



## **SALVAMENTOS Y ACLARACIÓN DE VOTO A LA SENTENCIA SU-071/13**

En el comunicado No. 06 del 13 de febrero de 2013, se omitió reseñar tres salvamentos y una aclaración de voto expresados respecto de la sentencia **SU-071/13** (Expediente T-2.566.104), cuyo sentido se resume a continuación.

El magistrado **Mauricio González Cuervo** se apartó de esta decisión, por las mismas razones que expusiera en relación con las reglas jurisprudenciales sentadas y las órdenes impartidas en la sentencia SU-070/13, toda vez que las consideraciones en que la Corte sustenta, el amparo de los derechos de la señora Johana Andrea Marulanda Ruiz, son un desarrollo de dichas reglas. A su juicio, la ampliación que la Corte hace del alcance de la protección reforzada a que da lugar el fuero de maternidad va más allá del fundamento constitucional que tiene su aplicación por vía de tutela, cual es la discriminación de que puede ser objeto la mujer trabajadora por el hecho del embarazo. Estimó que, entre otros aspectos, la falta de conocimiento del empleador del estado de embarazo de la trabajadora o la terminación del contrato al vencimiento del plazo convenido o la obra contratada, no debería dar lugar a la imposición de cargas salariales y prestacionales a quien no ha incurrido en un trato discriminatorio, ya que la desvinculación de la trabajadora obedece a razones distintas de su embarazo.

En el presente caso el magistrado disidente observó que, de manera clara, se apreciaba que el objeto del contrato para el cual había sido contratada la accionante por la empresa de servicios temporales Serviola S.A había concluido, como también que el empleador no había conocido el estado de embarazo de la trabajadora. Por tanto, en su concepto, al no configurarse un proceder discriminatorio por parte de la empresa, no había lugar a conceder la tutela, más aún cuando la accionante cuenta con un mecanismo ordinario de defensa judicial para reclamar ante el juez laboral.

Por su parte, el magistrado **Luis Ernesto Vargas Silva** reiteró los mismos argumentos en que fundamentó su desacuerdo con el esquema de análisis y solución acogido en la sentencia SU-070/13 y su disidencia transversal con las reglas formuladas por la Corte Constitucional en esta providencia, así como también con la solución que la Sala Plena dio en el caso concreto del Expediente T-2.566.104, en aplicación de las mismas. Al igual que en la citada sentencia de unificación, el magistrado consideró que en este asunto la providencia se aleja de la jurisprudencia constitucional sobre la materia dispuesta en la sentencia C-470 de 1997. Estimó que la decisión abordó asuntos y problemas jurídicos que no debieron ser objeto de análisis; apreció que el estudio de asuntos ajenos a la estabilidad laboral reforzada condujo a la invasión de competencias propias del legislador. Igualmente, en su

opinión la sentencia realiza una interpretación problemática de los artículos 239 y 240 del CST; confiere al fuero de maternidad una protección limitada e insuficiente frente a la salvaguarda más garantista otorgada por la legislación laboral; y complejiza, innecesariamente, la protección de la estabilidad laboral reforzada.

Contrario a lo expresado por la Corte al formular las reglas para aplicar el fuero de maternidad en el ámbito de las relaciones del trabajo, el magistrado **Vargas Silva** señaló que el legislador desarrolló la protección de la mujer embarazada y gestante, y determinó que es aplicable a todo tipo de contrato laboral como lo establece el código sustantivo del trabajo al no distinguir entre modalidades contractuales en los artículos 239 y 240. A su juicio, la Corte ha debido reiterar la sentencia C-470 de 1997 en la que se estableció que la mujer cobijada por el fuero de maternidad tiene derecho a una estabilidad laboral reforzada, la cual, si bien no apareja la inamovilidad en el cargo, sí incluye la garantía de resistencia contra el despido representada en la consagración de una serie de cautelas legislativas como: (i) la necesidad de contar con autorización del inspector del trabajo para disolver el vínculo laboral; (ii) la obligación de que el estudio sobre la ocurrencia de una justa causa para terminar el vínculo sea abordado *ex ante* por el inspector del trabajo y no *ex post* por los jueces de la república; (iii) el establecimiento de una presunción por despido discriminatorio si no se agota el procedimiento mencionado; y (iv) la nulidad de la desvinculación y el consiguiente reintegro laboral con el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, junto con la indemnización equivalente a 60 días de salario por despido discriminatorio y el pago de la licencia de maternidad en el evento en que la EPS no lo hubiere hecho, sin perjuicio de la compensación a que hubiere lugar.

El magistrado **Vargas Silva** reafirmó que, so pretexto de realizar una redistribución equitativa de cargas, la sentencia de unificación incursionó en campos propios del legislador; y a pesar de su retórica garantista, retrocede en el nivel de protección alcanzado frente al derecho a la estabilidad laboral reforzada. Así, por ejemplo, en las reglas formuladas para el evento en que el empleador debió conocer el estado de embarazo y no obstante omitió el trámite ante el inspector del trabajo, la Sala: (i) entra a analizar si la accionante efectivamente cumplió con la carga de demostrar que el empleador conocía de su embarazo, cuando lo cierto es que de acuerdo con la legislación en vigor compete a este desvirtuar la presunción que pesa sobre él; (ii) se abstiene de ordenar el reintegro laboral en la parte resolutive de la decisión; y (iii) aunque decreta el pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir, lo hace únicamente sobre los periodos causados durante el periodo de vigencia del fuero, y solo como medida sustituta en ausencia de reintegro, lo cual implica trasladar al extremo débil de la relación los perjuicios causados por la mora judicial y por el desconocimiento de la Constitución y la ley, cargas que las accionantes no están obligadas a soportar.

Así mismo, para el magistrado disidente, el conocimiento sobre el estado de embarazo por parte del empleador es importante para otorgar las garantías derivadas de la estabilidad laboral reforzada, pues el inciso primero del artículo 239 del CST al establecer que *"ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo del embarazo o lactancia"*, implícitamente está exigiendo que se tenga noticia sobre el mismo. Empero, contrario a lo sostenido por la mayoría, estima que por las dificultades que conlleva acreditar ese conocimiento, el inciso segundo de la disposición en cita invierte la carga de la prueba en favor de la trabajadora al señalar que *"se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha*

*tenido lugar dentro del periodo del embarazo dentro de los tres meses posteriores al parto y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente".* De este modo, en su opinión, corresponde al empleador como extremo fuerte de la relación laboral acreditar que omitió el trámite ante el inspector del trabajo porque desconocía el estado de gestación de la trabajadora, y no a esta última probar dicha circunstancia, como lo dispone la decisión mayoritaria.

Continuando su análisis, el magistrado **Vargas Silva** consideró que las reglas desarrolladas en relación con el evento en que el empleador desconoce el estado de embarazo no corresponden a la hipótesis de garantía de la estabilidad laboral reforzada sino al de las relaciones laborales ordinarias, aspecto que debió advertir la Sala. Como no lo hizo terminó pronunciándose sobre un problema jurídico ajeno a dicha garantía, e imponiendo una serie de obligaciones que no tienen fundamento sólido. De modo semejante, en la mayoría de los casos la Corte ordena el pago de la licencia de maternidad sin estudiar si esta ya fue sufragada a la demandante, lo cual podría implicar un doble pago de la misma.

En concepto del magistrado disidente, la tutela de la estabilidad laboral reforzada no se reduce al escenario de las relaciones del trabajo, ya que la amplia protección que la Constitución consagra en favor de la mujer gestante y el recién nacido supera el ámbito de aplicación del derecho del trabajo y se proyecta en múltiples escenarios, irradiando incluso relaciones contractuales diversas como por ejemplo las relativas al contrato civil de prestación de servicios o de asociación cooperativa. A su juicio, la posición mayoritaria desconoce dicha garantía. Por cuanto para que la protección de la estabilidad reforzada opere en estos campos exige que se demuestre la configuración de un contrato realidad, esto es, de una relación laboral, carga que en no pocos casos puede resultar excesiva para la parte débil de la relación. Entonces, en su opinión, la aplicación de la ley del trabajo que estaría realizando la Sala en los supuestos de hecho del contrato de prestación de servicios y asociación cooperativa no sería producto de su extensión en ámbitos diversos del laboral como lo expresa la sentencia, sino simplemente la consecuencia de acreditar una relación de trabajo encubierta. Lo que justamente debió analizar la Corte es cómo opera la protección a la mujer gestante en aquellas situaciones en que no se logra probar la existencia de un contrato realidad.

Por último, para el magistrado **Vargas Silva** se presenta un déficit de protección de los derechos de la mujer embarazada en escenarios diversos del alusivo a las relaciones del trabajo, ya que no existe legislación expresa que le brinde amparo en arreglo a las características del respectivo vínculo contractual. Por esa razón la Sala debió emitir un exhorto al Congreso de la República para que remediara dicha omisión. Hasta entonces, el juez laboral y constitucional debería aplicar por analogía la legislación del trabajo en todos los escenarios contractuales, independientemente de la demostración o no de un contrato realidad, aunque atendiendo a las condiciones particulares de cada caso concreto.

De igual modo, la magistrada **María Victoria Calle Correa**, reiteró las razones por las cuales se aparta parcialmente de la solución dada por la mayoría en el presente caso, por cuanto considera que en todos los casos en los cuales el empleador conoce del embarazo de la trabajadora, y pese a ello decide desvincularla sin autorización del inspector del trabajo y sin justa causa, debería ordenarse: (i) el reintegro de la mujer, (ii) el pago de los salarios y prestaciones debida; y (iii) el pago de la indemnización por discriminación cuando así lo disponga la ley. En su concepto, ordenar menos que

eso, incluso si es con fundamento en los motivos esgrimidos en esta providencia, es contradecir no sólo los precedentes establecidos por esta Corte durante casi una década, sin justificación suficiente, sino incluso desconocer la cosa juzgada a la cual hizo tránsito la sentencia C-470 de 1997. Esta última juzgó inconstitucional que a la mujer embarazada, desvinculada a sabiendas e injustamente de su trabajo, se le ofreciera una protección inferior a la declaración de ineficacia del despido, una de cuyas consecuencias obvias es el reintegro. Ninguna autoridad, por supuesto tampoco esta Corte, podía reproducir el contenido de lo declarado inconstitucional en esa ocasión. No obstante, desde su perspectiva, en esta sentencia la Corte reprodujo ese contenido al disponer que, en casos iguales a los tenidos en cuenta por la sentencia C-470 de 1997, se les pueda dar a las mujeres en embarazo discriminadas en el contexto laboral u ocupacional una protección inferior a la ineficacia del despido. Advirtió que este hecho, en el futuro, debe tener incidencia en el modo de definir el alcance del presente fallo.

Adicionalmente, la magistrada **María Victoria Calle Correa** aclaró el voto en cuanto considera que cuando el empleador desconoce el estado de embarazo de la trabajadora, y no se demuestra justa causa, lo procedente, en principio, debe ser el pago de todas las prestaciones laborales dejadas de cancelar desde el momento de la desvinculación.

**JORGE IVÁN PALACIO PALACIO**  
Presidente