención al Ciudadano del Ministerio de Trabajo, mediante el cual informa que no registra solicitud de despido alguna referente al caso que nos ocupa.

9.2.4. Según certificado del Fosyga se evidencia que la actora se encuentra afiliada como beneficiaria de su esposo desde el octubre de 2015 en la EPS Cafesalud, régimen contributivo.

9.3. Decisión de instancia

El Juzgado Veinticuatro Civil Municipal de Bogotá, declaró improcedente la tutela de la referencia. Lo anterior, debido a que a su juicio la acción de tutela se presentó extemporáneamente y tampoco se probó la existencia de un perjuicio irremediable para la accionante a casusa de su despido y al no pago de la licencia de maternidad. Además, se dijo que la actora cuenta con otras vías legales para hacer prevalecer sus derechos, como lo es la Jurisdicción Ordinaria Laboral. Tampoco se encuentra en peligro la salud o vida de la tutelante y su hijo, debido a que se encuentran como beneficiarios de su pareja en el sistema General de Seguridad Social en Salud desde el 2 de enero de 2016 y ha recibido la atención que ha requerido, tal como se extrae de la historia clínica aportada. Por otro lado, la tutelante alega no haber interpuesto la acción constitucional debido al alto riesgo de su embarazo, circunstancia que a juicio del juzgador de instancia no provoca una restricción para la interposición de la tutela, pudiéndose haber hecho a través de agente oficioso o de la Defensoría del Pueblo, como sucedió.

10. EXPEDIENTE T-5.754.345

10.1. Hechos y solicitud

Rosmery Méndez González presentó acción de tutela contra el señor Francisco Monroy por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital, a la

seguridad social y a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres embarazadas. Prestó sus servicios al accionado desde el 15 de julio de 2015 hasta el 2 de febrero de 2016 como empleada doméstica en su residencia, fecha en la que fue despedida sin justa causa y sin autorización del Ministerio de Trabajo. Expone que el contrato de trabajo fue verbal y a término indefinido, con un salario de \$480.000. No fue afiliada a seguridad social y al momento de su despido contaba con 20 semanas de embarazo. En la actualidad, afirmó, no cuenta con ingresos para solventar sus necesidades y las de su hijo.

10.2. Contestación de la demanda

El accionado se opuso a las pretensiones de la acción de tutela y manifestó que el contrato inició el 15 de julio de 2015 y finalizó el 4 de febrero por voluntad de la demandante, quien no se presentó a prestar sus servicios y por ese motivo, se dio por terminada la relación. Además, indica que según el libro de registro de entradas y salidas del edificio, la señora Rosmery no cumplía con un horario ni con jornada laboral y asistía a la residencia tres veces por semana. Señala que al momento de la terminación del contrato, no se conocía su estado de embarazo y, por tanto, no era necesaria la autorización del Ministerio de Trabajo. Adicionalmente, considera que la naturaleza de la vinculación está en entredicho pues no había subordinación ni horario para que se concluya que existió contrato de trabajo. Manifiesta que el pago de los servicios no era mensual sino por día (equivalente a \$40.000) y con independencia de las horas que utilizara para realizar sus funciones. Alegó que según la base de datos de afiliados, la accionante registra como activa en el régimen contributivo en calidad de cotizante. Indica que durante la relación laboral algunos bienes desaparecieron de la residencia y que por ello existía una denuncia penal en contra de la accionante. Finalmente, estima que la acción es improcedente por cuanto la situación debe resolverla el juez laboral por cuanto no existió relación laboral por ausencia de dependencia y subordinación.

10.3. Decisión de instancia

El Juzgado Séptimo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, declaró improcedente la tutela de los derechos fundamentales invocados. Consideró que no existe prueba de afectación del mínimo vital de la accionante ni el de su hijo. Que aunque alegó un contrato laboral, la accionante:

“[...] no acreditó los términos pactados dentro de la misma y frente al señalamiento que el 2 de febrero le fue notificada la terminación del contrato de trabajo como empleada doméstica, tampoco allegó prueba de dicha notificación, situación propia de ser dilucidada a través de los mecanismos que por naturaleza tiene asignado el conocimiento de dichas controversias, esto es la vía ordinaria laboral. (...) [E]n la actualidad cuenta con aproximadamente cinco meses de embarazo y de conformidad con la prueba aportada por el demandado, la señora ROSMERY MÉNDEZ GONZÁLEZ se encuentra actualmente con afiliación vigente al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través del régimen contributivo como cotizante en la EPS SANITAS, lo que indica que la atención en salud que requiera durante su embarazo (...) están garantizados por esa entidad promotora de salud, así mismo se registra como cotizante activa en COLPENSIONES como se observa en el registro único de afiliados a la protección social y aunado a ello la actora no alegó alguna condición especial como ser madre cabeza de familia, lo que permite presumir que cuenta con el apoyo económico del padre de su hijo que está por nacer, aspectos estos que desvirtúan que se encuentre ante un perjuicio irremediable.”

11. EXPEDIENTE T-5.756.047

11.1. Hechos y solicitud

11.2. Contestación de la demanda

El Representante Legal y Administrador de la Sociedad ABANTARI S.A.S. solicitó denegar las pretensiones de la acción de tutela, al considerar que carecen de sustento fáctico y jurídico. Argumentó que el contrato suscrito siempre se entendió a un término único e improrrogable de 3 meses, del 1 de marzo al 1 de junio de 2015, habiéndose terminado el contrato desde mucho antes a lo afirmado por la accionante.

11.3. Decisión de única instancia

El Juzgado Trece Penal Municipal de Cartagena de Indias, negó la acción de tutela por considerar que la terminación de la relación laboral de la accionante no tuvo origen en su estado de embarazo, pues no existen elementos probatorios que permitan inferir que por motivos de discriminación se haya finiquitado el contrato.

II. ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN

1. Mediante Auto del 19 de enero de 2017, la Sala de Revisión requirió a varias entidades gubernamentales y privadas para que brindaran información a esta Corporación relacionada con el impacto de la jurisprudencia en el ámbito laboral y las razones por las cuales existe un continuo desconocimiento de la jurisprudencia constitucional por parte de empleadores y de autoridades judiciales sobre el tema de la referencia. En ese mismo auto, se comisionó al Juzgado Séptimo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá para que los señores Rosmery Méndez González y Francisco Monroy (expediente T-5.754.345) ampliaran sus declaraciones y aclararan lo relacionado con la terminación de la relación laboral.

2. El Departamento Nacional de Planeación se pronunció sobre la equidad de género en el mercado laboral y el impacto que ha tenido la jurisprudencia constitucional en este sector en relación con la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada y en período de lactancia. En primer lugar, con relación a la equidad de género en el mercado laboral indicó que la participación de las mujeres en el mercado de trabajo ha aumentado los últimos años, principalmente desde el año 2008. Adicionalmente, señaló que:

“(...) la brecha de participación laboral entre mujeres y hombres ha disminuido sostenidamente en los últimos años, en el año 2001 esta era de 26,6 puntos porcentuales mientras que en 2014 la brecha fue de 20,41 puntos porcentuales. El incremento de la participación laboral de las mujeres se debe principalmente a cambios demográficos, culturales, institucionales y económicos, como la mayor acumulación de capital humano de las mujeres, lo cual a la vez tiene una incidencia en la toma de decisiones sobre la fertilidad y el rol que desempeña la mujer en el hogar. El rol actual de la mujer se ha transformado, pasando de ser proveedoras exclusivas de trabajo no remunerado a incursionar como proveedoras de ingresos a través de su trabajo remunerado. Sin embargo es importante mencionar que también existen brechas importantes entre mujeres y hombres en relación con las actividades de cuidado y oficios domésticos sin remunerar dentro del hogar, en donde la carga de tiempo sigue estando principalmente a cargo de las mujeres”.

En cuanto a la tasa de desempleo expuso que las diferencias entre hombres y mujeres aún persisten, pero resaltó que la brecha ha disminuido en los últimos 15 años ya que en el 2001 era de 7,4 puntos porcentuales y en el 2015, de 5,06. Esta brecha está determinada:

“(...) por las inequitativas condiciones entre hombres y mujeres para acceder al mercado laboral, donde el trabajo de cuidado y doméstico no remunerado juega otra vez un papel fundamental. Este tipo de actividades (no remuneradas) limitan la capacidad de las mujeres para competir en igualdad de condiciones en el mercado laboral con respecto a los hombres, según la Encuesta Nacional de Uso del Tiempo (ENUT) las mujeres dedican en promedio 7

horas y 23 minutos a actividades de cuidado y trabajo doméstico no remunerado, mientras los hombres solo destinan en promedio al día 3 horas y 10 minutos”. En segundo lugar, manifestó que “no cuenta con estudios para medir el impacto de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en el sector trabajo, en relación con la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada y en periodo de lactancia, dado que la misión de esta entidad está enfocada en la formulación y seguimiento de políticas públicas”.

Desde el año 2013 la Subdirección de Género del DNP ha realizado seguimiento a las recomendaciones y acciones del CONPES 161, lo cual se evidencia en cuatro informes publicados en la página del DNP y actualmente se está terminando la consolidación por parte del DNP de la información del último reporte realizado por las entidades que corresponde al corte de junio de 2016.

3. El Banco de la República, mediante oficio del 8 de febrero de 2017 dio respuesta al requerimiento de la Sala de Revisión manifestando que dentro de los estudios realizados en materia de investigación económica y financiera, se encuentra el trabajo de investigación elaborado por dos investigadoras del Banco de la República, Ana María Tribín y Carmiña Vargas, y una investigadora de la universidad de Los Andes, Natalia Ramírez Bustamante, sobre el tema planteado en el cuestionario. En esos términos exponen:

“(…) la investigación evalúa el efecto que el cambio en la legislación colombiana de 2011 (ley 1468), que aumentó la licencia de maternidad de 12 a 14 semanas (un incremento del 17% en el periodo de licencia), tuvo sobre los resultados laborales de las mujeres. Este periodo de licencia contrasta con el de licencia de paternidad, que es de ocho días laborales después del nacimiento del bebé.|| Para estimar dicho efecto, se comparan los resultados laborales de un grupo de mujeres a quienes la legislación afecta directamente (aquellas entre los 18 y 30 años de edad, asociadas a altas tasas de fertilidad) con los resultados laborales de mujeres a quienes la legislación no afecta (aquellas entre los 40 y 55 años de edad, asociadas a bajas tasas de fertilidad). Debido a la alta asociación entre la tasa de fertilidad de una mujer y su edad, los individuos tienden a usar la edad de la mujer como un predictor de su probabilidad de quedar embarazada en el futuro cercano.

Independientemente de las preferencias y decisiones de cada mujer, un empleador potencial podría atribuirle a ella una alta probabilidad de que quede embarazada (o no) simplemente por su edad. || Los resultados indican que, debido a la extensión de dos semanas en el periodo de licencia, las mujeres en edad de alta fertilidad experimentaron peores resultados en el mercado laboral que aquellas mujeres asociadas con bajas tasas de fertilidad. Concretamente, es más probable que las mujeres en edades entre los 18 y 30 años terminen no participando en el mercado laboral, o que estén empleadas en trabajos informales o de cuenta propia. También se comparan los resultados laborales de mujeres entre los 18 y 30 años con los de hombres en el mismo grupo de edad, a quienes el cambio en la legislación no les aplica. Se encuentra que las mujeres de este grupo de edad tienen una probabilidad más alta de estar desempleadas, o en actividades informales o de cuenta propia, así como de recibir salarios más bajos, comparadas con los hombres en el mismo grupo de edad. || Se realizaron diferentes pruebas para comprobar que estos peores resultados laborales para las mujeres entre los 18 y 30 años son realmente consecuencia de la extensión en el periodo de licencia de maternidad. En una de ellas, se compararon los resultados laborales de hombres entre 18 y 30 años con los de hombres entre 40 y 55 años. A diferencia de los resultados para mujeres se encuentra que para los hombres entre 18 y 30 años no hubo ningún cambio en los resultados de mercado laboral. No se afectaron sus probabilidades de participación, o de estar desempleados, o en la informalidad, o ser cuenta propia. || La investigación no intenta proporcionar una evaluación global de la legislación de protección a la maternidad. No se evaluaron los beneficios que esa legislación tiene sobre las trabajadoras, ni sobre los bebés, ni sobre la sociedad en general. Los efectos negativos encontrados en el mercado laboral para mujeres en edades asociadas a alta fertilidad resaltan, sin embargo, el hecho de que estas protecciones pueden tener costos. || Así mismo, se debe resaltar que los resultados corresponden a efectos que enfrentan todas las mujeres entre los 18 y 30 años (asociadas a altas tasas de fertilidad) y no solo las mujeres embarazadas o lactantes. En este momento no existe una investigación específica que evalúe los efectos de la legislación y la jurisprudencia en el mercado laboral de mujeres embarazadas o lactantes”.

4. La Presidencia de la República mediante escrito presentado por la Consejera Presidencial para la Equidad de la Mujer manifestó que:

“(…) en relación a los puntos i, ii, iii y iv consideramos que son los Ministerios de Trabajo y salud quienes tendrían toda la facultad para conceptuar en este asunto. En relación al numeral v), relacionado con modelos de protección a la mujer embarazada y lactante que existan a nivel mundial, hemos recopilado a través de fuentes secundarias, información sobre el Modelo de Suecia, España, República Dominicana, Costa Rica y México; sin embargo, dado que esta Consejería no contempla entre sus funciones (Art. 16 del Decreto 1649 de 2015) emitir conceptos, dejamos a su consideración la interpretación de esta información de acuerdo a su interés.”

5. Elementa, Consultoría en Derechos, dividió su intervención de la siguiente forma: i) Estándares mínimos de protección establecidos por la Organización Internacional del Trabajo. Manifiestan que aun cuando dichos estándares pueden ser menores a los actualmente reconocidos en el ordenamiento jurídico colombiano, sirven de punto de referencia para el análisis comparado del tratamiento que se ha dado a esta materia. ii) Modelos de protección que ofrecen mejores opciones a las existentes actualmente en Colombia, lo que permite concluir en la necesidad de realizar cambios legislativos a favor de una mayor protección de las mujeres embarazadas y en lactancia.

Con relación a la licencia de maternidad, cita la regulación de países como:

Finlandia,

Islandia,

Suecia,

Noruega,

Chile y

Cuba.

Respecto de la protección y estabilidad en el empleo, manifiesta que el análisis de la regulación en esta materia permite identificar dos tendencias adoptadas por los Estados respecto a la protección de las mujeres en periodo de lactancia: en primer lugar, algunos estados han instituido total prohibición de despido de las mujeres en estado de embarazo o que recientemente han dado a luz (como es el caso de la regulación de Brasil, Camboya, Egipto y Francia); en segundo lugar, otros Estados, como Colombia, han optado por instituir la prohibición de despido de la mujer durante un periodo de tiempo determinado y solo han permitido el despido cuando dicha decisión esté suficientemente fundamentada en razones no relacionadas con el embarazo o el parto. Considerando lo anterior, por la diferencia de condiciones, garantías y beneficios que la ley reconoce a la mujer, se aportaron cuatro ejemplos de la segunda tendencia identificada, quizá la que más acorde y comparable al modelo colombiano. Al respecto se cita los Estados de:

Venezuela,

Chile,

Bolivia y

Argentina.

Finalmente, concluye indicando que el estudio realizado:

“(…) permite considerar que a pesar de cumplir con los estándares mínimos de protección internacional y de reconocer el más reciente avance legislativo que amplía la licencia de maternidad a 18 semanas, el legislador colombiano está en la capacidad de mejorar la protección y estabilidad laboral de las mujeres embarazadas y lactantes, ampliando los beneficios adicionales que se derivan de ésta, a partir de las experiencias de otros países en la materia. Estos cambios legislativos propuestos deben darse de forma integral, ya que como se expone en el estudio de caso: despido injusto de mujer embarazada (Lemaitre, Julieta. 2002) hace falta una reforma sustancial en lo pertinente a la protección especial a la maternidad, una reforma que tenga como objetivo fundamental el de aclarar las consecuencias y alcances del despido a mujeres embarazadas y que sienta firmes criterios que se sigan tanto en la jurisdicción constitucional como en la ordinaria. Finalmente, tanto los legisladores como los jueces, deben apostarle a garantizar una verdadera estabilidad reforzada que, además de proteger los derechos de las mujeres, le apunte a disminuir las brechas entre hombres y mujeres y a crear un mercado laboral en condiciones de igualdad y sin discriminación.”

6. Mediante escrito del 14 de febrero de 2017, la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia, ANDI, manifestó sobre las protecciones especiales y el mercado laboral que existen varias fuentes académicas que exploran los efectos negativos de las protecciones laborales. Resaltó que:

“(…) un reciente estudio empírico, indicó que si bien la protección laboral de grupos específicos puede ser deseable para dar estabilidad y predictibilidad a las reglas de juego, debe tenerse en cuenta que estas normas no existen en el vacío y que su entrada en el

mercado puede alterar equilibrios ya logrados. Como tal y en desarrollo de lo anterior, autores han argumentado que el aumento de protecciones genera distorsiones en los costos de contratación de diferentes grupos poblacionales, lo que a su vez puede llevar causar procesos de selección adversa. || (...) un segmento importante de la teoría internacional ha entendido que la protección especial, a pesar de buscar fines loables y socialmente importantes, puede tener efectos contrarios al deseado. Lo anterior por cuanto alteran el equilibrio del mercado laboral y crean variaciones entre las reglas que regulan el trabajo de una población a otra, por lo general haciendo más costosa la contratación de aquellos más vulnerables, lo que a su vez tiende a generar proceso de selección adversa. A modo de ejemplo, en Estado Unidos el Americans with Disabilities Act (ADA) ha sido un caso de estudio recurrente para determinar, desde lo conceptual, la forma en la cual las protecciones especiales afectan, o no, la empleabilidad de grupos protegidos. Al respecto, se encuentra que, en la mayoría de los casos, las protecciones especiales suponen un incremento en los costos de contratación, lo que a su vez reduce la empleabilidad de los sujetos protegidos. (...) En el mismo sentido, en Colombia, una encuesta elaborada por la académica Andrea Parra para el Pacto de Productividad indicó que la principal barrera que tienen las personas en condición de discapacidad para acceder al mercado laboral está dada por la dificultad que presenta la eventual terminación del contrato laboral y la litigiosidad que puede desprenderse de este”.

Sobre la protección al embarazo y el mercado laboral, señaló que la situación descrita se aplica igual en estos casos de mujeres en estado de embarazo o lactancia. Frente al caso colombiano, relató que

“(...) aunque Colombia no ha ratificado el Convenio 183 de la OIT sobre Protección de la Maternidad, es evidente que la legislación nacional ofrece una adecuada protección a la mujer en estado de embarazo; incluso sobrepasando las disposiciones de este Convenio, tales como el fuero de maternidad o la indemnización por despido, entre otros.” Luego de contextualizar los avances en este campo con la sentencia SU-070 de 2013 señaló que “en marzo de 2015 el Banco Interamericano de Desarrollo –BID- publicó un estudio titulado

‘Maternidad y Mercados Laborales: Impacto de la Legislación en Colombia’ en donde analizó el impacto que tuvo el aumento de la licencia de maternidad de 12 a 14 semanas, con la aprobación de la mencionada norma. (...) Los hallazgos del estudio son consistentes con los elementos teóricos que se han expuesto en la presente intervención. En efecto se encontró que el aumento de 2 semanas de la licencia de maternidad, causó, por sí mismo, un ‘efecto significativo’ sobre la empleabilidad de las mujeres jóvenes (entre 18 y 30 años). A partir de lo anterior, se tiene que el estudio encontró que el cambio legislativo en protección generó efectos adversos sobre las mujeres, particularmente en cuanto a sus posibilidades de conseguir un empleo formal. Dicho impacto, como se revela de la tabla anterior, es particularmente notorio para aquellas mujeres que no cuentan con educación superior. En consecuencia, basado en la evidencia empírica disponible, es posible concluir que los avances legislativos en protección de la mujer, si bien han perseguido un fin socialmente valioso y seguramente han generado beneficios para un segmento de mujeres, también es cierto que causaron efectos indeseados para otro grupo de mujeres con menor, al orientarlas hacía la informalidad y aumentando sus propias dificultades. (...) en consecuencia es preciso tener en cuenta que, si bien la jurisprudencia constitucional en materia de estabilidad laboral reforzada tiene un enfoque directo en los derechos humanos y en materializar el derecho a la igualdad en las relaciones laborales, sancionando, los despidos discriminatorios; dicha interpretación se ha ampliado de manera indiscriminada en la práctica generando inamovilidad laboral de los trabajadores y limitando la actuación y capacidad administrativa del empleador. Lo anterior resulta en ineficiencia productiva y menor competitividad para que el país pueda aprovechar las oportunidades económicas que se le presentan. En ese sentido, la jurisprudencia constitucional debe considerar, tratándose del concepto de estabilidad laboral reforzada, al menos, dos intereses en juego. Por un lado, el interés del trabajador referido a la expectativa de permanecer vinculado y, por otra parte, el interés del empleador en adaptar el volumen de trabajo de acuerdo con las dinámicas productivas y organizativas de su empresa. (...) para evitar los efectos de selección adversa y de protección social negativa, sería ideal pensar en mecanismos que incentiven la inclusión laboral de las mujeres jóvenes. A manera de ejemplo, podrían plantearse programas especiales de capacitación y formación de mujeres jóvenes por parte del SENA que les faciliten el acceso al mercado laboral. Así mismo, podrían pensarse en proyectos que generen condiciones para fomentar la formalidad. De esta manera, los beneficios de las licencias de maternidad podrían extenderse a las mujeres jóvenes que se encuentran en la

informalidad”.

7. Natalia Ramírez Bustamante, experta invitada y profesora de la Universidad de Los Andes, mediante escrito del 21 de febrero de 2017, manifestó frente al cuestionario enviado lo siguiente:

i) Respecto de la información del mercado laboral, la equidad de género y el impacto de la jurisprudencia constitucional de estabilidad laboral reforzada de mujer embarazada y lactante, señaló que:

“(…) la participación laboral de las mujeres en Colombia viene en aumento desde principios del siglo XX, pasando de alrededor del 19 % en 1950 hasta alcanzar un 51 % en 1997. En su estudio sobre la participación laboral femenina en Colombia, Amador, Bernal y Peña encontraron que la participación laboral femenina en las zonas ha aumentado sustancialmente, pasando de alrededor de 47 % en 1984 a 65 % en 2006, pero también que pese a este avance, la participación de las mujeres en el mercado laboral formal sigue siendo significativamente más baja que la de los hombres que se mantuvo alrededor del 85 % en el mismo periodo. (...) Cuál ha sido el efecto exacto de la legislación y la jurisprudencia en la mayor participación de las mujeres en el empleo es difícil de determinar cuantitativamente y, lamentablemente contamos con pocas investigaciones que hayan estudiado el mercado laboral femenino desde esta perspectiva. Una excepción es la investigación de 2014 Espino y Salvador, en la que encontraron que el costo adicional anual de las empleadas en términos de licencias de maternidad remuneradas alcanza alrededor de un 6.73 % del sueldo promedio anual femenino, costo que está asociado a la provisión de licencias de maternidad y la contratación de un trabajador de reemplazo durante el tiempo de licencia de la trabajadora gestante. La investigación de Espino y Salvador cuantifica el costo suplementario que asumirían los empleadores debido a la contratación de fuerza de trabajo femenina en edad reproductiva. A este costo deben sumarse costos administrativos que solo estarían asociados a la mano de obra femenina, y que tienen que ver con la contratación de personal

de reemplazo, entre otros, como se explicará más adelante. (...) Pese a la relativa ausencia de estudios que cuantifiquen el impacto de la legislación y jurisprudencia de protección a la maternidad en el mercado laboral colombiano, la ampliación y fortalecimiento de la protección a la trabajadora gestante que se ha realizado a través de las decisiones de la Corte Constitucional ha avanzado, sin duda, en la promoción de la situación de la mujer trabajadora en Colombia. (...) Sin embargo, como pasará a mostrarse, el efecto que ha tenido un enfoque exclusivo en la protección a las mujeres trabajadoras en desmedro de los (hombres) ha terminado por generar efectos regresivos cuya constatación debería invitar a la Corte Constitucional a revisar las líneas de interpretación que se han impuesto sobre esta materia si su objetivo es propiciar y promover el avance hacia la equidad de género.”

ii) Respecto de las medidas complementarias que podrían darse a las mujeres una vez concluido el periodo de lactancia, señaló que:

“(...) la protección contra el despido durante el embarazo y durante el periodo de licencia de maternidad es la pieza más importante de protección a las madres en el mercado laboral. Gracias a dicha protección, las madres trabajadoras tienen la garantía de regresar al mismo puesto que desempeñaban antes del parto, y a ganar el mismo salario que devengaban previamente. (...) Aunque la protección histórica que ha otorgado el régimen laboral colombiano a la mujer en embarazo extiende la protección contra el despido durante el embarazo y la licencia de maternidad siguiendo los lineamientos establecidos por la OIT a través del único convenio sobre la maternidad ratificado por Colombia, otros regímenes laborales alrededor del mundo han adoptado protecciones complementarias todavía ausentes en nuestro sistema como i) las licencias parentales y ii) las licencias de paternidad. En nuestro contexto, sin mayores cambios institucionales, propongo como una medida complementaria la posibilidad de iii) extender el fuero de maternidad. (...) Sumada a estas medidas, una adición complementaria a la protección a la maternidad actualmente vigente en el régimen laboral colombiano podría extender el periodo protegido contra el despido al menos a los seis meses de edad del recién nacido. Con esta extensión se conseguiría el aseguramiento de los recursos para la manutención de la madre y el recién nacido al menos

durante los primeros meses de vida.|| Se trataría, de manera similar al fuero de maternidad ya existente, de una protección contra el despido a causa del embarazo o más precisamente en este caso a causa de la lactancia. En efecto el artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo prevé la obligación patronal de conceder a la trabajadora dos descansos de 30 minutos dentro de la jornada laboral durante los primeros seis meses de vida del hijo, y por su parte, el artículo 239 establece que ‘Ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia sin autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa’. Sin embargo, el numeral 2 del artículo 239 restringe el periodo de lactancia protegido contra el despido a los tres meses posteriores al parto y no a todo el periodo de lactancia contemplado en el artículo 238 que abarca hasta los seis meses de vida del recién nacido. [] En efecto, una protección contra el despido que únicamente abarque las actuales 18 semanas de licencia de maternidad permitiría el despido al cabo de los 4.5 meses de licencia, y somete a las mujeres a reemplazar su fuente de ingresos económicos a través de la búsqueda de un nuevo empleo durante el mismo período en el cual deberían terminar la fase de amamantamiento. (...) En conclusión, la protección contra el despido debería abarcar tanto el embarazo como la licencia de maternidad y hasta los seis meses de vida del recién nacido, y la carga de la prueba de que el despido no se ha realizado con ocasión del embarazo o la lactancia deberían residir en cabeza del empleador”.

iii) Con relación a la pregunta de cómo la protección a la mujer embarazada y lactante establecida en la ley y la jurisprudencia ha afectado su participación en el mercado laboral y los posibles efectos regresivos que se pueden generar con la ampliación de la protección laboral reforzada a la mujer embarazada y lactante, consideró que:

“(...) el diseño tradicional de la protección a la maternidad tal como fue desarrollado a partir del Convenio 3 de la OIT, buscaba proteger la salud de la madre permitiéndole tener un descanso luego del parto, así como asegurar que su capacidad reproductiva no impactara negativamente su participación en el trabajo remunerado (a través de la prohibición de despido durante este período). Sin embargo, el enfoque exclusivo en la protección de la mujer presenta una desventaja fundamental en términos de equidad de género porque

traslada únicamente a las mujeres todos los costos de la maternidad, lo cual termina por generar efectos adversos en diversos aspectos vitales. Entre ellos, en su vinculación al mercado de trabajo”.

De los estudios realizados por ella y un grupo de investigadoras sobre el tema, encontraron:

“(…) que el cambio que significó la entrada en vigencia de la Ley 1468 de 2011 generó un deterioro en las condiciones laborales de las mujeres en el grupo de alta fertilidad comparados con otros grupos de trabajadores. Nuestra hipótesis explicativa de estos resultados es que para los empleadores el incremento de la licencia de maternidad actúa como un desincentivo en la contratación de mano de obra de mujeres en edad reproductiva dado lo cual discriminan específicamente a este grupo poblacional, asumiendo las características de unos individuos (las mujeres dentro del grupo de alta fertilidad que quieren ser madres) como potencialmente aplicables a todos los miembros del grupo, lo que se conoce como discriminación estadística. En consecuencia, los empleadores pueden sentirse más estimulados a contratar mujeres fuera del período de alta fertilidad y hombres de cualquier edad, todo con el fin de evadir los costos de la maternidad. A este efecto adverso para las mujeres se suma la menor acumulación de capital humano que ocasiona para las mujeres madres la interrupción de su vida laboral para ocuparse del cuidado de los hijos. Lamentablemente no conozco investigaciones con este nivel de especificidad en nuestro contexto, pero investigaciones en Estados Unidos encuentran que parte del diferencial salarial, o la brecha salarial de género entre hombres y mujeres se explica por estas interrupciones. En conclusión, aunque el objetivo principal de la OIT como órgano rector de los temas relacionados al trabajo ha sido permitir a las mujeres combinar efectivamente sus capacidades reproductiva y productiva, y prevenir el tratamiento desigual en el empleo debido a su habilidad reproductiva a través de la protección a la maternidad, lo cierto es que la protección dispar de padres y madres genera un desincentivo a la contratación de mujeres en edad reproductiva lo cual tiene como consecuencia un resultado dispar en términos de acceso al empleo formal, así como en acumulación de capital humano que suele traducirse en menores ingresos para ellas. Este desbalance podría ser solucionado por una intervención

legislativa que progresivamente equipare las protecciones otorgadas a padres y madres (en el largo plazo) o una modificación de la jurisprudencia constitucional para lograr un resultado similar (en el corto plazo).”

iv) Respecto de la forma en que se puede ajustar esta protección en caso de impactos negativos, considera que

“(…) la constatación de la ocurrencia de efectos adversos sobre la participación laboral de grupos determinados a causa de una especial protección normativa, justifica, para algunas corrientes teóricas, la eliminación de dichas protecciones especiales con la confianza de que la lógica propia del mercado tiende a eliminar las prácticas discriminatorias por parte de los empleadores. Ejemplos de estas protecciones son las medidas a favor de los trabajadores en situación de discapacidad, o la protección a la maternidad, casos que han sido estudiados con más atención, por ejemplo, en el contexto estadounidense. Sin embargo, los modelos teóricos de libertad de mercado y críticos de las protecciones especiales a grupos desaventajados no han logrado demostrar inequívocamente que en ausencia de las protecciones, los trabajadores de dichos grupos estarían mejor situados que en el modelo de la protección. En consecuencia, para minimizar los efectos adversos de la legislación de protección a la maternidad, el Estado debería asumir una labor activa orientada por tres objetivos: i) permitir que las mujeres tomen decisiones libres sobre cuándo tener hijos, decisiones que no estén coartadas por las dinámicas del mercado laboral; ii) promover la participación laboral de las mujeres en condiciones de igualdad con los hombres, lo cual se logra, por ejemplo, impidiendo y sancionando eficazmente la discriminación de género en el acceso al empleo, y iii) promover medidas de protección a las familias con perspectiva de género, lo cual implica balancear las cargas que asumen los hombres y las mujeres alrededor de la maternidad/paternidad. Alcanzar estos objetivos está relacionado con la implementación de todas o algunas de las medidas indicadas en las respuesta No. 2 y 5 de este cuestionario, las cuales lograrían un mejor balance de las cargas relacionadas con la maternidad/paternidad. Así mismo, es necesario un ejercicio más sistemático y eficaz que logre reducir y sancionar la discriminación de género en el acceso al empleo que es

posiblemente el principal obstáculo que enfrentan las mujeres en búsqueda de trabajo.”

“(…) los resultados del mercado laboral muestran que los peores resultados de las mujeres pueden estar relacionados con una discriminación estadística contra las mujeres en edad reproductiva lo cual se ocasionaría por una intención patronal de evadir el régimen de protección conferido a las trabajadoras en embarazo. Estos resultados evidencian una desigualdad estructural ocasionada a partir de la diferenciación que hace la legislación entre la población femenina y masculina. Así, pese a que existen buenas razones para promover el aumento en la extensión de la licencia de maternidad para las mujeres, tal como muestran varias investigaciones, su expansión únicamente para las madres, como ha ocurrido históricamente y más recientemente con la Ley 1822 de 2017, pone a las mujeres en edad reproductiva en una situación de desventaja estructural en el mercado laboral. La dimensión de que carece nuestro esquema de protección a la maternidad es una visión de equidad de género frente a las responsabilidades de atención y cuidado de niños, así como de cargas relativas que asumen hombres y mujeres en el mercado laboral a causa de dicha protección. (...) Una política parental sensible al género evaluaría los costos y desafíos que asumen tanto los hombres como las mujeres a causa de los deberes relacionados con la crianza y cuidado de los hijos, así como todas las dimensiones vitales que por esta causa se ven afectadas. Este examen revela que, en el contexto colombiano, son las mujeres quienes están asumiendo los costos sociales, económicos y de capital humano a causa de la reproducción. En contraste, entender que la reproducción es un costo social que nos incumbe a todos como sociedad, debería movernos hacia un acuerdo social que distribuya socialmente las cargas que se le asocian.”

7. El representante del PNUD en Colombia, manifestó que “no está en nuestro mandato ofrecer opiniones sobre el ámbito legal interno. De igual manera, como Organismo internacional no estamos sujetos a la legislación local; por lo que nos excusamos de emitir comentarios al respecto. En atención a ello solicitamos a Usted hacer del conocimiento de las instancias judiciales correspondientes al estatus jurídico de la Oficina del PNUD reconocido

por el Gobierno de Colombia”.

8. El Juzgado Séptimo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá devolvió el despacho comisorio informando “que no fue posible cumplir con lo solicitado por causas ajenas al despacho”.

9. El señor Francisco Monroy López, mediante escrito del 23 de febrero de 2017, informó que en la actualidad está adelantando estudios en el exterior lo que impide rendir una declaración presencial. En consecuencia solicitó “rendir declaración por medios magnéticos o a través del mecanismo que usted estime pertinente sin que esto afecte mis actividades académicas”. En auto del 28 de febrero de 2017, el despacho autorizó la remisión de la declaración por correo electrónico. No obstante, a la fecha, no se recibió respuesta alguna.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia y procedencia

1.1. En relación con las personas que interponen la acción de tutela, en esta oportunidad, las señoras Patricia Celis, Ana Paola Torres Sánchez, Daniela Rojas Castañeda, Liliana Clavijo Amezquita, Johanna Beatriz Cifuentes Alonso, María Yuri Ospina Fernández, Yorladis Rosa Espitia Baltazar, Elisabeth Amarilis Amor Daza, Leydis Pacheco Ríos, Rosmery Méndez González y Yeimi Berrío Acosta, actúan en defensa de sus derechos e intereses, razón por la cual, de conformidad con el artículo 86 Superior, se encuentran legitimadas para actuar en esta causa, es decir, pueden iniciar la acción constitucional.

1.2. Respecto de las personas y entidades demandadas, en este caso, las accionantes atribuyen la condición de empleadores y la presunta vulneración de sus derechos a la Asociación de Padres de Familia del Hogar Infantil Belén, la empresa CBI Colombia, el Hospital San Rafael de Girardota, Antioquia E.S.E, el Fondo Nacional del Ahorro, Rober Yuleymar Escobar Franco, Blanca Stella de Ortiz, E.S.E Centro de Salud con Cama “Vitalicio Sara Castillo” de Soplaviento Bolívar, Empresa Company Service Food S.A.S., Comercializadora J y C BPO S.A.S., Francisco Monroy y la Sociedad ABANTARI S.A.S. En ese contexto, se advierte que algunos tienen la característica de ser autoridades públicas y otros, personas jurídicas privadas o naturales, frente a las cuales estaban en estado de subordinación, de manera que, tal como lo indica el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991, las acciones contra ellos son procedentes.

1.3. En cuanto al requisito de subsidiariedad, considera la Sala que existe una afectación de los derechos de las accionantes a la estabilidad laboral reforzada, al mínimo vital y a no ser discriminadas; que esta afectación es grave teniendo en cuenta la especial protección constitucional de la mujer embarazada o lactante y que se hace indispensable tomar medidas inmediatas para cesar la afectación de estos derechos. En estos casos, los mecanismos ordinarios no son idóneos para amparar los derechos afectados de las actoras, pues no protegen de manera oportuna las garantías invocadas. La Sala considera que las accionantes interpusieron las demandas de tutela dentro de un tiempo razonable, es decir, dentro del año posterior a la fecha de parto, de conformidad con lo señalado en la jurisprudencia de esta Corporación, cumpliéndose el presupuesto de inmediatez.

2. Problema jurídico

2.1. Teniendo en cuenta los antecedentes, pruebas e intervenciones relacionadas, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional deberá resolver los siguientes tres problemas jurídicos. El primero referido a las condiciones de terminación del contrato laboral a una mujer embarazada. El segundo cuando tal hecho ocurre durante la licencia y el tercer

cuando ocurre durante el período de lactancia.

2.1.1. ¿Vulnera un empleador los derechos a la estabilidad laboral reforzada y a la seguridad social de la mujer embarazada, cuando, en ejercicio de su autonomía, da por terminada la relación laboral, con o sin justa causa, sin autorización del Inspector de Trabajo?

2.1.2. ¿Vulnera un empleador los derechos a la estabilidad laboral reforzada y a la seguridad social de la trabajadora cuando se da por terminada la relación laboral durante la licencia de maternidad, con o sin justa causa, sin autorización del Inspector de Trabajo?

2.1.3. ¿Vulnera un empleador los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada de una mujer lactante al despedirla, en ejercicio de su autonomía, luego de concluida la licencia de maternidad?

2.2. Los problemas jurídicos, de los asuntos acumulados, presentan un debate común. La protección de la mujer en situación de embarazo y lactancia es una medida que pretende protegerlas de tratos discriminatorios en razón de su condición y garantizarles su participación en la vida laboral. Sin embargo, existe evidencia que sugiere que esta protección, en ciertas condiciones, puede generar efectos perversos contra quienes pretende proteger. Dado el contexto regulatorio, incentivos y desincentivos inadecuados pueden llevar a que los empleadores dejen de contratar mujeres porque, por ejemplo, los costos de la protección a la maternidad son evitables.

2.3. Al respecto la Sala observa que las políticas públicas deben ser evaluadas y replanteadas, de ser necesario, de forma cíclica y permanente, en un contexto de participación democrática. Cuando el desarrollo de una política pública, de la cual depende el

goce efectivo de un derecho fundamental, se estanca, la protección del derecho entra en riesgo. Más aún cuando el sistema regulatorio ha mostrado vacíos o defectos. En tales contextos, incluso las protecciones legales, judiciales y/o administrativas acertadas, pueden quedarse cortas y ser capturadas por los diferentes actores para maximizar sus intereses u objetivos, en especial, en un contexto de regulación deficiente, que no incentiva la protección efectiva de un derecho o, peor aún, que la desincentiva. Los diferentes actores encargados de una política pública deben tomar las medidas adecuadas y necesarias para evitar que ello ocurra. A propósito de esta cuestión, la Sala presentará algunos de los estudios que fueron aportados al proceso en referencia y abordará las tensiones que se generan con la protección reforzada que se ha venido reiterando en la jurisprudencia constitucional.

2.4. Para resolver los problemas planteados, se hará referencia (1) a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, teniendo en cuenta lo dispuesto en la sentencia SU-070 de 2013; y (2) a las tensiones que se generan con las políticas de protección de la maternidad y posibles soluciones.

3. Estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada. Tratamiento jurisprudencial después de la sentencia SU-070 de 2013

3.1. La protección a la mujer durante el embarazo y en el periodo de lactancia tiene como fundamento el artículo 43 de la Constitución Política, el cual establece que la mujer “durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”. Esta protección también se sustenta en el artículo 13 de la Carta como un derecho a la no discriminación en razón al sexo en el ámbito laboral. En su inciso final establece el deber constitucional de protección especial a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (art. 13, CP). Las cargas propias que un embarazo supone a un ser humano, activa esta protección. Por supuesto, el artículo 53 establece como regla constitucional mínima en el ámbito laboral, entre otras: “la

protección especial a la mujer y a la maternidad”. Finalmente, vale la pena resaltar el artículo 50 que en la misma línea, establece una protección amplia, total y efectiva al goce de los derechos para toda niña y niño menor de un año. De estas reglas y principios, entre otros, se deriva el fuero de maternidad, el cual se traduce en la protección de la mujer embarazada o lactante de la discriminación en el trabajo.

3.2. El objeto de esta protección es impedir que la mujer sea despedida en razón de su embarazo o periodo de lactancia. Igualmente lo que pretende esta protección es salvaguardar al infante en sus primeros meses de vida. El desarrollo legal de esta protección se encuentra en los artículos 236 al 241 del Código Sustantivo de Trabajo.

3.3. Como lo ha señalado la Corte Constitucional, la Carta de derechos, internacional y regional, en tanto bloque de constitucionalidad, hace parte del “código genético” del sistema jurídico del país. En el caso del derecho laboral, además, se ha reconocido lo que se podría denominar una suerte de bloque reforzado de protección. Así, además de lo dispuesto en el artículo 93 constitucional, se debe considerar el penúltimo inciso del artículo 53, según el cual “los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna (art. 53 CP). Así, la jurisprudencia constitucional está en sintonía y se sustenta también en el bloque de constitucionalidad. En el marco del derecho internacional, entre otros instrumentos, se encuentra la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la cual en su artículo 11 dispone que es obligación de los Estados adoptar “todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo” a fin de asegurarle, en condiciones de igualdad con los hombres “el derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano”. El ordinal segundo del artículo 11 de la mencionada Convención establece, respecto a la estabilidad laboral y la licencia por maternidad, lo siguiente:

“2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

a- Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;

b- Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales.”

Este tratado establece la obligación de los Estados de proteger a las mujeres de la discriminación basada en su maternidad y lactancia, y a la vez, la obligación de garantizarle un trabajo remunerado con prestaciones sociales. Pero el bloque de constitucionalidad se ha venido tejiendo en esta materia desde el inicio del siglo veinte. Por ejemplo, la Organización Internacional del Trabajo -OIT-, en varios de sus Convenios y Recomendaciones trata la protección de la mujer embarazada en el ámbito laboral. El Convenio No. 3 “sobre la protección de la maternidad”, que entró en vigor el 13 de junio de 1921 y fue aprobado por Colombia por la Ley 129 de 1931, garantiza un periodo de descanso remunerado de 6 semanas después del parto y el derecho a amamantar al hijo en dos descansos diarios una vez vuelve a trabajar. En ese sentido similar, treinta años después, la Recomendación No. 95 de la OIT de 1952, establece en su artículo 4º, que una protección idónea del empleo de la mujer antes y después del parto, implica que se debe no sólo salvaguardar la antigüedad de estas trabajadoras “durante la ausencia legal, antes y después del parto” sino que, además, se les debe asegurar “su derecho a ocupar nuevamente su antiguo trabajo o un trabajo equivalente retribuido con la misma tasa”. De esta misma década, es el Convenio 100 de la OIT de 1951 sobre igualdad de remuneración, establece que se deberá garantizar la aplicación a todos los trabajadores del “principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor” (artículo 2); el Convenio 183 de la OIT relativo a la protección de la maternidad de 1952, consagra que el Estado “deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las mujeres embarazadas o lactantes a desempeñar un trabajo que haya sido determinado por la autoridad competente como perjudicial para su salud o la de su hijo, o respecto del cual se haya establecido mediante evaluación que conlleva un riesgo significativo para la salud de la

madre o del hijo”; y el Convenio 111 de la OIT de 1958 sobre la discriminación en el trabajo, que prohíbe la discriminación en materia de empleo y ocupación por razones de “sexo” (artículo 1.1) y establece que los Estados tendrán la obligación de “prom[over] la igualdad de oportunidades y de trato” en el entorno laboral (artículo 2).

Los anteriores estándares, constituyen pautas hermenéuticas para precisar el alcance constitucional de la protección a la estabilidad de la mujer embarazada y permiten establecer que el Estado tiene la obligación de garantizar a la mujer en estado de embarazo y en el periodo de lactancia una protección especial de estabilidad laboral.

3.4. La Corte Constitucional, a través de la sentencia SU-070 de 2013, estableció los criterios para determinar el alcance de la protección a la mujer embarazada, teniendo en cuenta: (i) la alternativa de trabajo bajo la cual se encontraba la mujer embarazada y (ii) el conocimiento del embarazo por parte del empleador del estado de embarazo de la trabajadora. De esta manera, la Corte fijó las medidas de protección que deben implementarse cuando la mujer es despedida durante el embarazo o la licencia de maternidad, teniendo en cuenta los siguientes supuestos fácticos de vinculación laboral:

(i) Contrato a término indefinido.

(ii) Contrato a término fijo.

(iii) Contrato de obra o labor.

(v) Cargos ocupados en provisionalidad.

(vi) Cargos de libre nombramiento y remoción.

(vii) Vinculación a través de empresas de servicios temporales o cooperativas de trabajo.

(viii) Cargos de carrera administrativa.

Así, la sentencia SU-070 de 2013 estableció que procede la protección laboral reforzada derivada de la maternidad y la correspondiente aplicación de las mencionadas medidas de protección cuando se demuestre, sin alguna otra exigencia adicional: (1) la existencia de una relación laboral o de prestación y, (2) que la mujer se encuentre en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguiente al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación.

3.4.1. En la sentencia SU-070 de 2013, debido al tiempo transcurrido desde la fecha en la cual las mujeres trabajadoras presentaron la acción de tutela para obtener la protección reforzada derivada de la maternidad y el momento en el cual esta Corporación decidió sobre la afectación de sus derechos fundamentales, la Sala Plena de la Corte Constitucional decidió adoptar algunas medidas de protección sustitutas de las consagradas en la sentencia, a saber: (i) sustituir la medida de protección de reintegro, por la medida del pago de los salarios y demás prestaciones laborales dejadas de percibir durante el periodo de la gestación. (ii) En los casos en los cuales el empleador despidió a la trabajadora alegando el término del contrato (contrato a término fijo) o la culminación de la obra o labor contratada (contrato por obra o labor), en los que se debería ordenar la renovación del contrato desde la fecha de la sentencia de primera instancia, se ordenó como medida sustituta el pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir desde la fecha de la sentencia de primera

instancia. (iii) Sustituir la medida protectora consistente en el pago de cotizaciones que den lugar a la licencia de maternidad, por el pago directo de la licencia de maternidad, teniendo en cuenta que el pago de las cotizaciones, en el momento de proferida la sentencia, no surtiría los efectos pretendidos. Las reglas o criterios de protección a las mujeres desvinculadas en estado de embarazo o lactancia establecidas en la sentencia SU-070 de 2013 han sido reiteradas por la jurisprudencia constitucional.

3.4.2. Luego, en la Sentencia T-715 de 2013, al estudiar varias acciones de tutela interpuestas por mujeres despedidas estando en estado de embarazo, la Corte analizó el caso de una peticionaria vinculada por medio de contrato laboral a término fijo inferior a un año, quien manifestó que fue obligada a firmar una carta de renuncia debido a que le comunicó a su empleador que se encontraba en estado de gestación. Por su parte, el empleador señaló que la información expuesta por la accionante faltaba a la verdad, pues solo laboró un día, aportando al expediente una carta de renuncia, supuestamente firmada por la actora al día siguiente de iniciar su relación laboral. En esa ocasión, y teniendo en cuenta las contradicciones respecto a los hechos, en las cuales incurrieron las partes involucradas, la Sala advirtió que las controversias planteadas debían ser analizadas por el juez ordinario laboral. No obstante, ante la inminencia de un perjuicio irremediable y en cumplimiento del principio de solidaridad para la protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de embarazo, dispuesto en la Sentencia de Unificación SU-070 de 2013, resolvió otorgar la protección mínima consagrada y, en consecuencia, ordenó al empleador efectuar los aportes no pagados por concepto de salud de la accionante, desde la fecha en que se produjo la terminación del contrato, hasta el momento en que acceda a la prestación económica de la licencia de maternidad. En esta misma providencia se estudió el caso de una mujer vinculada mediante contrato de prestación de servicios, que informó al empleador sobre su estado de embarazo después de terminado el contrato. La Corte señaló que no contaba con los elementos de prueba suficientes para determinar, en sede de tutela, si existió o no un contrato realidad. Sin embargo, advirtió que aunque la situación de la accionante no se enmarca dentro de las hipótesis establecidas en la sentencia SU-070 de 2013, no quiere significar que esté desprovista de las garantías constitucionales para la mujer gestante o en período de lactancia. Así las cosas, concluyó que la entidad accionada no logró desvirtuar la presunción

de discriminación que recae sobre ella, por el hecho de no prorrogarle el contrato de prestación de servicios a la accionante, y de esta manera, ordenó el reintegro y el pago de los honorarios dejados de percibir.

3.4.3. Por su parte, la sentencia T-148 de 2014, estudió el caso de una empleada doméstica vinculada a través de contrato verbal, quien relató que al enterarse de su estado de embarazo y comunicárselo a su empleadora, fue obligada a presentar una carta de renuncia, exponiendo motivos personales para su decisión. El empleador reconoció que sí tenía conocimiento del embarazo, pero que la accionante renunció a su puesto voluntariamente y libre de coacción. En esta oportunidad, contrario a lo decidido en la sentencia T-715 de 2013, citada anteriormente, la Sala Segunda de Revisión de Tutelas confirmó la decisión de negar el amparo solicitado, tras considerar que al no tener los elementos probatorios necesarios para decidir si existió o no una renuncia voluntaria de la accionante, el asunto debía ventilarse en la jurisdicción laboral.

3.4.4. La Sentencia T-656 de 2014, si bien reitera los criterios de la sentencia SU-070 de 2013, y ordena el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social, así como el pago de la licencia de maternidad y la indemnización por despido injusto, no ordena el reintegro correspondiente al cargo, argumentando que la protección que se brinda a la actora no puede convertirse en una afectación desproporcionada al accionado, lo anterior teniendo en cuenta que se trata de un pequeño establecimiento dedicado al comercio al por menor de prendas de vestir y accesorios y de régimen simplificado, en otras palabras una pequeña unidad económica.

3.4.5. Finalmente, cabe resaltar que recientemente, la Sala Plena de esta Corporación al abordar el estudio de constitucionalidad de unos apartes de los artículos 239 y 240 del Código Sustantivo de Trabajo, referentes a la prohibición de despedir a la mujer por motivo de su embarazo o lactancia y la consecuente obligación de obtener permiso por la autoridad laboral para despedir a una mujer en estado de embarazo y dentro de los tres meses

siguientes al parto, en la Sentencia C-005 de 2017, la Corte extendió dicha protección a la pareja de la mujer que se encuentra en embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto y que depende económicamente de aquélla, en protección del interés superior del menor recién nacido y del que está por nacer. La Corte analizó la demanda ciudadana en el marco de la metodología propia de las omisiones legislativas relativas y encontró que, en efecto, se presentaba un déficit de protección en relación con el trabajador(a) que espera la llegada de un hijo o hija, situación que impacta, a su vez, los derechos de la mujer gestante o lactante no vinculada laboralmente y que es beneficiaria de su pareja, así como el interés superior del menor recién nacido o por nacer. Así, consideró necesario brindar tratamiento análogo tanto a la trabajadora en estado de embarazo o lactancia, como al trabajador en una situación familiar similar (cuya esposa, compañera o pareja no trabajadora se encuentre en período de embarazo o lactancia).

3.5. En este orden de ideas, puede concluirse que la mujer embarazada o lactante es un sujeto de especial protección constitucional a quien le asiste una garantía de estabilidad laboral reforzada, por lo que la protección de sus derechos por vía de tutela solo debe cumplir en esencia dos requisitos (1) la existencia de una relación laboral o de prestación y, (2) que la mujer se encuentre en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguiente al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación. El alcance de la protección se determinará de acuerdo a la modalidad bajo la cual se encuentre vinculada y si su empleador conocía o no de su estado.

4. Tensiones que se generan con las políticas de protección de la maternidad y posibles soluciones

4.1. La protección de la mujer embarazada en el ámbito laboral, como se evidencia, ha sido un interés del derecho colombiano al igual que del derecho internacional y del derecho comparado. Las políticas encaminadas a garantizar las condiciones de existencia en dignidad antes y después del parto, representan un consenso global. La experiencia demuestra que

existen diferentes tipos de modelos, pero todos se dirigen a proteger a la madre y al niño que está por nacer o al recién nacido y a las mujeres en tal momento de la vida de tratos discriminatorios. Existen modelos relevantes y distintos al colombiano, como aquellos en los que las licencias remuneradas después del parto son distribuidas entre el padre y la madre y no son solo un beneficio de la madre (llamadas “licencias parentales”). En cualquier caso, medios y herramientas orientados a asegurar el goce efectivo del derecho.

4.2. La prohibición de despido de la mujer embarazada y lactante es absoluta en algunos modelos de protección como Brasil y Francia. Otros modelos, como en Colombia, permiten el despido de la mujer en embarazo o lactancia, siempre y cuando se cumplan con requisitos legales como el permiso al Ministerio de Trabajo y la justa causa de despido efectivamente probada. En casos como Venezuela, Chile, Bolivia, Argentina, Costa Rica y República Dominicana, de darse el despido en los periodos de fuero de maternidad (entiéndase embarazo y lactancia) se exige que el empleador reintegre a la mujer y pague la debida indemnización con las prestaciones sociales a que tiene lugar. Puede afirmarse que la mayoría de los Estados, con fundamento en las recomendaciones de la OIT, consagran en sus ordenamientos un conjunto de garantías para la protección de la mujer embarazada y lactante. Entre otras, se resaltan tres: (i) el reconocimiento de licencias remuneradas antes y después del parto, (ii) la prohibición de despedir a la trabajadora a causa del embarazo durante este y en la licencia luego del parto y (iii) luego de la terminación de la licencia, el reintegro a su trabajo con descansos para la lactancia.

4.3. Así, los modelos de protección posible son muchos. No hay un único modelo que necesariamente tenga que acogerse. No se ha impuesto una única manera de proceder en el orden constitucional vigente. No obstante, sí es deber del Estado asegurar el goce efectivo del derecho. Por tanto, es una obligación constitucional escoger los medios de protección, evaluarlos, corregirlos y ajustarlos cuando corresponda. En tal sentido, es importante tener en cuenta que existe doctrina especializada que ha estudiado los efectos que tienen estas políticas de protección de la mujer embarazada y lactante en el mercado laboral. Al respecto, hay evidencia de que la ampliación de la licencia de maternidad, puede generar efectos

perversos para las mujeres en el mercado laboral, como por ejemplo: una disminución en la remuneración promedio de las mujeres, una reducción en las posibilidades de conseguir empleo y de incrementar su participación en el sector informal, un aumento en los costos de contratación de mujeres, entre otros. Esto es, consagrar legalmente una licencia de maternidad fuerte, por sí sola, puede no ser garantía de protección; se requiere un marco regulatorio propicio que prevenga efectos perversos indeseados.

4.4. En el caso de Colombia, las cifras más recientes demuestran que la participación de la mujer en el mercado laboral ha aumentado, como lo señala el Departamento Nacional de Planeación en su concepto allegado en referencia a este proceso. En este afirma que:

“(...) en los últimos años la participación de las mujeres en el mercado de trabajo ha aumentado, principalmente desde el año 2008, en ese año la participación de las mujeres fue 46,4 % pasando a 54,75 % en el año 2015. La brecha de participación laboral entre mujeres y hombres ha disminuido sostenidamente en los últimos años, en el año 2001 esta era de 26,6 puntos porcentuales mientras que en 2015 la brecha fue de 20,41 puntos porcentuales. El incremento de la participación laboral de las mujeres se debe principalmente a cambios demográficos, culturales, institucionales y económicos, como la mayor acumulación de capital humano de las mujeres, lo cual a la vez tiene incidencia en la toma de decisiones sobre fertilidad y el rol que desempeña la mujer en el hogar (...) Sin embargo, es importante mencionar que también existen brechas importantes entre mujeres y hombres en relación con las actividades de cuidado y oficios domésticos sin remunerar dentro del hogar, en donde la carga de tiempo sigue estando principalmente a cargo de las mujeres. Con respecto a la tasa de desempleo, a pesar de que éste ha disminuido sostenidamente en los últimos cuatro años, las diferencias entre hombres y mujeres aún persisten. En el año 2015 la tasa de desempleo de hombres fue 6,74 % mientras que la de las mujeres fue 11,81 % (...) Este tipo de actividades no remuneradas [trabajo de cuidado y doméstico] limitan la capacidad de las mujeres para competir en igualdad de condiciones en el mercado laboral con respecto a los hombres, según la Encuesta Nacional de Uso de Tiempo (ENUT) las mujeres dedican en promedio 7 horas y 23 minutos a actividades de cuidado y trabajo doméstico no remunerado,

mientras los hombres solo destinan en promedio al día 3 horas y 10 minutos.”

4.5. El estudio más reciente del caso colombiano, denominado “Maternidad y Mercados Laborales: Impacto de la Legislación en Colombia” (2016), se concentró en determinar el efecto que generó sobre el mercado laboral de las mujeres la reforma legal que extendió la licencia de maternidad de 12 a 14 semanas (Ley 1468 de 2011). Los resultados indicaron que al tiempo de la extensión de la licencia de maternidad, las mujeres en edad de alta fertilidad experimentaron peores resultados en el mercado laboral que aquellas mujeres asociadas con bajas tasas de fertilidad. La investigación dividió a las mujeres en dos grupos, según las altas tasas de fertilidad (aquellas entre los 18 y 30 años) y las de bajas tasas de fertilidad (aquellas entre los 40 y 55 años de edad). Comparó los resultados laborales de ambos grupos de mujeres, en la medida en que “los individuos tienden a usar la edad de la mujer como un predictor de su probabilidad de quedar embarazada en el futuro cercano. Independientemente de las preferencias y decisiones de cada mujer, un empleador potencial podría atribuirle a ella una alta probabilidad de que quede embarazada (o no) simplemente por su edad”. La investigación también comparó los resultados laborales de las mujeres entre los 18 y 30 años con los hombres en el mismo grupo de edad, y advirtió que tienen más probabilidades de estar desempleadas o en actividades informales o de propia cuenta y reciben salarios más bajos.

Con estos resultados, algunas de las intervenciones y personas consultadas proponen opciones como, por ejemplo, socializar los costos generados por la protección de la maternidad sin importar el sexo. Es decir, “extender a los hombres licencias de paternidad en condiciones semejantes a las que se otorgan hoy a las mujeres, así como incentivos para que los padres las disfruten”. Ejemplos de este modelo son Alemania, Polonia y Suecia, que a través de estas medidas buscan también cambiar las actitudes sociales en relación al cuidado de los niños y el trabajo doméstico.

4.6. Las políticas o medidas legislativas dirigidas a socializar los costos de la maternidad de forma más efectiva y a modificar las percepciones culturales de la crianza, se ajustan a los mandatos constitucionales aplicables, a los que se hizo referencia. La protección no sólo es para la persona gestante, también para la pareja que tiene el deber de compartir las responsabilidades de cuidado de los niños. Igualmente, como lo propone una de las intervenciones aportadas al proceso, una de las herramientas de transformación es impulsar campañas para cambiar el rol de los hombres en el hogar e incentivar que las labores domésticas de cuidado sean compartidas. En uno de los conceptos remitidos a la Corte, por ejemplo, se propone una solución “que tienda a equiparar las protecciones de que gozan los padres y las madres, así como que les asigne similares responsabilidades de cuidado tendría efectos positivos en los resultados laborales de las mujeres (como muestran experiencias de otros países), así como beneficios en el desarrollo de los niños”. Se propone al menos tres medidas para distribuir los costos de la protección: (i) implementar licencias parentales, es decir, que el tiempo de licencia sea aprovechado de forma compartida por padre y madre, (ii) contemplar licencias de paternidad, y (iii) extender el fuero de maternidad. En relación con el segundo tipo de medidas, existe un precedente constitucional, a saber, la sentencia C-005 de 2017, en la que extendió la estabilidad laboral reforzada al cónyuge o compañero permanente o pareja de la mujer en estado de embarazo o lactancia que es beneficiaria de aquel. En lo referente a la última medida propuesta la intervención en el proceso dice que, por ejemplo, es posible dar una interpretación conjunta a los artículos 238 y 239 del Código Sustantivo de Trabajo y concluir que el periodo de lactancia alcanza los 6 meses del recién nacido, y en ese sentido, el fuero de protección sobre la estabilidad laboral puede incluir este periodo “a causa de la lactancia”.

4.7. Las políticas de otros países de extender la licencia a los padres, de forma compartida, como se dijo, promueve la equidad de género y las oportunidades laborales de las mujeres. Un estudio de la Unión Europea reveló que las políticas públicas que extienden la cobertura de las licencias postparto a los padres y que aseguran el acceso a cuidado infantil provisto por el Estado durante la infancia temprana, contribuyen a aumentar la participación laboral femenina y a reducir la brecha salarial.

4.8. En todo caso, se insiste, las opciones de políticas públicas que se pueden adoptar son variadas. Por ejemplo, otra manera de socializar los costos es que paguen, ante todo quienes no asumen solidariamente la carga correspondiente. Por ejemplo, crear un fondo general que sustente los pagos de la protección dada, la cual aporten en mayor grado entidades y personas que no tengan mujeres en estado de embarazo trabajando, y en menor grado las que sí tengan este tipo de trabajadoras dentro de su planta. Incluso, se pueden generar beneficios de distinto tipo, para incentivar que se den efectivamente este tipo de contrataciones laborales.

4.9. Los Estados, en general, también han propendido por establecer una protección especial a la maternidad y a la lactancia en el ámbito laboral. Las políticas mayoritarias se han concentrado en conceder las licencias remuneradas a la mujer como sujeto de especial protección. Igualmente, la estabilidad laboral reforzada o inamovilidad laboral, es una de las garantías que se establecen en las legislaciones con el fin de impedir decisiones discriminatorias contra las mujeres trabajadoras y asegurar el goce efectivo del derecho al trabajo. Sin embargo, hay evidencia de que la protección “dispar de padres y madres genera un desincentivo a la contratación de mujeres en edad reproductiva”, lo que tiene como consecuencia, la disminución de su acceso al mercado laboral, menores ingresos y la tendencia a ocuparse en el sector informal en condiciones precarias. De esa forma, las medidas de protección a la maternidad deben ir acompañadas con otras medidas complementarias que generen una distribución o socialización de beneficios y cargas entre el padre y la madre, con el fin de que los costos no recaigan en el sujeto que se pretende proteger.

4.10. Teniéndose en cuenta las consideraciones esbozadas en este aparte, se analizarán los casos concretos. En especial, se estudiará un caso en el que se despidió a una mujer inmediatamente al término de la licencia de maternidad, comportamiento que la Sala considera una evidencia de los efectos perversos que se podrían generar con una protección de la estabilidad laboral reforzada inadecuadamente concebida o regulada.

5. Vulneración de los derechos a la estabilidad laboral reforzada, a la no discriminación y a la seguridad social de las señoras Yorladis Espitia Baltazar, Leydis Pacheco Ríos, Rosmery Méndez González, Daniela Rojas Castañeda, Johanna Beatriz Cifuentes Alonso, María Yuri Ospina Fernández y Yeimi Berrío Acosta, por parte de sus empleadores.

Los casos que se encuentran contenidos en estos expedientes tienen la particularidad común que los empleadores dieron por terminados los contratos durante el periodo de gestación o embarazo, desconociendo la legislación vigente y el precedente jurisprudencial al respecto. Sobre el particular, la Sala entra a realizar el estudio sobre cada uno de estos casos.

5.1. Yorladis Espitia Baltazar

5.1.1. En este caso, la accionante manifiesta haber prestado sus servicios como empleada doméstica en la residencia de la señora Blanca Stella de Ortiz, en virtud de un contrato laboral verbal. La accionada, se opone a tal afirmación y señala que el contrato fue celebrado con su nieta ya que ella no está en condiciones de contratar. Al respecto, la Sala advierte que el juez de instancia niega el amparo solicitado por considera que hay controversia frente al verdadero empleador de la señora Yorladis Espitia. No obstante, la declaración extrajuicio aportada por la señora Blanca Stella de Ortiz, en la que su nieta Martha Cecilia Ortiz Restrepo reconoce que, aunque los servicios se prestaron en favor de su abuela, ella es la responsable del contrato y todo lo relacionado con el mismo, permite establecer un responsable para asumir las obligaciones que puedan surgir al verificarse una vulneración de los derechos invocados.

5.1.2. En ese contexto, la Sala de Revisión encuentra que sí existe claridad y certeza sobre los siguientes aspectos: (i) La existencia de una relación laboral entre la tutelante y las accionadas, toda vez que la señora Espitia prestó sus servicios personales a la señora Blanca Stella de Ortiz, cumpliendo un horario laboral de lunes a sábado de 8:00a.m. a 4:00p.m.. Se

trató de un contrato verbal que se presume a término indefinido, el cual se inició el 16 de abril de 2015 y se dio por terminado el 15 de marzo de 2016 (fecha que no fue desvirtuada por las demandadas). (ii) La relación laboral finalizó estando la accionante en el séptimo mes de gestación (afirmación que no fue desvirtuada por las accionadas) bajo el argumento que “debía quedarme en mi casa cuidándome el embarazo”, situación que permite concluir que la empleadora conocía del estado de embarazo de la señora Espitia. (iii) No obra en el expediente prueba alguna de que la empleadora haya solicitado autorización al Inspector de Trabajo para dar por terminada la relación laboral.

5.1.3. Así las cosas, de lo analizado es posible aplicar la presunción legal de terminación del contrato laboral por razón del embarazo, en la medida que existió una relación laboral (por contrato verbal) y el estado de embarazo era conocido por la empleadora, quien no logró demostrar una justa causa para finalizar la relación ni contó con la autorización del Ministerio de Trabajo. En ese contexto, procede el amparo de los derechos fundamentales invocados y, en consecuencia, se ordenará el reconocimiento de la licencia de maternidad a la que tiene derecho la señora Espitia, el pago de los aportes al Sistema General de Pensiones por el término del embarazo, además de la indemnización prevista en el numeral tercero del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 2 de la Ley 1468 de 2011.

5.2. Leydis Pacheco Ríos

5.2.1. Como lo establecen los hechos del caso, la accionante desempeñó labores de empleada doméstica para los señores Joseth Toledo y Mónica Banzur, desde el 17 de abril de 2015 con una remuneración de \$750.000 mensuales. El 18 de julio de 2015, la actora se enteró de su estado de embarazó y el día 20 del mismo mes les informó a sus empleadores. El día 26 de octubre siguiente, y con 5 meses de embarazo, los señores la despidieron sin justa causa. Según respuesta de la EPS Sanitas, los empleadores pagaron las cotizaciones de seguridad social hasta el mes de noviembre de 2015. Los accionados guardaron silencio.

5.2.2. Como se dispuso en la parte considerativa de esta providencia, la Corte Constitucional ha establecido que la mujer gestante o lactante es una persona de especial protección constitucional y, por esta razón, le asiste la garantía de la estabilidad laboral reforzada. De ese modo, la protección de sus derechos por vía de tutela, según la jurisprudencia aplicable, debe cumplir en esencia dos requisitos: “a) la existencia de una relación laboral o de prestación y, b) que la mujer se encuentre en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación”.

5.2.3. En el caso de la señora Pacheco se encuentra probado que (i) trabajaba para los señores Joseth Toledo y Mónica Benzur en labores domésticas; (ii) que fue despedida durante el embarazo sin mediar una justa causa de despido ni tampoco una autorización del Ministerio de Trabajo. Con base en eso, la Sala encuentra que existió una violación de los derechos fundamentales de la accionante y, en consecuencia, revocará la sentencia de primera y única instancia. Se ordenará el pago de los aportes al Sistema General de Pensiones por el término del embarazo y el reconocimiento de la licencia de maternidad a la que tiene derecho la accionante.

5.3. Rosmery Méndez González

5.3.1. En este caso, la señora Rosmery Méndez manifestó que fue despedida el 2 de febrero de 2016, estando en la semana 20 de gestación, sin justa causa y sin permiso del Ministerio de Trabajo, por el accionado Francisco Monroy. Por su parte, el demandado considera que no existió contrato laboral, que la razón de la terminación de la prestación de servicios fue consecuencia de la ausencia injustificada de la accionante a cumplir sus labores y que no existía fuero de maternidad por cuanto no se conocía del embarazo.

5.3.2. En ese contexto, la Sala de Revisión encuentra que: (i) existió un contrato laboral entre la tutelante y el accionado, toda vez que la señora Méndez prestó sus servicios personales en la residencia del señor Francisco Monroy, de manera habitual (con independencia de que el mismo se ejecutara en un horario laboral flexible y por días) a cambio de una remuneración. (ii) Se trató de un contrato a término indefinido, en la medida que las partes nada dijeron respecto de la duración del contrato. (iii) La relación laboral finalizó estando la accionante en embarazo, bajo el argumento de una justa causa, relacionada con el incumplimiento por parte de la señora Rosmery Méndez de su obligación de asistir a cumplir sus labores, sin valorar que la trabajadora estaba embarazada. (iv) No obra en el expediente prueba alguna de que el empleador haya solicitado autorización al Inspector de Trabajo para dar por terminada la relación laboral.

5.3.3. Así las cosas, de lo analizado en este caso procede la protección reforzada derivada del fuero de maternidad. Existió un contrato laboral indefinido y la señora Rosmery Méndez estaba embarazada durante su vigencia, así como a la fecha de terminación del mismo. En ese contexto, procede el amparo de los derechos fundamentales invocados, por lo que se ordenará el pago de la licencia de maternidad a la que tiene derecho la accionante.

5.4.1. La señora Daniela Rojas Castañeda firmó un contrato de prestación de servicios con el Hospital San Rafael de Girardota E.S.E. para desempeñarse como Auxiliar Administrativa, contrato que tenía como fecha de vencimiento el 31 de diciembre de 2015. Ese día se terminó su vinculación, sin tener en cuenta que para ese momento contaba con aproximadamente 7 meses y medio de embarazo, circunstancia de la que había dado aviso desde mayo de 2015. Relata que, extemporáneamente, por su cuenta canceló el aporte a seguridad social en salud en el mes de enero de 2016. No siendo posible, por razones económicas, cancelar el aporte correspondiente al mes de febrero. Los jueces de tutela en ambas instancias, negaron el amparo solicitado, argumentando que: (i) el vencimiento del término del contrato de prestación de servicios no constituye un acto discriminatorio de la mujer embarazada; (ii) no está acreditado la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii)

no se demostró la existencia de una relación laboral, condición necesaria para que opere el fuero de maternidad.

5.4.2. Aunque en los documentos formales de la vinculación contractual de Daniela Rojas aparece la modalidad de prestación de servicios: (i) se puede inferir que se acreditan los supuestos para la configuración de un contrato realidad (subordinación, salario y prestación personal del servicio), ya que la accionante, según fue acordado, debía cumplir de manera personal sus labores en horario administrativo de 8:00 a.m. a 5:00 p.m., debiendo informar todo permiso por motivo de estudios o citas médicas y siempre sujeto a la autorización del jefe coordinador de enfermería, a cambio de una remuneración pactada en el contrato de prestación de servicios. Estas condiciones fueron establecidas por escrito. (ii) La terminación del contrato ocurrió durante el embarazo de la contratista. (iii) No obra en el expediente prueba alguna de que el empleador haya solicitado autorización al Inspector de Trabajo para dar por terminada la relación laboral.

5.4.3. Concluye la Sala que se vulneró la estabilidad laboral reforzada de la accionante. Por esta razón, hay lugar a aplicar las reglas previstas para los contratos a término fijo en los casos en que el empleador conoce del estado de embarazo y desvincula a su trabajadora aduciendo el vencimiento del contrato. Así, dado que el empleador no acudió ante el Inspector del Trabajo, la Sala ordenará el pago de la licencia de maternidad (como medida sustituta al pago de cotizaciones). Teniendo en cuenta que se trata de una empresa del Estado, y siguiendo los lineamientos establecidos en la Sentencia SU-070 de 2013, no se ordenará el pago de la indemnización prevista en el artículo 239 del C.S.T.

5.5. Johanna Beatriz Cifuentes Alonso

5.5.1. La ciudadana Johanna Beatriz Cifuentes Alonso fue vinculada como vendedora mediante contrato de trabajo indefinido. Cuando tenía 4 meses de embarazo, afirma que, por

recomendación de su empleador, presentó carta de renuncia a partir del 30 de septiembre de 2015. Por su parte, el empleador se comprometió por escrito a continuar pagando los aportes al Sistema de Seguridad Social, lo cual no hizo.

5.5.2. Observa la Sala que, en efecto la trabajadora presentó una carta de renuncia, en la que sostiene no poder cumplir cabalmente sus obligaciones por motivo de su estado de embarazo y “entender” que su condición no es motivo para incumplir con su trabajo. En la misma carta, advierte al empleador comprometerse, tal como lo habían conversado, a cubrir los gastos de su Seguridad Social. Lo anterior es corroborado por el empleador, quien insiste en que se comprometió a pagar los aportes a la Seguridad Social en salud, no por obligación sino como gesto de solidaridad para con su empleada, pero que ella debía asumir las cotizaciones a pensiones y, al no hacerlo, decidió no cumplir con su promesa. Ante las contradicciones respecto a los hechos, la Sala advierte que no cuenta con suficientes elementos de juicio para adoptar una decisión definitiva que ponga fin a la controversia suscitada en sede de tutela. La precariedad de las pruebas, los indicios y la validez de los documentos aportados al proceso, son asuntos que necesariamente deben ser estudiados por el juez ordinario laboral.

5.5.3. No obstante, tal como lo ha señalado esta Corporación, ante la inminencia de un perjuicio irremediable y en cumplimiento del principio de solidaridad para la protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de embarazo, el empleador deberá realizar el pago de la licencia de maternidad a la accionante, por el hecho objetivo de haber estado embarazada en vigencia de la relación laboral. Por su parte, se notificará al Ministerio del Trabajo sobre el contenido de esta decisión, a fin de que inicie las investigaciones a que hubiere lugar por las conductas, a las cuales, la accionante afirma haber sido sometida por parte de su empleador y le asesore en la interposición de las acciones legales para el ejercicio de sus derechos. El Ministerio del Trabajo, dentro de sus competencias constitucionales y legales, tomará medidas para asegurar el acceso a la justicia. La autoridad judicial correspondiente deberá resolver sobre las pretensiones presentadas.

5.6. María Yuri Ospina Fernández

5.6.1. La accionante María Yuri Ospina Fernández ingresó a laborar el 1º de abril de 2015 con la Empresa Company Service Food S.A.S. Fue remitida a prestar sus servicios a la Secretaría de Integración Social, a través de un contrato por obra o labor. En la fecha de terminación del contrato, 24 de mayo de 2016, se le informó que no trabajaría más, pero indicándosele que continuaría percibiendo su sueldo y contando con afiliación al Sistema de Seguridad Social hasta la fecha de su parto. La empresa accionada manifestó que la labor para la que fue contratada finalizó, no pudiendo ubicarla en otro lugar, pues dicha empresa tiene sede en Casanare y no cuenta con más contratos en la ciudad de Bogotá. Adicionalmente informó que el 15 de junio de 2016, solicitó permiso de terminación del contrato de trabajo ante el Ministerio de Trabajo. El juez de instancia negó el amparo, tras considerar que la desvinculación de la accionante se debió a la terminación de la labor para la que fue contratada. Resaltó que la solicitud de permiso para su despido ante el Ministerio de Trabajo se dio posteriormente a su retiro de la empresa, por lo que la orden correspondiente es el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación, lo cual en efecto fue realizado por el empleador. Respecto a la orden de reintegro, consideró no ser posible, teniendo en cuenta lo manifestado por la empresa accionada.

5.6.2. En el presente asunto, observa la Sala que la trabajadora fue desvinculada una vez vencido el término de la labor para la cual fue contratada, contando en ese momento con 8 meses de gestación. De la condición gestante tenía conocimiento su empleador, quien acudió sólo posteriormente a solicitar permiso al Ministerio de Trabajo, desconociendo el derecho a la estabilidad laboral reforzada por maternidad de la accionante. Por lo anterior, lo procedente es ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación, (lo cual fue cumplido por el empleador). Frente a la renovación del contrato, encuentra la Sala que en efecto, el contrato suscrito por la Empresa Company Service Food S.A.S., en virtud del cual fue contratada la accionante, se terminó. Es decir, las causas que dieron origen al contrato desaparecieron, razón por la que no puede ordenarse la renovación del

mismo. Sin embargo, como el empleador acudió posteriormente, no oportunamente, al Inspector de Trabajo, desconociendo la regla de contar con la autorización previa del mismo para terminar el vínculo laboral, la Sala ordenará el pago de la sanción establecida en el artículo 239 del C. S. T.

5.7. Yeimi Berrío Acosta

5.7.1. La señora Yeimi Berrío Acosta suscribió contrato de prestación de servicios con la Sociedad ABANTARI S.A.S., desde el 1º de marzo de 2015, devengando quincenalmente la suma de \$400.000. Inició su embarazo en marzo de 2015, y en diciembre del mismo año fue informada sobre la terminación de su contrato, a pesar de tener pleno conocimiento sobre su estado de gestación. Dio a luz en enero de 2016, encontrándose totalmente desprotegida.

Por su parte, la empresa accionada afirma que no es verdad que la accionante haya trabajado hasta diciembre sino hasta junio, puesto que el contrato suscrito era solo por tres meses.

5.7.2. En el presente asunto, la Sala observa que: (i) no hay certeza sobre la existencia de un contrato realidad para el mes de diciembre de 2015, como lo alega la accionante (hace referencia a la manera en que se desarrolló el mismo, esto es, las funciones que desempeñaba la trabajadora y su horario), aunque existe pleno reconocimiento por parte del empleador de la existencia del vínculo contractual hasta el mes de junio de ese año (sostuvo que el contrato siempre se entendió a un término único e improrrogable de 3 meses). Al respecto, encuentra pertinente la Sala reiterar lo establecido en la sentencia T-715 de 2013, en el sentido que debe brindarse protección a la mujer gestante o lactante, cuando se encuentre vinculada por medio de contrato de prestación de servicios, a pesar de que no logre probarse la existencia de un contrato realidad, puesto que “ello no implica que las mujeres que optan por tal alternativa laboral no tengan las garantías constitucionales de la estabilidad laboral reforzada”. (ii) Independientemente de la fecha de terminación del contrato (junio o diciembre) la desvinculación ocurrió durante el embarazo de la contratista.

(iii) De acuerdo con la clasificación que se había dado el contrato, el empleador no solicitó autorización al Inspector de Trabajo para terminar la relación contractual.

6. Vulneración de los derechos a la estabilidad laboral reforzada, a la no discriminación y a la seguridad social de las señoras Patricia Celis y Elisabeth Amarilis Amor Daza, por su empleador y contratante, respectivamente

En los casos que se encuentran contenidos en estos expedientes, los empleadores dieron por terminado los contratos laborales durante el disfrute de la licencia de maternidad, desconociendo el fuero de maternidad reconocido en la legislación vigente y la jurisprudencia de esta Corporación. Sobre el particular, la Sala entra a realizar el estudio sobre cada uno de estos casos.

6.1. Patricia Celis

6.1.1. En este caso, la accionante manifiesta que estuvo vinculada a través de contrato laboral a término fijo con la Asociación de Padres de Familia del Hogar Infantil Belén. Su contrato fue terminado de forma unilateral el 26 de febrero de 2016, cuando aún disfrutaba de su licencia de maternidad. No obstante, su empleador se comprometió a pagar los aportes a Seguridad Social en Salud por el mes de marzo, correspondiente al último mes de su licencia. La asociación accionada guardó silencio.

6.1.2. Bajo este contexto, advierte la Sala de Revisión que el empleador, consciente de que la trabajadora gozaba de fuero de maternidad, pues aún se encontraba en licencia de maternidad a la fecha de terminación del contrato, incumplió su deber de acudir al Ministerio

de Trabajo para obtener la autorización de finalizar el contrato a término fijo con ella celebrado.

6.1.3. Así las cosas, de lo analizado en este caso, la Sala considera que procede la protección reforzada derivada del fuero de maternidad, en la medida que la terminación del contrato a término fijo, aunque se alegó como justa causa la finalización del programa para el cual estuvo vinculada la accionante, se dio durante el disfrute de la licencia de maternidad, sin autorización del Ministerio de Trabajo. En ese contexto, procede el amparo de los derechos fundamentales invocados y, siguiendo las reglas fijadas para estos casos, se ordenará el pago de la indemnización prevista en el numeral 3° del artículo 239 del C.S.T.

6.2. Elisabeth Amarilis Amor Daza

6.2.1. La Sala encuentra probados los siguientes hechos. La señora Elisabeth Amarilis Amor Daza tenía un contrato de prestación de servicios con la E.S.E. Centro de Salud con Cama “Vitalicio Sara Castillo” de Soplaviento Bolívar, según la actora desde el año 2012. Obra en el expediente copia del último contrato renovado desde el 1º de diciembre de 2015 hasta el 31 de diciembre del mismo año. El 11 de agosto de 2015, la accionante avisó a su contratista que tenía 3 meses de embarazo. El 31 de diciembre de 2015 la actora dio a luz a su hijo, es decir, como lo encuentra probado el juez de instancia, “al momento de contratar a la accionante esta estaba en estado de embarazo y el día de su parto la misma aún estaba vinculada a la entidad accionada, esto es el día 31 de diciembre de 2015, por lo que la misma al momento del parto y durante los tres meses de incapacidad estaba amparada bajo el fuero especial de una estabilidad laboral reforzada”.

6.2.2. Bajo este contexto, la Sala observa que: (i) no hay certeza sobre la existencia de un contrato realidad, pues ninguna de las partes hace referencia a la manera en que se desarrolló el mismo, esto es, las funciones que desempeñaba la contratante, su horario y la

subordinación. En este punto, nuevamente encuentra pertinente la Sala reiterar lo establecido en la sentencia T-715 de 2013. (ii) Independientemente de la fecha de terminación del contrato, es decir, el 31 de diciembre de 2015, ese mismo día la actora dio a luz, y por tanto, se encontraba vinculada a la entidad demandada; la desvinculación ocurrió una vez comenzado el periodo de la licencia de maternidad. (iii) No obra en el expediente prueba alguna de una motivación objetiva de denegar la renovación del contrato de la actora, ni que, aun sabiendo su estado de salud, haya solicitado autorización al Inspector de Trabajo para dar por terminada la relación laboral.

6.2.3. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala ordenará el pago de la licencia de maternidad (como medida sustituta al pago de cotizaciones) y el pago de la indemnización prevista en el numeral 3° del artículo 239 del C.S.T.

7. Presunta vulneración de los derechos a la estabilidad laboral reforzada, a la no discriminación y a la seguridad social de las señoras Liliana Clavijo y Ana Paola Torres Sánchez, por parte de sus empleadores

7.1. Cuestión previa

7.1.1. A diferencia de los casos anteriores, en los asuntos de los expedientes T-5.667.887 y T-5.659.209, las accionantes fueron despedidas inmediatamente después de terminada la licencia de maternidad. Conforme el artículo 238 del Código del Trabajo, relativo al descanso remunerado durante la lactancia, “El empleador está en la obligación de conceder a la trabajadora dos descansos, de treinta (30) minutos cada uno, dentro de la jornada para amamantar a su hijo, sin descuento alguno en el salario por dicho concepto, durante los primeros seis (6) meses de edad”. Luego, el artículo 239 que establece la prohibición de despido, señala que “1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia. // 2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o

lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin la autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente”.

7.1.2. Con base en la ley, la Corte observa que el alcance de la protección a la estabilidad laboral reforzada se extiende al periodo de lactancia, es decir, conforme el artículo 238, los 6 meses de edad del niño. Esto se deriva del numeral primero del artículo 239 que establece de forma clara que está prohibido el despido de la mujer en “lactancia”, en consecuencia, el despido o la terminación del contrato también puede deberse “con ocasión de la lactancia”. Sin embargo la prohibición de despido o fuero de maternidad se extiende hasta los primeros tres meses de vida del menor, y con la nueva legislación, hasta los 4 meses. Para la Sala es claro que la mujer, luego de terminada la licencia de maternidad, y regresar a las labores que realizaba, es susceptible de ser objeto de decisiones discriminatorias por el hecho de exigir la garantía prescrita en el artículo 238. Según la cual, a la mujer se le deben garantizar “dos descansos, de treinta (30) minutos cada uno, dentro de la jornada para amamantar a su hijo”, tiempo que puede afectar las actividades para algunos empleadores o contratistas, y en ese orden de ideas, prescindir de la mujer trabajadora. En este caso, si es despedida, tendrá que empezar la búsqueda de trabajo y no podrá exigir la garantía a un nuevo empleador. Con base en lo anterior, la Sala reitera que la estabilidad laboral reforzada, y por ende, la prohibición de despido es aplicable durante el embarazo y durante la licencia de maternidad de 18 semanas. Ahora bien, el tiempo que falte para cumplirse los 6 meses de vida del niño, a pesar de que no tiene una prohibición de despido, cuenta también con una protección especial, que al menos, debe verse reflejada en una motivación de despido objetiva de parte del empleador.

7.1.3. De ese modo, todo el periodo de lactancia merece una protección especial encaminada a proteger los primeros días de vida del bebé, que además es acorde con el mandato constitucional de los artículos 43, 44, 50 y 53 en relación con la protección especial de los niños y niñas en su primer año de vida. Sin embargo, la protección reforzada o fuero de maternidad del artículo 239 del CST solo opera dentro de los cuatro primeros meses de vida

del recién nacido. Así, si el despido o la terminación del contrato ocurre en el periodo restante para completar los 6 meses de edad del niño –periodo de lactancia-, le corresponde, en principio, a la trabajadora asumir la carga de la prueba y demostrar que tal decisión se adoptó con ocasión de la lactancia, y en consecuencia, fue discriminatoria. Por su parte, el empleador tendrá a su cargo el deber de motivar objetivamente la terminación del vínculo laboral.

7.1.4. La Sala encuentra que esta interpretación obedece a los estándares constitucionales, toda vez que observa el objeto y fin de la norma el cual se dirige a proteger al niño recién nacido de una lactancia digna en sus primeros meses de vida. De esa forma, luego de cumplida la licencia de maternidad, a pesar de que el empleador no tiene la obligación legal de acudir al Ministerio de Trabajo para hacer efectivo el despido, sí tiene el deber constitucional de justificar una causa objetiva de terminación o despido que demuestre que su decisión no tiene ninguna relación con la lactancia de la madre trabajadora. Lo anterior, garantiza el derecho al trabajo de la mujer lactante y protege al recién nacido en sus primeros meses de vida. Con base en eso, la Sala considera que de presentarse el despido de manera inmediata al regreso de la mujer a su trabajo, sin que se presente una justificación motivada y razonada en un factor objetivo, ella podrá invocar la protección de sus derechos ante el despido por discriminación en periodo de lactancia y será el empleador quien deberá demostrar ante el juez que su decisión se fundamentó en razones de justa causa conforme a la Ley. De conformidad con lo dicho, la Sala considera que existe en cabeza de las autoridades competentes el deber de revisar la normatividad vigente relativa a la prohibición de despido contenida en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, de tal forma que ésta sea coherente de manera plena con lo establecido en el artículo 238 de este mismo código, y que extiende la estabilidad laboral reforzada hasta los 6 meses de edad del niño.

7.2. Los expedientes finales

Ahora bien, en los dos expedientes antes citados (Exp. T-5.667.887 y T-5.659.209) se observa que las accionantes fueron despedidas o su contrato fue culminado, inmediatamente cumplieron con su licencia de maternidad, razón por la cual la Sala procede a examinar si los

despidos se dieron en el marco de una justa causa o con ocasión del periodo de lactancia de las trabajadoras, y por ende, si se desconoció su especial protección reforzada en materia laboral.

7.2.1. Liliana Clavijo

En este caso, la accionante manifiesta que estuvo vinculada al Fondo Nacional del Ahorro a través de empresas temporales, siendo la última la empresa Optimizar S.A. Estando en licencia de maternidad, el contrato entre el Fondo Nacional y la temporal finalizó, sin que ello interviniera en el pago de su licencia. Señala que al culminar la licencia de maternidad el 21 de diciembre de 2015, acudió a la empresa temporal para reintegrarse a sus labores, recibiendo el día 24 de diciembre de 2015 carta de terminación del contrato.

Tal como se indicó, si bien durante el período de lactancia debería existir una protección especial, luego de la culminación de la licencia de maternidad no opera el fuero de protección legal del artículo 239. De manera que la trabajadora ha debido demostrar, al menos sumariamente que la terminación del contrato se dio por ocasión de la lactancia, y en consecuencia, fue discriminatoria. Al respecto, se advierte que la accionante, aun consciente de la terminación del contrato existente entre el Fondo Nacional del Ahorro y la empresa Optimizar había finalizado, no logró establecer que la labor para la cual fue contratada aún subsistía. La Sala encuentra que para demostrar tal situación no es suficiente afirmar, como en este caso se hizo, que el puesto de trabajo estaba desocupado. Se debía demostrar, al menos, que las funciones relacionadas con el cargo que desempeñaba subsistían. Ello teniendo en cuenta que la empresa de servicios temporales le manifestó que la empresa usuaria había informado que las labores y tareas realizadas por ella habían finalizado. Hay una razón objetiva no desvirtuada que justifica la decisión del empleador. Así las cosas, el empleador alegó una justa causa que debía ser desvirtuada por la accionante.

En ese orden de ideas, la Sala considera que no procede la protección reforzada derivada del fuero de maternidad, en la medida que no se demostró que la terminación del contrato con la empresa temporal se dio como consecuencia de la lactancia. Por consiguiente, confirmará la decisión de instancia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el dieciocho (18) de mayo de dos mil dieciséis (2016).

7.2.2. Ana Paola Torres Sánchez

La señora Ana Paola Torres Sánchez, suscribió un contrato de trabajo a término fijo por la duración de la labor contratada el 18 de enero de 2013 con la empresa CBI Colombiana S.A. El contrato fue prorrogado de manera automática y sucesiva durante tres periodos, los cuales se vencían el 4 de agosto de 2015. La señora Torres tuvo conocimiento de su embarazo el 7 de octubre de 2014, situación que fue comunicada a su empleador por medio de correo electrónico. La accionante dio a luz el 5 de junio de 2015. Luego, la empresa accionada, el 4 de agosto de 2015, informó a la señora Torres que su contrato terminaría una vez se acabara la licencia de maternidad, es decir el 7 de septiembre de 2015.

La accionante trabajaba como oficinista de campo y su contrato fue renovado varias veces por la empresa. Sin embargo, una vez quedó en estado de embarazo y cumplió con su licencia de maternidad, la empresa decidió terminar el contrato, sin tener en cuenta que aún permanecía en el periodo de lactancia, según el Código Sustantivo de Trabajo. Con base en ello, la Sala observa que la actora tenía un vínculo laboral con la empresa accionada y fue despedida justo en el periodo posterior a la licencia de maternidad y dentro del periodo de lactancia, evidenciándose un presunto acto discriminatorio en razón a su situación de maternidad y lactancia. Véase cómo esta decisión de desvinculación puede afectar con más intensidad al niño recién nacido quien tendrá que asumir las consecuencias de la falta de trabajo de la madre para sostenerlo. Se prueba dentro del expediente que la terminación del contrato que fue notificada por el empleador fue motivada con las siguientes razones: “Esta decisión está soportada en el estado actual de ejecución del Proyecto de Expansión de la

Refinería de Cartagena a cargo de CBI, que está próximo a finalizar, en el que posiciones eminentemente temporales, como la que usted ocupó se están cerrando, y de esta manera, no cabe una renovación del contrato siendo que la materia del trabajo ha terminado, así como la causa de su vinculación, dado que su contratación fue para cubrir actividades propias de un proyecto temporal”. Sin embargo, encuentra esta Sala de Revisión que a pesar de que la empresa motiva su decisión de la terminación del contrato laboral en que las obras del proyecto para el cual fue contratada la actora “están próximas a finalizar”, el contrato laboral que fue inicialmente acordado por las partes establece un objeto que no se limita al proyecto señalado por la empresa, sino a labores generales. Por esto fue que el contrato fue renovado en varias ocasiones y permite concluir que la motivación de la terminación no corresponde a la realidad de las labores que ejercía la actora, y en cambio, coincide con la época de terminación del periodo de maternidad y la continuidad del tiempo de lactancia. Así, la empresa no da razones objetivas a la luz de la situación contractual específica que justifiquen el despido, y, en consecuencia, al parecer, estaba en la capacidad de garantizarle el trabajo a la señora Torres hasta que culminara el periodo de lactancia y no solo limitarse a protegerla en la licencia de maternidad. El despido como acto discriminatorio solo puede ser desvirtuado con razones suficientes y objetivas de la desvinculación. Si la licencia de maternidad comenzó el primero de junio de 2015, culminaba el 1º de septiembre y el periodo de lactancia el primero de diciembre del mismo año.

Ahora bien, la diferencia sustancial, por ejemplo, con el caso de la accionante Liliana Clavijo –antes descrito-, es que en aquel caso el empleador logró demostrar una causa objetiva dadas las condiciones específicas de la situación contractual, pues la empresa usuaria de sus labores manifestó que se trataba de un cargo “en misión” y que las tareas por ella desempeñadas habían finalizado. Adicionalmente, no había sido vinculada en varias ocasiones prorrogándole las funciones, cómo sí sucedió en el caso de Ana Paola. Por lo tanto, teniendo en cuenta las condiciones específicas del caso, la Sala confirmará parcialmente la decisión del juez de instancia. Sin embargo, al no demostrarse suficientes razones objetivas para establecer que no fue despedida por su situación de lactancia, emitirá una orden complementaria. De esa manera, en este caso se ordenará a la empresa accionada emitir un concepto a la accionante en el que demuestre las razones suficientes y objetivas por las cuales la desvinculó en estado de lactancia a pesar de que, según lo obrante en el

expediente de tutela, tenía la capacidad de mantenerla hasta que terminara el periodo de lactancia. Este asunto servirá de muestra para que el Gobierno Nacional y el Congreso de la República realicen la revisión de la legislación correspondiente (artículos 238 y 239 CST) como se mencionó líneas arriba.

8. Conclusiones, se requiere evaluar y ajustar las políticas públicas de las que depende la protección a la mujer embarazada y en lactancia

8.1. En primer lugar, la Corte reitera que la protección especial a la mujer trabajadora gestante se encuentra consagrada en la Constitución Política, en la legislación laboral y en la jurisprudencia constitucional. De esta manera, la mujer embarazada o lactante ha sido considerada como un sujeto de especial protección constitucional, a quien le asiste una garantía de estabilidad laboral reforzada, pudiendo invocar la protección a sus derechos por vía de tutela solo con la acreditación de dos requisitos a saber: (1) la existencia de una relación laboral o de prestación de servicios y (2) que la mujer se encuentre en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación. El alcance de la protección se determinará de acuerdo a la modalidad bajo la cual se encuentre vinculada y si su empleador conocía o no de su estado, según las reglas desarrolladas por la jurisprudencia de esta Corporación.

8.2. En segundo lugar, la Sala evidencia que el ordenamiento jurídico colombiano contempla una protección progresista a la mujer en situación de embarazo y lactancia, acorde con los estándares internacionales. Sin embargo, como lo evidencian algunos trabajos académicos, la protección dispar de padres y madres puede hacer parte de un escenario regulatorio que desincentive la contratación de mujeres en edad reproductiva y, consecuentemente, tener relación con barreras de acceso al mercado laboral, recibir menores ingresos y propiciar la tendencia a ocuparse en el sector informal. Las políticas públicas deben ser evaluadas y ajustadas de forma cíclica, permanentemente, en un contexto de participación democrática. Cuando se estanca el desarrollo de una política pública de la cual depende un derecho

fundamental, se pone en riesgo su goce efectivo. Más aún cuando el sistema regulatorio ha mostrado vacíos o defectos, y no se corrigen los desincentivos y obstáculos que impone la actual regulación al respeto de los derechos laborales de las mujeres. En tales contextos regulatorios deficientes, incluso las protecciones legales, judiciales o administrativas pueden quedarse cortas y ser capturadas por los diferentes actores para maximizar sus intereses u objetivos. Los diferentes actores encargados de una política pública deben tomar las medidas adecuadas y necesarias para evitar que el cuidado que se debe dar a un determinado grupo de especial protección, como son las mujeres en edad reproductiva, se pierda a causa de una regulación que no controle los incentivos y desincentivos existentes para quien respete y proteja los derechos en cuestión. Como lo muestran las participaciones dentro del presente proceso, la regulación actual de protección a la mujer embarazada y lactante es insuficiente para garantizar efectivamente los derechos fundamentales considerados. Así, se torna importante que se evalúen e implementen herramientas adicionales o complementarias de protección. Por ejemplo, entre otras opciones, pueden adoptarse reglas que distribuyan las cargas entre más personas, para que no recaigan sólo en la mujer en edad reproductiva. También, reglas que distribuyan las cargas entre los empleadores en general, para que no se concentre todo el peso de la protección en aquel que contrató y dio oportunidad laboral a mujeres en edad reproductiva. Las medidas de protección a la maternidad deben ser integrales, no pueden ser incompletas o tan sólo retóricas, para asegurar el goce efectivo del derecho tutelado. Así, se puede contemplar la regulación vigente, por ejemplo, distribuyendo o socializando los beneficios y las cargas entre la pareja, con el fin de que los costos no recaigan en el sujeto que se pretende proteger. Los derechos de las mujeres gestantes, lactantes y en edad reproductiva deben ser protegidos, pero hacerlo mediante una regulación deficiente, que no controle incentivos perversos, es incumplir tal obligación.

8.3. Con base en lo anterior, la Sala declarara que el Gobierno Nacional, dentro de sus competencias constitucionales y legales, y con participación democrática, debe adoptar las medidas adecuadas y necesarias, de acuerdo a la mejor evidencia existente, para identificar herramientas complementarias y adicionales a la protección a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en edad reproductiva. Tales medidas deben estar encaminadas a evitar efectos indeseables y contraproducentes. Entre otras opciones, por ejemplo, se deberían contemplar licencias compartidas o paternales, que no impongan cargas

únicamente en las mujeres gestantes y, se insiste, contrarresten los desincentivos que actualmente existen por contratar a una mujer en periodo de lactancia o en edad reproductiva. El Gobierno, a través del Ministerio de Trabajo, una vez sean identificadas y valoradas las diferentes propuestas, tiene el deber constitucional de trabajar armónicamente con el Congreso de la República (concretamente, a las Comisiones Primera y Séptima Constitucionales y a la Comisión Legal sobre Equidad de la Mujer).

IV. DECISIÓN

(i) La Sala reitera que un empleador vulnera el derecho a la estabilidad laboral reforzada y a la seguridad social de la mujer embarazada, cuando da por terminada la relación laboral o de prestación de servicios durante el periodo de gestación o durante la licencia de maternidad, con o sin justa causa, sin autorización del Inspector de Trabajo. Además, (ii) el derecho a la estabilidad laboral reforzada debe garantizarse durante todo el periodo de lactancia (los 6 primeros meses de vida del recién nacido), lo que supone que hasta el final de ese periodo, el empleador deba justificar que la desvinculación se hizo con justa causa y no para evitar respetar los permisos de lactancia de la mujer trabajadora.

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

RESUELVE

PRIMERO.- Levantar los términos suspendidos de los procesos acumulados de la referencia.

SEGUNDO.- En el expediente T-5.658.775, REVOCAR la decisión del 14 de marzo de 2016, proferida por el Juzgado 4° Penal Municipal de Cúcuta, y en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, a la no discriminación y a la seguridad social de la señora Patricia Celis. En consecuencia, ORDENAR a la Asociación de Padres de Familia del Hogar Infantil Belén realizar el pago de la indemnización prevista en el artículo 239, numeral 3° del C.S.T., a la señora Patricia Celis, si aún no lo ha hecho.

TERCERO.- En el expediente T-5.659.209, CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia emitida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cartagena de 29 de enero de 2016, relacionada con la accionante Ana Paola Torres Sánchez por las razones expuestas en esta providencia. En consecuencia, ordenar a CBI Colombiana emitir un concepto a la accionante en el que demuestre que en el momento que la desvinculó, a pesar de encontrarse en periodo de lactancia, existían razones suficientes y objetivas para no mantener su contrato.

CUARTO.- En el expediente T-5.664.317, REVOCAR la sentencia del 19 de abril de 2016, proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Girardota, Antioquia, y en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, a la no discriminación y a la seguridad social de la señora Daniela Rojas Castañeda. Por tanto, ORDENAR al Hospital San Rafael de Girardota E.S.E., que, en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, si aún no lo ha hecho, realice el pago de la licencia de maternidad a la señora Daniela Rojas Castañeda, de no haberse hecho por el Sistema de Seguridad Social en Salud, incluyendo el pago de los aportes a pensión a que haya lugar.

QUINTO.- En el expediente T-5.667.887 CONFIRMAR la decisión proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá del 18 de mayo de 2016.

SEXTO.- En el expediente T-5.686.046, REVOCAR la sentencia del 29 de junio de 2016,

proferida por El Juzgado 39 Civil del Circuito de Bogotá, y en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, a la no discriminación y a la seguridad social de la señora Johanna Beatriz Cifuentes Alonso. En consecuencia, ORDENAR al señor Rober Yuleymar Escobar Franco, propietario del establecimiento de comercio SAMICEL A.C.C., que, en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, realice el pago de la licencia de maternidad a la señora Johanna Beatriz Cifuentes Alonso, si aún no lo ha hecho. Por otra parte, NOTIFICAR al Ministerio del Trabajo sobre el contenido de esta decisión, a fin de que inicie las investigaciones a que hubiere lugar, por las conductas a las cuales la accionante afirma haber sido sometida por parte de su empleador y le asesore en la interposición de las acciones legales para el ejercicio de sus derechos.

SÉPTIMO.- En el expediente T-5.719.364 REVOCAR la sentencia del 15 de julio de 2016, proferida por el Juzgado Cincuenta y Nueve Penal Municipal de Bogotá, y en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, a la no discriminación y a la seguridad social de la señora María Yuri Ospina Fernández. En consecuencia, ORDENAR a la Sociedad Company Service Food S.A.S. que, en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, si aún no lo ha hecho, realice el pago de la indemnización prevista en el artículo 239, numeral 3°, del C.S.T., por haber terminado la vinculación de la accionante sin la autorización respectiva.

OCTAVO.- En el expediente T-5.730.040 REVOCAR la decisión del 5 de julio de 2016, proferida por el Juzgado 35 Civil del Circuito de Bogotá, y en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, a la no discriminación y a la seguridad social de la señora Yorladis Rosa Espitia Baltazar. Por tanto, ORDENAR a la señora Martha Cecilia Ortiz Restrepo realizar el reconocimiento de la licencia de maternidad a la que tiene derecho la señora Yorladis Rosa Espitia Baltazar, el pago de los aportes al Sistema General de Pensiones por el término del embarazo y de la licencia de maternidad, además de la indemnización prevista en el numeral 3° del artículo 239 del C.S.T., si aún no lo ha hecho.

NOVENO.- En el expediente T-5.738.997, REVOCAR la sentencia emitida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Soplaviento, Bolívar, y en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, a la no discriminación y a la seguridad social de la señora Elisabeth Amarilis Amor Daza. Por lo tanto, ORDENAR a la ESE Centro de Salud con Cama “Vitalicio Sara Castillo” de Soplaviento Bolívar, que en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, proceda a pagar la licencia de maternidad a la señora Elisabeth Amarilis Amor Daza, de no haberse hecho por el Sistema de Seguridad Social en Salud, incluyendo el pago de los aportes a pensión a que haya lugar y realice el pago de la indemnización prevista en el artículo 239, numeral 3°, del C.S.T a favor de la señora Elisabeth Amarilis Amor Daza, si aún no lo ha hecho.

DÉCIMO.- En el expediente T-5.746.127, REVOCAR la sentencia emitida por el Juzgado veinticuatro Civil Municipal de Bogotá, y en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, a la no discriminación y a la seguridad social de la señora Leydis Pacheco Ríos. Por tanto, ORDENAR a la Comercializadora J y C BPO, Joseth Toledo y Mónica Banzur, que proceda a pagar la licencia de maternidad a la señora Leydis Pacheco Ríos, de no haberse hecho por el Sistema de Seguridad Social en Salud, incluyendo el pago de los aportes a pensión a que haya lugar y realice el pago de la indemnización prevista en el artículo 239, numeral 3°, del C.S.T a favor de la señora Leydis Pacheco Ríos, si aún no lo ha hecho.

UNDÉCIMO.- En el expediente T-5.754.345, REVOCAR la decisión del 24 de mayo de 2016, proferida por el Juzgado 50 Penal del Circuito de Bogotá, y CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, a la no discriminación y a la seguridad social de la señora Rosmery Méndez González. Por tanto, ORDENAR a Francisco Monroy realizar el pago, si aún no lo ha hecho, de los aportes al Sistema General de Pensiones por el término del embarazo y el reconocimiento de la licencia de maternidad a la que tiene derecho la señora Rosmery Méndez González.

DÉCIMO SEGUNDO.- En el expediente T-5.756.047, REVOCAR la sentencia del 29 de abril de 2016, proferida por el Juzgado 13 Penal Municipal de Cartagena de Indias, y en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, a la no discriminación y a la seguridad social de la señora Yeimi Berrío Acosta. Por tanto, ORDENAR a la Sociedad ABANTARI S.A.S., que en el término de (48) horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, si aún no lo ha hecho, realice el pago de la licencia de maternidad a la señora Yeimi Berrío Acosta, de no haberse hecho por el Sistema de Seguridad Social en Salud.

DÉCIMO TERCERO.- DECLARAR que el Gobierno Nacional, dentro de sus competencias constitucionales y legales, y con participación democrática, debe adoptar las medidas adecuadas y necesarias, de acuerdo a la mejor evidencia existente, para identificar herramientas complementarias y adicionales a la protección a la estabilidad laboral reforzada de la mujer de la mujer en edad reproductiva. Tales medidas deben estar encaminadas a evitar efectos indeseables y contraproducentes. Entre otras opciones, por ejemplo, se deberían contemplar licencias compartidas o paternales, que no impongan cargas únicamente en las mujeres gestantes y, se insiste, contrarresten los desincentivos que actualmente existen por contratar a una mujer en periodo de lactancia o en edad reproductiva. El Gobierno, a través del Ministerio de Trabajo, una vez sean identificadas y valoradas las diferentes propuestas, tiene el deber constitucional de trabajar armónicamente con el Congreso de la República (concretamente, a las Comisiones Primera y Séptima Constitucionales y a la Comisión Legal sobre Equidad de la Mujer).

DÉCIMO CUARTO.- LIBRAR las comunicaciones -por la Secretaría General de la Corte Constitucional-, así como DISPONER las notificaciones a las partes -a través del Juez de tutela de instancia-, previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

AQUILES ARRIETA GÓMEZ

Magistrado (e)

ALBERTO ROJAS RÍOS

JOSE ANTONIO CEPEDA AMARÍS

Magistrado (e)

ROCÍO LOAIZA MILIÁN

Secretaria General (e)

ANEXO - ÍNDICE

I. ANTECEDENTES

1. EXPEDIENTE T-5.658.775

2. EXPEDIENTE T-5.659.209

3. EXPEDIENTE T-5.664.317

4. EXPEDIENTE T-5.667.887

5. EXPEDIENTE T-5.686.046

6. EXPEDIENTE T-5.719.364

7. EXPEDIENTE T-5.730.040

9. EXPEDIENTE T-5.746.127

10. EXPEDIENTE T-5.754.345

11. EXPEDIENTE T-5.756.047

II. ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia y procedencia

2. Problema jurídico

3. Estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada. Tratamiento jurisprudencial después de la sentencia SU-070 de 2013

4. Tensiones que se generan con las políticas de protección de la maternidad y posibles soluciones

5. Vulneración de los derechos a la estabilidad laboral reforzada, a la no discriminación y a la seguridad social de las señoras Yorladis Espitia Baltazar, Leydis Pacheco Ríos, Rosmery Méndez González, Daniela Rojas Castañeda, Johanna Beatriz Cifuentes Alonso, María Yuri Ospina Fernández y Yeimi Berrío Acosta, por parte de sus empleadores.

5.1. Yorladis Espitia Baltazar

5.2. Leydis Pacheco Ríos

5.3. Rosmery Méndez González

5.4. Daniela Rojas Castañeda

5.5. Johanna Beatriz Cifuentes Alonso

5.6. María Yuri Ospina Fernández

5.7. Yeimi Berrío Acosta

6. Vulneración de los derechos a la estabilidad laboral reforzada, a la no discriminación y a la

seguridad social de las señoras Patricia Celis y Elisabeth Amarilis Amor Daza, por su empleador y contratante, respectivamente

6.1. Patricia Celis

6.2. Elisabeth Amarilis Amor Daza

7. Presunta vulneración de los derechos a la estabilidad laboral reforzada, a la no discriminación y a la seguridad social de las señoras Liliana Clavijo y Ana Paola Torres Sánchez, por parte de sus empleadores.

7.1. Cuestión previa

7.2. Los expedientes finales

7.2.1. Liliana Clavijo

7.2.2. Ana Paola Torres Sánchez

8. Conclusiones, se requiere evaluar y ajustar las políticas públicas de las que depende la protección a la mujer embarazada y en lactancia

