

II. EXPEDIENTE D-11474 - SENTENCIA C-005/17 (Enero 18)
M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

1. Norma acusada

CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO¹

ARTÍCULO 239. PROHIBICIÓN DE DESPEDIR.

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

ARTÍCULO 240. PERMISO PARA DESPEDIR.

1. Para poder despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o los tres meses posteriores al parto, el [empleador] necesita la autorización del Inspector del Trabajo, o del Alcalde Municipal en los lugares donde no existiere aquel funcionario. [...]

2. Decisión

Declarar la **EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** del numeral 1 del artículo 239 y del numeral 1 del artículo 240 del Decreto Ley 2663 de 1950, en el entendido que la prohibición de despido y la exigencia de permiso para llevarlo a cabo, se extienden al (al) (la) trabajador (a) que tenga la condición de cónyuge, compañero (a) permanente o pareja de la mujer en período de embarazo o lactancia, que sea beneficiaria de aquel (la).

3. Síntesis de la providencia

La Corte Constitucional debía resolver una demanda ciudadana contra las normas transcritas, según la cual estas serían contrarias a los mandatos previstos en los artículos 11, 13, 42, 43, 48 y 53 de la Constitución Política, así como al numeral 2 del artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), en

razón a que las normas acusadas limitan la asistencia y protección allí previstas a la mujer embarazada trabajadora, prohibiendo su despido durante el período de embarazo o lactancia (239) y exigiendo un permiso para su despido (240), pero no garantiza la misma protección a la mujer no trabajadora que depende económicamente de su pareja que sí se encuentra vinculada laboralmente.

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 el advenimiento 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.

Consideró la Corte, que el tratamiento análogo que desde el punto de vista constitucional se debe brindar 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), encuentra fundamento en lo siguiente:

Las razones que justifican la garantía de la estabilidad laboral reforzada de la mujer gestante y lactante trascienden su originario propósito de evitar la discriminación laboral generada en dicha

¹ Adoptado por el Decreto Legislativo 2663 del 5 de agosto de 1950, publicado en el Diario Oficial 27.407 del 9 de septiembre de 1950, en desarrollo

del Estado de Sitio promulgado por el Decreto Extraordinario No. 3518 de 1949

condición (fuero de maternidad). Esta protección desarrolla además el imperativo constitucional de brindar de manera general y objetiva protección a la mujer embarazada y lactante a cargo del Estado, no sólo referida a aquellas mujeres que se encuentran en el marco de una relación laboral sino, en general, a todas las mujeres (Art. 43 C.P.). Es así mismo, una manifestación de la protección a la vida como bien jurídico de máxima relevancia en el orden constitucional (Art. 11). Cristaliza la protección que el Constituyente brinda a la familia y promueve el interés superior del menor y la protección de los derechos de los niños y niñas (Art. 44). Todos estos fines de la protección se cumplen tanto en la situación de la madre trabajadora en estado de embarazo o lactancia, como en la de su pareja trabajadora, en especial, cuando esta representa el sostén familiar.

De otra parte, tanto los instrumentos internacionales, como la Constitución y la jurisprudencia de esta Corte, enfatizan en torno al plano de igualdad en materia de derechos, obligaciones y responsabilidades en que se encuentran la mujer y el hombre, y en general los progenitores, en el campo de las relaciones materno-paterno filiales (Art. 43), paridad que se proyecta en interés de los individuos que conforman la pareja, pero también como instrumento de protección reforzada del interés superior del niño o niña, a fin de asegurar su desarrollo integral y armónico.

Y finalmente, bajo una perspectiva de conciliación y armonización del trabajo con la vida familiar, el padre trabajador es también hoy titular de unos derechos específicos en el campo laboral que le permiten vincularse de manera más activa y autónoma a las responsabilidades que implican el cuidado de su familia y la crianza de sus hijos, durante la gestación y sus primeros días de vida, superando la posición subordinada o accesoria que tradicionalmente se le ha reconocido, pues sus derechos, en este sentido no pueden seguir siendo considerados como derivación de los derechos que se le reconocen a la madre gestante.

4. Salvamentos y aclaración de voto

Los magistrados **Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo, Gabriel Eduardo Mendoza**

Martelo y Gloria Stella Ortiz Delgado manifestaron su salvamento de voto en relación con la decisión mayoritaria.

El magistrado **Guerrero Pérez** señaló que la decisión de exequibilidad condicionada de los artículos 239, numeral 1 y 240, numeral 1 del Código Sustantivo del Trabajo desnaturaliza una institución de protección a la mujer trabajadora, que busca garantizar su estabilidad laboral durante su estado de gravidez y durante los primeros meses de cuidado del recién nacido. Observó, que si el fuero de maternidad consiste en la prohibición de despido de la mujer trabajadora en embarazo y la exigencia de permiso para proceder al mismo, no resultaba adecuado aplicar el principio de igualdad, porque la protección que se otorga en virtud de las normas legales demandadas, acorde con el artículo 53 de la Constitución, no se predica de la mujer que se encuentra desempleada y que por tanto depende económicamente de su pareja. En consecuencia, no se está frente a una omisión legislativa relativa que imponga la extensión del fuero a un sujeto ajeno al contrato laboral, sino a una omisión absoluta respecto de las mujeres embarazadas que no cuentan con ingresos propios para su sostenimiento y el del recién nacido.

En su criterio, no le correspondía a la Corte ampliar una protección que de conformidad con el artículo 43 de la Constitución, le corresponde al Estado. El vacío legal debía ser subsanado por el Legislador, con la previsión de los recursos suficientes dentro del sistema de seguridad social.

De igual manera, el magistrado **Linares Cantillo** consideró que el estudio de la demanda no era procedente por tratarse de una omisión legislativa absoluta, toda vez que no existe norma legal que regule la situación de la mujer desempleada que se encuentre en estado de embarazo o lactancia. En su criterio, esta importante medida debía ser debatida y aprobada en el Congreso de la República, órgano competente para dar cumplimiento al mandato de asistencia y protección a cargo del Estado previsto en el artículo 43 de la Constitución Política, ya sea con la expedición de una ley, la creación de un subsidio especial o la regulación legislativa que estime adecuada para tal efecto.

En este sentido, reprochó la flexibilización efectuada por la mayoría en el estudio del concepto de omisión legislativa relativa, pues los artículos 239, numeral 1° y 240 numeral 1° del Código Sustantivo del Trabajo demandados, no tienen aplicación frente a terceros ajenos a la relación laboral celebrada entre el empleador y el cónyuge o compañero de la mujer embarazada o lactante, lo que conduce a una total desnaturalización del fuero de maternidad creado por la ley como una acción afirmativa en defensa de la mujer, al ser extendido a los hombres bajo el argumento de la dependencia económica de su pareja. Ello, sin considerar que existían otros medios alternativos como el subsidio del desempleo para lograr la misma finalidad, sin necesidad de trasladar el deber de solidaridad estatal a los particulares, vía sentencia.

Advirtió, además el magistrado **Linares Cantillo** que el condicionamiento introducido a las normas sustanciales del trabajo genera un vacío normativo en cuanto a: las competencias del Ministerio del Trabajo, el aviso del estado de gravidez, el derecho a la intimidad del trabajador, entre otros, restringiendo con ello el mercado laboral, con inminentes problemas operativos que no fueron analizados en la sentencia. Para Linares es el Congreso, a través de una ley, el órgano competente para imponer cargas a los empleadores privados y establecer restricciones al mercado laboral.

Por su parte, el magistrado **Mendoza Martelo** señaló que si bien compartía las garantías y la máxima protección que deben brindarse a la mujer que se encuentre en estado de embarazo y al *nasciturus* y, en consideración a la filosofía que subyace en torno a los derechos sociales económicos y culturales inmersa en las relaciones de trabajo, que propenden hacia una ampliación progresiva en su protección, estimaba que este tipo de avances, ante todo, deben ser liderados por el órgano democrático, a través de medidas legislativas que evalúen previamente los factores económicos, jurídicos y sociales que los mismos en realidad conllevan.

A su juicio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 de la Constitución, es el Estado a través del régimen de seguridad social al que le corresponde este deber de auxilio. Es así como cualquier omisión

legislativa o déficit de protección, debe predicarse del sistema de seguridad social y, por consiguiente, reclama del Congreso la adopción de leyes que consagren acciones afirmativas en pro de la maternidad, del niño que está por nacer y de su familia.

El magistrado **Mendoza Martelo** recordó que la protección en estado de gravidez contiene distintos niveles de protección, el asistencial, el prestacional y el indemnizatorio. El descanso remunerado es una prestación social, por expresa definición legal, que tiene su origen en el contrato de trabajo, razón por la cual, en principio, su primer destinatario fue el trabajador. Sin embargo, la evolución social y jurídica, tal y como ha venido sucediendo, se contrae a la subrogación de este tipo de prestaciones. Es así como con la expedición de la Ley 90 de 1946 y la creación del Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, se inicia la cobertura del sistema de seguridad social, a nivel asistencial y prestacional, y más adelante, con la expedición de la Ley 100 de 1993, se incluye a los trabajadores independientes, cumpliendo así la finalidad del Sistema General de Seguridad Social, el cual propugnan por la Universalidad y la integralidad en su cobertura, mucho más allá del contrato de trabajo.

En esa línea de pensamiento y desde mi perspectiva, esa carga de protección dentro del ámbito de las relaciones de trabajo, sin realizar una previa valoración del impacto que ello conlleva, incorpora un retroceso en la medida en que el avance que laboralmente se impone, es que este tipo de protección debe ser asumida por el Sistema de Seguridad Social, con independencia de la vinculación laboral.

El magistrado **Mendoza Martelo** aclaró que con su posición no pretendía desatender el amparo que actualmente consagra nuestra legislación a la mujer en estado de gravidez, el artículo 239 del CST, sin duda, un fuero reglado en el contrato de trabajo y dentro de ese contexto, es el legislador el llamado a extender su protección. Cualquier avance que no se desarrolle en el escenario democrático idóneo, podría redundar en un desmedro a la protección de la mujer, del *nasciturus*, e inclusive, de la familia, creando una atmósfera aún más discriminatoria. La protección que la demanda reclama y que

la Corte reconoce, según el artículo 43 Constitucional, debe ser asumida por el Estado, si se pretende que esta sea real y efectiva. Lo anterior si se tiene en cuenta el amplio índice de desempleo que existe en nuestro país, donde fácilmente, tanto la madre como su esposo o compañero, pueden estar desempleados o vinculados laboralmente bajo una modalidad informal, lo que, a pesar del fallo de la Corte, en la práctica, haría nugatorio el fin perseguido y, por el contrario, el riesgo de poner en tensión esa frágil actividad laboral. Insistió en que si bien es partidario de que se ensanche progresivamente la protección de la mujer, de los niños y de la familia, debe ser el legislador quien lo haga dentro del ámbito de cobertura del Sistema General de Seguridad Social y con recursos del Estado.

Por lo demás, manifestó que compartía lo que sostuvo el Ministerio Público y algunos de los Magistrados disidentes, en cuanto a señalar que no estaban en presencia de una omisión legislativa relativa, sino, frente a una absoluta, lo cual evidencia aún más que sea el legislativo el órgano competente para regular este tipo de protección.

La magistrada **Ortiz Delgado** salvó el voto por considerar que la decisión de la mayoría acaba con una medida esencial de protección a la mujer en el trabajo, al anular una acción afirmativa y con ello una garantía específica y diferenciable para su autonomía y para el ejercicio de su rol como trabajadora. La medida, como una respuesta histórica a la discriminación de las mujeres en el ámbito laboral mediante su despedido por ejercer su rol reproductivo, tenía como objetivo principalmente: (i) proteger los ingresos de la mujer al hogar y; (ii) su posibilidad de ejercer dos roles simultáneos, la maternidad y el trabajo, sin que el primero impactara el segundo y su desempeño en el mismo. Luego, la decisión cambia ese enfoque y determina un nuevo objetivo

para la medida: la protección de la familia y el cuidado del recién nacido. Si bien esa política es válida, no se trataba de la medida contemplada por el Legislador en favor del derecho de las mujeres al trabajo en condiciones de igualdad. Luego, en criterio de la Magistrada, la decisión invisibiliza a la mujer y la protección de sus derechos, específicamente la discriminación en su contra en el ámbito laboral. En el mismo sentido, consideró que la decisión promueve el estereotipo de la mujer como dependiente del hombre económicamente y de ésta en el rol materno.

Más allá, la magistrada señaló que la decisión invade el ámbito de configuración del Legislador toda vez que no se trata de una omisión legislativa relativa, admitida por la jurisprudencia de esta Corporación, sino de una omisión legislativa absoluta, que no es procedente. La acusación que se propuso en contra de las normas parcialmente acusadas acerca de la falta de extensión al hombre del fuero de estabilidad reforzada por la paternidad tiene objetivos diferentes a los planteados por la medida originalmente. Es decir, la decisión crea una nueva política: la protección de la familia como una carga trasladada del Estado al empleador, mediante la estabilidad laboral reforzada de los padres durante la época en que la mujer embarazada se encuentre en periodo de embarazo y lactancia. Por lo tanto, la estabilidad laboral reforzada para la mujer, como una acción afirmativa, dejó de ser una política de protección para ésta y pasa a ser lo que la Corte entendió como una protección a la familia, lo cual le correspondía al Legislador.

Por su parte, la magistrada **María Victoria Calle Correa** aunque comparte la decisión de exequibilidad condicionada de las normas demandadas, anunció la presentación de una aclaración de voto.

LA CARENCIA DE CERTEZA, ESPECIFICIDAD Y PERTINENCIA DE LOS CARGOS DE INCONSTITUCIONALIDAD FORMULADOS CONTRA UN SEGMENTO DEL MECANISMO DE ESCOGENCIA DEL CONTRATISTA EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN ESTATAL DE MÍNIMA CUANTÍA, NO PERMITIÓ A LA CORTE PROFERIR UNA DECISIÓN DE FONDO